

## COMENTARIOS A REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MATERIALIZA ACUERDO

### Temas generales

1. Debiera existir claridad, de qué ocurre en caso de que gane el rechazo.
2. Art 154 inciso final señala: "Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con la función que esta constitución asigna al consejo constitucional, la comisión experta, y el comité técnico de admisibilidad, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 155 y 156."  
Dado lo anterior, ¿cómo se controlan los excesos del Consejo Constitucional o Comisión de Expertos? ¿Qué pasa si es que excede los límites que la reforma constitucional le imponen? No podría solucionarlo ni el Comité Técnico de Admisibilidad ni los 5 ministros de la CS.
3. Elección de 14 miembros del Comité Técnico de Admisibilidad se da en base a lista formada por la Cámara.
4. ¿Las bases de la institucionalidad son idénticas a las del acuerdo?

### Temas específicos

1. **Art. 142:** Se debe definir si se incluirán estas disposiciones en los artículos transitorios. La lógica de incluirlo en el articulado permanente la vez pasada, decía relación con el quorum. Esa variable no se encuentra presente esta vez.
2. **Art. 144:**
  - a. Inc. 5º numeral 3 letra a): no puede superar en más de uno? Esto se debiera corregir con el procedimiento dispuesto en la letra d).
  - b. Inc. 5º numeral 3) letra e): ¿candidatos indígenas? ¿hay límite para acreditar la calidad de indígena?
  - c. Numeral 4, párrafo 5º: La diferencia entre fundador y afiliado ¿es relevante? ¿Cuál es la razón de hacer esta distinción?
3. **Art. 145:**
  - a. Inc. 3º: ¿qué pasa si se rechazan los nombres?
  - b. Inc. 3º párrafo 13: ¿A qué se refiere con fuerzas políticas? Este es un término doctrinario, no jurídico.
4. **Art. 146:** misma pregunta, ¿qué pasa si se rechazan los nombres?
5. **Art. 150 inc. 1º:** ¿"asesoría legislativa"? ¿No tiene requisitos? ¿Para qué existen los expertos entonces?
6. **Art. 151:** ¿mayoría relativa? ¿mayoría absoluta?
7. **Art. 152:**
  - a. Inc. 2º: ¿qué se entiende por cada norma? Es importante especificar esto. Si no se especifica en la Constitución, al menos en el reglamento.
  - b. Inc. 4º:

- i. No queda claro si el ejercicio del derecho a voz es de cada experto individualmente considerando y no de la comisión de expertos como órgano, a través de su mesa.
    - ii. Se señala que el reglamento contemplará mecanismo de participación ciudadana. Evaluar conveniencia de mayor densidad normativa al respecto
  - c. Inc. 5º:
    - i. ¿con qué quórum debe la comisión experta acordar el informe de observaciones?
    - ii. se entiende que estas "observaciones que mejoran el texto" puede proponer eliminar artículos? quizás es mejor usar el mismo lenguaje que se utiliza para el Consejo "-podrá aprobar, modificar o eliminar normas-").
  - d. Inc. 6º: ¿cómo se eligen a los miembros de la comisión mixta? No parece conveniente dejarlo en el reglamento.
  - e. Inc. 7º: ¿cómo se conforma la mixta?
  - f. Inc. 8º: ¿qué se entiende por "texto general"? ¿texto completo?
8. **Art. 153:**
- a. ¿"Consejo Constituyente"? es lo mismo que ¿Consejo Constitucional
  - b. Inc. 1º: ¿cuándo?
9. **Art. 155:**
- a. Inc. 3º: Los comités no dictan Auto Acordado.
  - b. Inc. final: ¿cómo se acredita una omisión de las bases institucionales?
10. **Art. 157 inc. 5º y otras disposiciones:** se debiera hablar siempre de propuesta de Nueva Constitución, y no, Nueva Constitución.

### **Redacción, ortografía y estilo**

1. Art. 144 inc. 5º numeral 2: "en el en el".
2. Art. 144 inc. 5º numeral 3: tipo de letra es distinta.
3. Art. 144 inc. 5º numeral 3 letra a): ¿se orientará? O ¿garantizará?
4. Art. 144 inciso final: "desarrollará en la sede del Congreso Nacional en la ciudad de Santiago, lunes 19 de junio de 2023".
5. Art. 146 inc. 1º: consejo constitucional es con mayúscula.
6. Art. 147 inc. 3º: ídem.
7. Art. 148 inc. 1º: ídem.
8. Art. 151 inc. 1º: ídem.
9. Art. 152 inc. 1º: La comisión experta deberá instalarse, en dependencias del Congreso Nacional en la ciudad de Santiago, 6 de marzo de 2023, e iniciará la redacción de un anteproyecto de nueva constitución.
10. Art. 152 en general: problemas con las minúsculas y mayúsculas.
11. Art. 155 inc. 1º: ¿"un requerimiento"?
12. Art. 155 inc. 1º: mismo problema con las minúsculas y mayúsculas.

13. Art. 159 inc. 1º: “para que el electorado se pronuncie sobre la propuesta”. Poco jurídica esta expresión.
14. Art. 159 inc. 4º: “sentencia de proclamación”. Pareciera más correcto hablar de “calificación”.
15. Art. 159 inc. 5º: acá se debería señalar que quedará derogada toda la Constitución vigente, salvo aquellas normas que por su naturaleza deben seguir vigentes. Ejemplo: inhabilidades dispuestas en el art. 158 inc. final.
16. Art. 159 inc. 9º: OJO con este punto. Una cosa es que se impriman las copias, una vez que se haya aprobado la propuesta de Nueva Constitución en el plebiscito, y otra muy distinta es hacer propaganda. Eso es algo que debería quedar explícito en el proyecto de reforma constitucional.

### **Referencias para revisar**

1. Artículo 21 del decreto con fuerza de ley No 2, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley No 18.700.
2. Decreto con fuerza de ley No 2, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley No 18.700, orgánica constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.
3. Decreto con fuerza de ley No 5, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley No 18.556, orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral;
4. Decreto con fuerza de ley No 4, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley No 18.603, orgánica constitucional de Partidos Políticos;
5. Decreto con fuerza de ley No 3, del año 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley No 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.
6. inciso primero del artículo 5 de la ley N° 18.700.
7. No será aplicable lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 4 de la ley No 18.700, 121 de la ley No 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios
8. Artículo 5, incisos cuarto y sexto, de la ley N° 18.700.
9. Inciso segundo del artículo 4 de la ley N° 19.884
10. Artículos 29, 31 bis y 32 de la ley N° 18.556, orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral.

## **PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ELIMINA LA FACULTAD PRESIDENCIAL DE OTORGAR INDULTOS**

### **I. ANTECEDENTES**

Chile vive una crisis de seguridad sin precedentes, caracterizada por el aumento sostenido de delitos violentos en el último año, el desarrollo del crimen organizado y la aparición de nuevas formas de criminalidad. Esta crisis delictual ha superado totalmente al actual Gobierno, que, a pesar de los múltiples llamados de la ciudadanía, ha omitido la implementación de políticas públicas adecuadas para enfrentar la delincuencia. En ese contexto, y dada la magnitud de la crisis por la que pasa nuestro país, la actual oposición aceptó reunirse con el Gobierno en una mesa de seguridad para, en una política de Estado, enfrentar la crisis delictual, proponiendo una serie de medidas concretas.

Sin embargo, mientras la mesa de seguridad avanzaba en su tarea, el Presidente Boric, manifestando una total desconexión con la prioridad de la mayoría de los chilenos, y agravando la desidia del Gobierno en materia de control de la criminalidad, decidió el día 30 de diciembre indultar a 13 delincuentes, incluyendo a personas condenadas por saqueos, incendios e homicidio frustrado, indultando incluso a un terrorista perteneciente al Frente Patriótico Manuel Rodríguez. Dicha decisión es inaceptable e inexcusable, al beneficiar precisamente a quienes propiciaron la destrucción de nuestro país e incluso atentaron contra la vida de civiles y funcionarios policiales, dando la señal a futuros delincuentes que el Presidente de la República está abierto a indultarlos.

La decisión del Presidente Boric de indultar a dichos delincuentes fue tomada en el marco de su atribución constitucional exclusiva, regulada en el Art. 32 N. 14 de la actual Constitución y en la ley 18.050, que fija normas generales para conceder indultos.

Dicha facultad presidencial de indultar constituye un resabio monárquico, originada en el viejo derecho español e indiano, que ha estado presente a lo largo de la historia constitucional chilena. Como señala el profesor Alejandro Silva Bascuñan: *"(...) la institución del indulto constituye un resabio del derecho de gracia del soberano, explicable en la época en que la soberanía se encarnaba en una sola persona, la que dictaba las leyes y al mismo tiempo las hacía cumplir"*<sup>1</sup>.

Sin embargo, en una democracia representativa propia del S. XXI, como la Chilena, la soberanía radica en la nación, y no en un monarca absolutista que no reconoce límites. Hasta la fecha, si bien se ha discutido en innumerables ocasiones, la facultad de indultar no ha sido eliminada porque se suponía tácitamente limitada por un uso prudencial, con espíritu republicano, de parte de los Presidentes de la República. Así, durante el segundo mandato del Presidente Sebastian Piñera, se recibieron 236 solicitudes de indulto, de las cuales 212 fueron rechazadas. Las 24 solicitudes que fueron acogidas se dieron sólo en el contexto de razones humanitarias. Tanto así, que 16 de las 24 personas indultadas murieron desde que fueron beneficiadas. De manera consistente, la ex presidenta

---

<sup>1</sup> (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, p. 245)

Bachelet otorgó solo 10 indultos en su segundo gobierno, y el Presidente Piñera sólo 14 en su primer gobierno<sup>2</sup>.

Sin embargo, la institución del indulto no tiene cabida hoy en una democracia liberal republicana, afectando, entre otras cosas, la separación de poderes del Estado.

## **II. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY**

El actual proyecto de reforma constitucional busca eliminar el resabio monárquico de la institución del indulto presidencial particular. Los fundamentos específicos del proyecto de ley están dados por:

- (i) Afecta la separación de poderes.

La facultad de indultar es incluida por el profesor Eugenio Evans dentro de las “atribuciones judiciales” del Presidente de la República, dado que el ejecutivo ejerce propiamente una “atribución judicial”<sup>3</sup>. Lo anterior obedece a que las personas indultadas por el Presidente fueron condenadas por sentencia ejecutoriada por los tribunales de justicia. El Poder Judicial en Chile es independiente y el marco legislativo aplicable otorga plenas garantías de debido proceso para asegurar el respeto de los derechos de los imputados y el derecho a defensa. Dado lo anterior, si una persona ha sido condenada, es porque los tribunales de justicia, con una convicción más allá de toda duda razonable, han determinado la existencia de un delito punible cometido por dicho

---

<sup>2</sup> Número de indultos presidenciales concedidos por Presidentes de la República ha ido disminuyendo en el tiempo. El Presidente Patricio Aylwin otorgó 928, el Presidente Frei Ruiz-Tagle otorgó 343, Ricardo Lagos 240, Michelle Bachelet 67, Sebastián Piñera I otorgó 14, Michelle Bachelet 2 otorgó 10 y Sebastián Piñera II, 24.

<sup>3</sup> Evans, Eugenio, La Constitución Explicada, Tercera Edición Actualizada, P. 81

individuo. Dado lo anterior, cuando el Gobierno otorga un indulto particular a un condenado, se trata propiamente de una intromisión política en la función jurisdiccional.

Este choque con otros poderes del Estado se manifiesta de manera evidente y se agrava en el caso de los indultos enviados por el Presidente Boric, dado que el proyecto de ley de indulto a los violentistas por los hechos ocurridos durante el 2019 no concitó apoyo en el Congreso y no fue aprobado. Dado lo anterior, el choque no sólo se da con el poder judicial, sino que también con el poder legislativo.

(ii) Abusos de parte del Ejecutivo.

La facultad de indultar por parte del Presidente de la República implica un nivel de discrecionalidad que se presta para diversos tipos de abusos, permitiéndole beneficiar a quienes comparten su preferencia política, a familiares y a amigos. El potencial de favoritismo político no se condice con la igualdad ante la ley que debe primar en un Estado de Derecho.

(iii) Afectación de la teoría de la pena y de la justicia

Desde la perspectiva de la teoría de la pena, la existencia de indultos particulares puede afectar las funciones de la pena en un Estado de Derecho, tanto desde la perspectiva de la prevención como la retribución. Se afecta potencialmente la prevención, porque la señal que da el Presidente de la República, tanto a los delincuentes en general como al delincuente en particular que está siendo indultado, es que frente a nuevos delitos existirá siempre la posibilidad que el Presidente indulte a la persona, aunque sea condenada por los tribunales de justicia, especialmente si se trata de los mismos delitos.

Esto envía una señal equivocada a la población. Pero adicionalmente, desde la perspectiva de la retribución la institución del indulto es profundamente nociva porque deja libre al criminal condenado, generando en las víctimas y sus familiares un sentimiento de impunidad total, fomentando la autotutela.

### **III. CONTENIDO DEL PROYECTO**

**“Artículo único.** - Deróguese el numeral 14 del Artículo 32 de la Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, se encuentra en el decreto supremo N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”.

LUZ EBENSPERGER ORREGO



## COMENTARIOS AL REGLAMENTO DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

1. Art. 20. Se señala que los expertos tendrán los mismos derechos y deberes que los consejeros, descritos en el Art. 37 y 38, lo que parece correcto. Se recomienda incluir un estatuto de derechos y deberes propio para los expertos (que haga por ejemplo, la diferencia relativa al derecho a voz pero no a voto en determinadas etapas).
2. Art. 36. Falta quorum para llegar a acuerdos en temas constitucionales. Conviene dejarlo en otra parte si es que el epígrafe dice "quorum para sesionar y adoptar acuerdos".
3. Art. 42. En interpretación subsidiaria del reglamento también deberían ser considerados los expertos.
4. Art. 58 número 2. No se entiende como las enmiendas deben contar con patrocinio de mas de 5 pero menos de 10 expertos, si ya van a estar radicadas en subcomisiones (Art. 57) de 6 expertos.
5. Art. 70. No será mucho 40 días para presentar enmiendas?
6. Art. 80. El plazo de los expertos para formular observaciones al borrador presentado por el consejo, de solo 5 días, parece demasiado corto, especialmente considerando que el plazo para que expertos individualmente considerados envíen propuestas es de solo 2 días.
7. Art. 99.6. Eliminaría requisito de 4 regiones y subiría el número de firmas
8. 100.2. Eliminaría "criterio de distribución territorial"
9. 108.d. Qué es privilegios? No será muy amplia la definición?
10. 111.2.b. Qué quiere evitar? que consejeros participen en iniciativas populares de norma?
11. 12.2. Eliminar esta frase "Deberán utilizar lenguaje no discriminatorio, propendiendo a que toda persona quede comprendida en él".
12. "Ni aún por una unanimidad podrá dejarse sin efecto una norma de este reglamento" - Esto es bien absurdo... ósea si hay un error grave y todos sabemos que existe no lo podemos arreglar?
13. Art. 4 - debería hacerse mención aquí a la aplicación de las bases no solo a los "órganos" sino que también a todos los que intervengan (como se hace en el artículo 3 anterior), para que aplique a las iniciativas populares de norma y a otros posibles casos

14. Art 7 - "No habrá días ni horas inhábiles.". Sin embargo, el Art. 113 y 118 contemplan plazos de días hábiles
15. Art 13 - la facultad de pedir el cierre del debate aplica para todos los debates? Ej. el experto puede pedir la clausura del debate haciendo uso de su derecho a voz en las sesiones del Consejo?
16. Art. 15 - cambiar "las ciudadanas y los ciudadanos" por "los ciudadanos". En art. 31 parecido "la comisionada o comisionado" por "el comisionado".
17. Art. 54 - para redactar el anteproyecto, los expertos presentarán "iniciativas" que van a regular capítulos completos (por ej. una estructura acordada de 15 capítulos como la constitución actual). Cada experto puede firmar máximo una iniciativa por capítulo y se necesita de un mínimo de 5. Bajar a 4.
18. Art. 64.4 habla de enmiendas "renovadas" sin explicar bien en qué consisten y cuando se presentan
19. Art. 70 y siguientes. Ojo con el proceso de votación de las enmiendas en el Consejo Constitucional. Dado que hay 40 días para presentar enmiendas, las que se presenten el día 3, se votan en ese momento? O todas se acumulan y se empiezan a votar el día 40?
20. Art. 95 - El Comité Técnico de Admisibilidad estará encargado de resolver los requerimientos que se interpongan "contra aquellas propuestas de normas que contravengan las bases constitucionales". Que significa propuestas de normas? Incluye enmiendas aprobadas?

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3212 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excm., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3212 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**DS N°3212**" y "**Decreto Impugnado**").<sup>1</sup>

Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>6</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....</b>	<b>8</b>
<b>2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación .....</b>	<b>10</b>
<b>3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.....</b>	<b>11</b>
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO...</b>	<b>13</b>
<b>1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado .....</b>	<b>13</b>
i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	13
ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	14
iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	16
iv. Regulación del indulto en la Ley N° 18.050 .....	17
<b>2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales .....</b>	<b>19</b>
i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	19
ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores .	21
iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	24
iv. Falta de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	27
<b>3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6° y artículo 7° de la Constitución, en relación con los artículos 32 N°14 y 76 de nuestra Carta Fundamental .....</b>	<b>32</b>
i. La desviación de poder en el Derecho Público .....	32
ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	33
iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	34
iv. Amnistía encubierta .....	38
v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	40
<b>4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 N°2 de la Constitución).....</b>	<b>41</b>
i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	41
ii. Vulneración de la igualdad ante la ley .....	45
iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República ..	48

## **I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que exponaremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto "caso a caso", esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación del mismo, constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena, así como, inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales, determinando que hubo errores graves en el procedimiento penal, ejerciendo funciones jurisdiccionales a través de una revisión de facto;
4. El Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Mateluna. Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía;
5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera el artículo 6º y 7º de la Constitución;

6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Mateluna no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demostrará que si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del Estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido transgredido en el Decreto Impugnado.<sup>2</sup>

## II. ANTECEDENTES GENERALES

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mauricio Mateluna Rojas (en adelante e indistintamente “**señor Mateluna**” o “**indultado**”). Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron dos condenados más, llegando finalmente a 13.

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente***” (énfasis

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol N°11.820 que se desarrollará en esta presentación.

agregado).<sup>3</sup>

Con fecha 2 de enero de 2023, el Presidente Boric se refirió específicamente al Decreto Impugnado y al caso del señor Mateluna, declarando que **"tengo la *más profunda convicción de que en el juicio a Mateluna hubo irregularidades y una valoración de la prueba que no estuvo a la altura de la justicia*"** (énfasis agregado). Luego sostuvo que *"[e]sto no es una opinión personal, sino que es la opinión de todos los juristas que se han acercado con seriedad al caso y, por lo tanto, invito a todos quienes quieran a revisar los antecedentes que hay respecto a esto. **Tengo la plena convicción de la inocencia de Jorge [Mateluna] y por eso hemos llevado adelante este indulto**"* (énfasis agregado).<sup>4</sup>

Estas declaraciones del Presidente de la República generaron reacciones no solo en la ciudadanía, sino que llevaron a que de manera inédita el pleno de la Excma. Corte Suprema, con fecha 3 de enero de 2023 emitiera una declaración pública sosteniendo lo siguiente:

*"Atendidas las expresiones efectuadas por el Presidente de la República, reproducidas en algunos medios de comunicación los días 1º y 2 de enero del actual, en que cuestiona los fundamentos y la regularidad de un proceso judicial afinado (caso Mateluna), la Corte Suprema se ve en la necesidad de recordar lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 76 de la Constitución Política de la República, que establece: `La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos`".<sup>5</sup>*

En esta misma línea, y con fecha 3 de enero de 2023, la Fiscalía Metropolitana Occidente se refirió al mismo punto sosteniendo que:

**"El señor Jorge Mateluna Rojas fue *detenido en flagrancia por estos hechos y en definitiva la investigación demostró su participación***

---

<sup>3</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>4</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html> <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/02/boric-por-indultos-tengo-plena-conviccion-de-la-inocencia-de-jorge-mateluna.shtml>

<sup>5</sup> Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

***en calidad de autor en los mismos.*** Lo anterior fue refrendado en todas las instancias judiciales, esto es, ante los señores jueces de Garantía que decretaron y revisaron la medida de prisión preventiva dictada en su contra; ante los señores jueces del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago que dictaron la condena en su contra; ante los ministros de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaron el recurso de nulidad interpuesto por su defensa; y, finalmente, la Excm. Corte Suprema, que en diciembre de 2018 rechazó un recurso extraordinario de revisión interpuesto a su favor. Todos los anteriores pronunciamientos fueron de carácter unánime. Finalmente, es del caso señalar que ***todas las irregularidades sostenidas por la defensa fueron ventiladas y rechazadas en el recurso de revisión***” (énfasis agregado).

Estos antecedentes serán relevantes en esta presentación, especialmente en lo que respecta a la motivación y fundamentación del Decreto Impugnado, la desviación de poder, la vulneración al principio de separación de poderes del Estado, entre otros quebrantamientos del Estado de Derecho.

### III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

#### DECRETO:

**Conmútese por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la ley N° 18.216), exclusivamente, el saldo de las penas privativas de libertad de once años de presidio mayor en su grado medio y de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las que se encuentra condenado JORGE MAURICIO MATELUNA ROJAS - RUN [REDACTED], conforme a sentencia de fecha 31 de octubre de 2014, dictada por el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en causa RIT [REDACTED] / RUC [REDACTED], sentencia dictada en recurso de nulidad y sentencia de reemplazo, ambas de fecha 30 de enero de 2015, dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago.**

De esta manera, el **Presidente de la República dicta un Decreto Supremo que formalmente** busca conmutar el saldo de las dos penas privativas de libertad a las que estaba condenado el señor Mateluna, once años y cinco años y un día respectivamente.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo “dispuesto en el artículo 6° de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación



*contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”.*

En este sentido, y tal como se expondrá en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6º de la Ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante “**Ley de Indultos**”) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Mateluna. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en “casos calificados” y “mediante decreto supremo fundado”.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Mateluna, o bien lo hace solo parcialmente, toda vez que se remite a prescindir de la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra e, esto es, cuando el condenado no hubiera cumplido dos tercios de la pena, **sin perjuicio que el señor Mateluna incurre en otra causal de denegación del indulto**, cual es la establecida en el artículo 4º letra c, de la Ley de Indultos que se refiere a los “*delincuentes habituales o de condenados que hubieran obtenido indulto anteriormente*”;

2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Mateluna**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Mateluna se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### **IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE**

## 1. Antecedentes constitucionales y legales generales

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

*"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>6</sup>*

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

*"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:*

*11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;" (énfasis agregado).*

*"Artículo 110. En el caso del número 16º del artículo 93 de la*

---

<sup>6</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

*Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.***

*Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.*

*En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.*

*La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente” (énfasis agregado).*

*“Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;**
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

*El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho” (énfasis agregado).*

## 2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado "**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**", se desarrollan de modo razonado y completo –fundándose en doctrina y jurisprudencia– los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta;

En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que "*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares*, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **`cualquiera sea el vicio invocado`**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe **`con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece`**"(énfasis agregado).<sup>7</sup>

Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal ha señalado que **"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta**

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.

***Fundamental***, que es el permitir que las personas y órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada" (énfasis agregado).<sup>8</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado. Este requerimiento se funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los **artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la**

---

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

**Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio.

Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.

- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de 2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.
- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.** De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excmo. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO

### 1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>9</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *“es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad”*<sup>10</sup> el cual a su vez consistiría en una *“[...] petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia”*.<sup>11</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que *“en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares (que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”*,<sup>12</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

---

<sup>9</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [ISSN 0718-0195], p. 477 y p. 478.

<sup>10</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>11</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.

<sup>12</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.

*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>13</sup> por lo cual dichas disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución.**

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos–

---

<sup>13</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 N° 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).



o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>14</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el indulto solo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: “*La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado** para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes*” (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>15</sup> Así, “*la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente*” (énfasis agregado).<sup>16</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general

---

<sup>14</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: “*La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos*”.

<sup>15</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

<sup>16</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.

o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una “gracia”, tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>17</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

### iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que “[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**” (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que “**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**” (énfasis agregado).

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>18</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: “*El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso.*”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 176-1993, c.4; Rol Nº513-2006, c.12; y Rol Nº 4012-2017, c.36.

<sup>19</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 244-1996, c. 8.

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

#### iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República “*otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)*” (subrayado agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, “*siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento*” (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>20</sup>

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario Nº 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante “**Reglamento de Indultos**”).

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento

---

<sup>20</sup> “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>21</sup>

- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;
- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión; o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;
- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.

<sup>22</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***"en casos calificados y mediante decreto supremo fundado"*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un "caso calificado". Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el "motivo" formalmente expresado. Se ha definido como *"la expresión formal en el acto administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo"*.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, Nº12, p. 95.

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto *"dictar un acto motivado implica actuar `en la forma que prescriba la ley`, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos"*.<sup>24</sup>

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>25</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>26</sup> En palabras de la Excma. Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: *" [...] a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad"*.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup>Helfmann Carolina (2016). "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad". El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>25</sup>En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: *"El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones."*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".*

<sup>26</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

<sup>27</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol Nº 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.

- ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación. Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en “casos calificados” y mediante “decreto supremo fundado”, existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S Excma. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no**

**queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.**<sup>28</sup>

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3212.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisional objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>29</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>30</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en ‘razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto’.* Finaliza indicando que *‘cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de ‘un ejercicio argumentativo’ que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]*”.<sup>31</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente

---

<sup>28</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>29</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>30</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

<sup>31</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales N° 4, p. 239.



de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “*no tenía todos los antecedentes*” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve.** Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>32</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros [gobierno y administración], pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado”.<sup>33</sup>

El ejercicio de esta “amplia potestad” que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236

---

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

<sup>33</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.

solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>34</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>35</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en “El control de la discrecionalidad administrativa”, vemos que “[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]”,<sup>36</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre

---

<sup>34</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>35</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>36</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, “[L]a valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]”.<sup>37</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>38</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que si bien el Decreto Impugnado constituye una consecuencia de la apreciación de la realidad con presupuestos fácticos incompletos, ya que tal como se ha sostenido en párrafos anteriores, no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Nuevamente para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es útil la declaración de la Ministra Vallejo, al señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto.

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que **“en el juicio a Jorge Mateluna hubo irregularidades”**,<sup>39</sup> o que los indultados “son

---

<sup>37</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>38</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

<sup>39</sup> <https://www.latercera.com/politica/noticia/boric-defiende-decision-de-indultar-a-exfrentista-en-el-juicio-a-jorge-mateluna-hubo-irregularidades/TZ4X53RKOVEU7LZYOPM5O25DDA/>

*jóvenes que no son delincuentes*". Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, es evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado bajo un examen de criterios reglados.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. En este sentido, y en virtud del principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución, pesa sobre todo órgano de la administración del Estado, la observancia de las normas legales y constitucionales en el ejercicio de sus facultades, por ende, pesa sobre la administración el deber de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades. En palabras del profesor Soto Kloss "[...] *el vicio de fundamentación es precisamente la 'arbitrariedad', es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propia inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*".<sup>40</sup>

Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada. Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios "motivos" (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que hubo "irregularidades" en el proceso del señor Mateluna o que los indultados serían más bien jóvenes "no delincuentes"), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto, "sus propios" motivos no debieran ser relevantes. En

---

<sup>40</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.

palabras del profesor Bocanegra “[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia”.<sup>41</sup>

iv. Falta de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Mateluna aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra e), referida al caso siguiente: “*cuando no hubieren cumplido a lo menos, 2/3 de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva (...)*”.<sup>42</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que el caso del señor Mateluna sería un “caso calificado”, **sin dar explicación o razonamiento alguno de las causales o motivaciones que lo llevan a estimar, considerar o razonar por qué estaríamos frente a un caso calificado o excepción**. Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto “fundado”, como lo exige el ordenamiento jurídico, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3212 (acto administrativo pertinente), sino que más **bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación**. En efecto, el Presidente de la República

---

<sup>41</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>42</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: “*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*”.

sostuvo, con fecha 2 de enero de 2023 lo siguiente: “[...] **[y]o tengo la más profunda convicción de que en el juicio a Jorge Mateluna hubo irregularidades y una valoración de la prueba que no estuvo a la altura de la justicia**” (énfasis y subrayado agregado). Luego sostuvo: **“Tengo la plena convicción de la inocencia de Jorge y por eso hemos llevado adelante este indulto”** (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>43</sup>

## Indulto a Jorge Mateluna

Respecto al indulto de Jorge Mateluna, Boric precisó que “ustedes pueden revisar todos los detalles y los razonamientos respecto a los indultos que hemos otorgado. Yo tengo la más profunda convicción de que en el juicio a Jorge Mateluna hubo irregularidades y una valoración de la prueba que no estuvo a la altura de la justicia”.

“Esto no es una opinión personal ni algo que yo haya discutido de manera individual, sino que es la opinión (...) de todos los juristas que se han acercado con seriedad al caso y, por lo tanto, invito a todos quienes quieran a revisar los antecedentes que hay respecto a esto. **Tengo la plena convicción de la inocencia de Jorge y por eso hemos llevado adelante este indulto**”, señaló Boric.

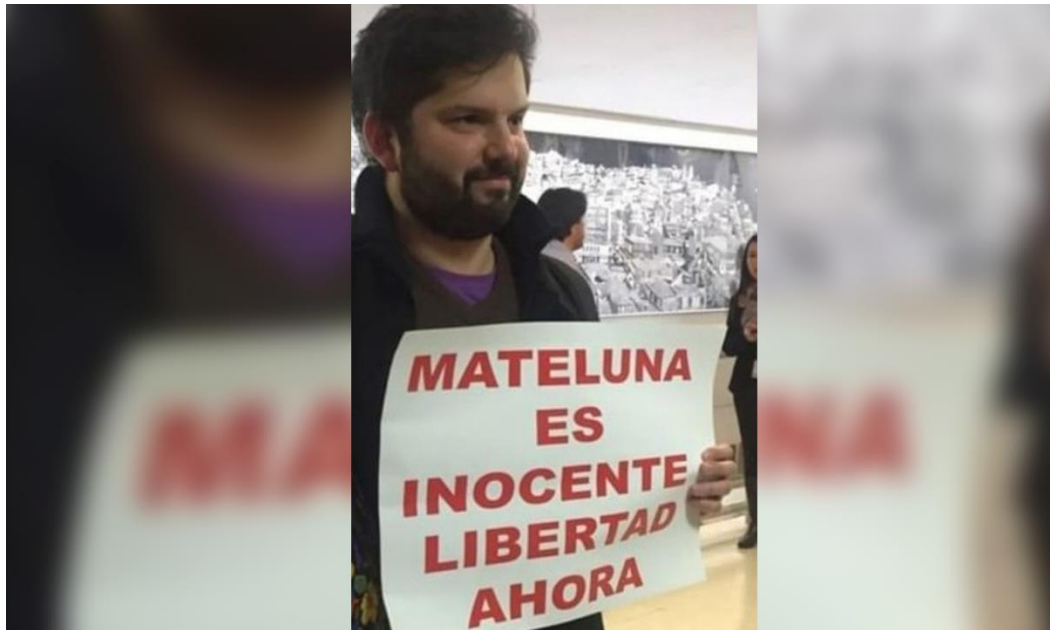
Dichas declaraciones del Presidente Boric son consistentes con su esfuerzo histórico por lograr la liberación del señor Mateluna. Así, el año 2017, el entonces Diputado Boric visitó al condenado Mateluna en la Cárcel de Alta Seguridad y acompañó al “Comité Libertad para Jorge Mateluna” a exponer a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. En esa ocasión declaró: *“Pese a todas las arbitrariedades y errores que hubo en el juicio, nosotros estamos decididos. **Yo he llegado a la convicción que Jorge es inocente** y, por lo tanto, vamos a emprender todos los caminos que sean posibles para recuperar su libertad”* (énfasis agregado).<sup>44</sup> Luego, el entonces Diputado Gabriel Boric pedía públicamente, a través de una pancarta, la libertad del señor Mateluna, fundado en su supuesta inocencia:<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/02/boric-por-indultos-tengo-plena-conviccion-de-la-inocencia-de-jorge-mateluna.shtml>

<sup>44</sup>[https://www.camara.cl/prensa/sala\\_de\\_prensa\\_detalle.aspx?prmId=132573](https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmId=132573)

<sup>45</sup><https://ellibero.cl/actualidad/actualidad-informativa/la-desconocida-visita-de-boric-a-mateluna-en-la-carcel-y-su-activismo-por-liberarlo-desde-que-era-diputado/>



Luego, la comisión acordó enviar una carta a la Presidente de la República, cuya redacción estaría a cargo del Diputado Boric junto al "Comité de Defensa de Jorge Mateluna".

El 5 de octubre de 2017, el entonces Diputado Boric escribió, junto al actor Daniel Alcaíno, una columna en el medio "El Desconcierto", titulada "Mateluna Inocente", indicando que el "[...] caso de Jorge Mateluna es un ejemplo emblemático de mal funcionamiento de nuestro sistema policial, fiscal y judicial [...] el caso es tan ridículo y espantoso [...]".<sup>46</sup>

El 12 de marzo de 2018, el Diputado Boric señalaba en la red social "Twitter" que el señor Mateluna: "[...] Está preso por un asalto que no cometió, del que autores están confesos y descartaron su autoría [...]".<sup>47</sup>

La cita de todos estos antecedentes buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones recientes del Presidente de la República, de fecha 2 de enero de 2023 –que generaron las reacciones ya citadas en esta presentación desde el Ministerio Público y la Corte Suprema– y que permiten, ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo, dejar de manifiesto la justificación del acto administrativo, no corresponden a un error, o un mero exabrupto del Presidente, sino que corresponden a su íntima convicción respecto del caso del señor Mateluna y evidencian una inclinación histórica a favor del indultado. Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de

---

<sup>46</sup> <https://www.eldesconcierto.cl/opinion/2017/10/05/mateluna-inocente.html>

<sup>47</sup> <https://twitter.com/gabrielboric/status/973344450368983047?lang=es>

2023 lo siguiente: "*Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta*".<sup>48</sup>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Impugnado:

(i) El Decreto Impugnado no está fundamentado de acuerdo a los estándares suficientes, vulnerando no solo disposiciones legales (que no son materia objeto de este requerimiento),<sup>49</sup> sino que también constitucionales, al conceder una gracia como esta de manera arbitraria;<sup>50</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta.<sup>51</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que existieron "irregularidades" en el juicio del señor Mateluna, que la "valoración de la prueba no estuvo a la altura de la justicia" y que él tiene la "plena convicción de la inocencia" del condenado. Estas declaraciones (que más bien constituyen el verdadero fundamento y motivación del Decreto Impugnado) vulnera gravemente el artículo 76 de la Constitución y un principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es el principio de separación de poderes.<sup>52</sup>

(iv) Queda en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente Boric en la dictación del Decreto Impugnado, es decir al momento de ejercer su facultad discrecional, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario "no tenía todos los antecedentes". No existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo

---

<sup>48</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

<sup>49</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley Nº18.575 que dispone: "*La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas*" (énfasis agregado); entre otras.

<sup>50</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 Nº2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4.

<sup>51</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv..

<sup>52</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.2.v.



reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

- 2) El Decreto Impugnado no hace referencia a otra de las causales de denegación de indultos de la ley que es aplicable en el caso del señor Mateluna, ni se hace cargo de ella (artículo 4º, letra c, "*cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente*"). En este contexto, cabe recordar que el señor Mateluna es un delincuente habitual (habiendo sido condenado, entre otros hechos constitutivos de delito, como autor de un delito de robo con intimidación y de un delito de tenencia de armas bélicas), y –como es de público conocimiento– ya había obtenido un indulto con anterioridad, otorgado por el Presidente Ricardo Lagos, el año 2004. Es decir, existía más de una causal legal para denegar el indulto, sin embargo, el Decreto Impugnado no se hizo cargo de la aludida causal legal de denegación, teniendo como consecuencia no fundamentar debidamente el acto administrativo por el cual se otorga el indulto particular al señor Mateluna.
- 3) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En casos anteriores, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de los casos<sup>53</sup>, por “razones humanitarias” teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”.<sup>54</sup> Adicionalmente, todos los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste sólo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3º de la ley N°18.216), que procede para

---

<sup>53</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001#>.

<sup>54</sup> Adicionalmente, vale la pena mencionar que el Decreto Impugnado fue dictado por el Ministerio de Justicia, contraviniendo expresamente el Título IX, artículo 2º de la Ley N° 16.436, que solo permite al Ministerio de Justicia dictar decretos de indultos, remisiones y conmutaciones de las penas de multas, de penas corporales inferiores a 5 años y un día de inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesiones titulares. En el caso en particular, las condenas del señor Mateluna excedían el plazo de 5 años, por lo que el decreto debiese haber sido firmado por el Presidente de la República.

casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4º de la ley N°18.216).

### **3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 N°14 y 76 de nuestra Carta Fundamental**

#### **i. La desviación de poder en el Derecho Público**

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, **teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado**. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las **intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho**”* (énfasis agregado).<sup>55</sup>

En efecto, la Excmá. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad**

---

<sup>55</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.

**propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>56</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca *"las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho"*.<sup>57</sup>

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, *"será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]"*.<sup>58</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente *"debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...]"* La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. *¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores*

---

<sup>56</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

<sup>57</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit, p. 481.

<sup>58</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

*ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?”.<sup>59</sup>*

Pues bien, S.S. Excm., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena, así como, inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales determinando que hubo errores graves en el procedimiento penal, ejerciendo funciones jurisdiccionales a través de una revisión de facto.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Mateluna.**

iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>60</sup> (en adelante “**Sentencia de Derechos de la Niñez**”), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, esto es, incluido por cierto el Presidente de la República.

---

<sup>59</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>60</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 11.820 del año 2022.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo– para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>61</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio

---

<sup>61</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que `Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado*

actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.” (Soto Kloss, Eduardo, “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, en revista *Ius Publicum* Nº 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.

En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicompreensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).**

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicomprendivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>62</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excm. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

#### iv. Amnistía encubierta

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con

---

<sup>62</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante "**TRICEL**"). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica "Felices y Forrados" por no "*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*" sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).



la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Mateluna **es propio de la amnistía y no del indulto**, toda vez que el Primer Mandatario sostiene que él tiene "**la plena convicción de la inocencia de Jorge [Mateluna] y por eso hemos llevado adelante este indulto**" (énfasis y subrayado agregado). Es decir, la razón por la cual, "*se llevó adelante el indulto*", y que, motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que el señor Mateluna era inocente, y procedió a declararlo de esa manera.

Así las cosas, **el Presidente de la República concedió un indulto, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía, vulnerando el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías se otorgan por ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de "perdonar" la pena, o perdonar "el delito" respectivamente sin considerar la persona individualmente considerada**. De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa "caso a caso", y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

De lo expuesto, S.S. Excma. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía o indulto general, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y "caso a caso" cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar, ya sea una verdadera amnistía encubierta o un indulto general, que como ya se señaló, se aprueban por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial**.

- v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>63</sup>

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excma., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>64</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>65</sup>

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápites anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia y dar cuenta de supuestos los errores de procedimiento que tuvo el proceso judicial vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

Esto último es grave, especialmente por las palabras exactas esgrimidas por el Presidente de la República en el caso del señor Mateluna al sostener que “*Tengo las más plena convicción de la inocencia de Jorge y por eso hemos llevado adelante este indulto*”. Esta frase (que viene a fundamentar –como él mismo sostiene– el indulto), no solo critica el actuar de los tribunales de justicia, sino que, más grave aún, declara que la está corrigiendo. De esta manera, el Presidente Boric explica que el indulto otorgado al señor Mateluna no consiste

---

<sup>63</sup> Como ya se hizo referencia, ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°4012-2017, c.36.

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 198-1994, c.10.

en un acto de clemencia o de pacificación, sino uno de corrección de una injusticia por parte de quien está encargado de ejercer jurisdicción, esto es, exclusivamente el juez en lo penal. **Por ser inocente es que se le indulta.** En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia.

Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando omnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

Además, y como ya fue desarrollado en acápite anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 N°2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *"el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad"*.<sup>66</sup>

El Decreto Impugnado, al omitir toda fundamentación para su otorgamiento, usando las palabras del profesor Cea, **parece motivado por el capricho o favoritismo del Presidente por el señor Mateluna (algo que el Presidente Boric ya había manifestado públicamente antes de ser elegido Presidente), más que por motivos de equidad o justicia**. Cabe recordar que todo acto administrativo, como el decreto supremo a través del que se indulta a una persona, debe ser razonable y motivado, por exigencia constitucional (el artículo 8° de la Constitución, modificado el año 2005, señala que *"son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen"*). En el mismo sentido, lo ha ratificado el Tribunal Constitucional en los Roles N°1990, N°1892 y N°2153.

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *"connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio"*. Constituye, *"a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado"*.<sup>67</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que *"lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario"*.<sup>68</sup> Puesto que *"al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ... constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada"*.<sup>69</sup> En definitiva, *"La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera (...)* En los actos discrecionales, al existir en

---

<sup>66</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (2012). Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 669.

<sup>67</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol N° 1373-2009, c. 15.

<sup>68</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol N°16.790, c. 16.

<sup>69</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica N°4, Universidad del Desarrollo, p. 427.

*mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión.”.*<sup>70</sup>

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Mateluna estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.**

Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para una acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales en el texto del Decreto Impugnado.

La falta de motivación en el indulto de Mateluna aparece con especial claridad cuando se le compara con los decretos del resto de los indultados por el Presidente Boric con la misma fecha. En efecto, en dichos decretos, se incluyen referencias explícitas a la necesidad de adoptar “*acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social*”, y el “*nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional*”, argumentando que el fin buscado era “*propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar hacia el futuro con mayor dignidad y paz*”.<sup>71</sup> Si bien dicha justificación puede estimarse insuficiente e injustificada, y propia de una amnistía o indulto general, más que de un indulto particular, al menos, en ellos, se hace una referencia general a los criterios lógicos seguidos por el Presidente a la hora de tomar esta decisión (no suficiente, sin embargo para cumplir con los estándares de constitucionalidad exigidos), al contrario de lo que ocurre en el caso del Decreto Impugnado, en el que no existe motivación alguna.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que “*en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a*

---

<sup>70</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>71</sup> Considerandos 4 y 5 de indultos otorgados al resto de los condenados indultados por parte del Presidente Boric. Ver, por ejemplo, considerandos 4 y 5 de Decreto Exento 3218 del Ministerio de Justicia, de fecha 29 de diciembre de 2022, por el que se indulta a Felipe Eduardo Santana Torres, o considerandos 4 y 5 del Decreto Exento 3219 del Ministerio de Justicia, de fecha 29 de diciembre de 2022, por el que se indulta a Jordano Jesús Santander Riquelme.

*hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.”.*<sup>72</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Mateluna no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *“la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”.*<sup>73</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

---

<sup>72</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol N°4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>73</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Mateluna en comparación con otros condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que " [...] *las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo*".<sup>74</sup> Dado lo anterior, "(...) *no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares*".<sup>75</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, "*es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental*".<sup>76</sup>

Así:

*a) El trato al señor Mateluna es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Mateluna que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Mateluna se la ha conmutado totalmente la pena privativa de libertad en el saldo de lo pendiente a las condenas de once años de presidio mayor en su grado medio y de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la

---

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 784-2007, c. 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254-2008, c. 46, N° 1399 c. 12, 1732-2010, c. 48, N° 1812-2010, c. 26, N° 1951-2011, c.15.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811-2008, c. 18.

<sup>76</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.

República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados” (artículo 19 N°2), el indulto al señor Mateluna claramente se configura como un privilegio arbitrario.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Mateluna de manera distinta al resto de los indultados por el propio Presidente Boric. En el caso de los otros doce indultados, el Presidente **incluye dos considerandos referidos al denominado “estallido social”, y hace alusión a la necesidad de lograr cohesión social. Si bien dicha fundamentación es a todas luces insuficiente (y no cumple con los estándares de fundamentación legal y constitucional, toda vez que se asocia más bien a una lógica de indulto general que se otorga por ley), y no se condice con los fines que debe tener un indulto particular, al menos se esboza algún razonamiento respecto a los motivos que llevaron a otorgar ciertos indultos.** Sin perjuicio de lo anterior, en el Decreto Impugnado, no hay ni siquiera referencia, ni expresa ni tácita, ni directa ni indirecta, a los motivos por los que se le estaría indultando. Lo anterior resulta especialmente grave si se considera que el Decreto Impugnado requería legalmente de una fundamentación adicional, que permitiera estimar su caso como “calificado”, ya que se incurre por parte de este condenado en más de una de las causales de denegación de indultos del artículo 4° de la Ley de Indultos. Como ya se desarrolló, el Decreto Supremo N°3212 solo hizo referencia a una causal de denegación, y no a dos como correspondía.

En tercer lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Mateluna de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante gobiernos de presidentes anteriores. En efecto, en otros gobiernos los indultos han sido otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Mateluna no se incluyen dichas consideraciones. Adicionalmente, en todos los casos de personas que anteriormente han solicitado y se les ha otorgado indultos en los que procedía alguna de las causales de denegación del artículo 4° de la Ley de Indultos, el decreto respectivo ha incluido una referencia a las mismas. En el caso del señor Mateluna, se omite totalmente una referencia a la causal del artículo 4° letra c, no cumpliendo con el requerimiento de la debida fundamentación.

Finalmente, cabe mencionar que el procedimiento de otorgamiento del Decreto Impugnado estuvo sujeto a una tramitación “*expres*”, otorgándole al señor



Mateluna un verdadero trato privilegiado o “*fast track*”. Tal como se ha explicado con anterioridad, la ley indica que las solicitudes de indulto requerirán de determinados informes evacuados por Gendarmería, y que deberán revisarse en estricto orden de solicitud. Dada la carga administrativa de Gendarmería y el número de solicitudes de indulto, es habitual que los informes que debe evacuar dicha institución demoren un plazo que puede durar meses. Incluso en casos en que existían solicitudes de indulto por personas en precarias condiciones de salud y que se encontraban a punto de fallecer, la tramitación no se acelera. Sin embargo, en el caso del señor Mateluna la solicitud de indulto fue presentada el día viernes 2 de septiembre de 2022, y el mismo día se le entregó el informe educacional que acompañó a la petición. El resto de los informes presentados se evacuaron al siguiente día hábil (lunes 5 de septiembre de 2022), incluyendo el acta del tribunal de conducta, el informe social, el informe psicológico, el informe de salud, el informe ocupacional y el informe de actividad laboral. La tramitación exprés del indulto del señor Mateluna claramente marca una diferencia con todo el resto de los condenados que históricamente han solicitado un indulto.

*b) La diferencia de trato al señor Mateluna es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Mateluna y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina “...se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias”.<sup>77</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Mateluna debe determinarse si dicha distinción “carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”.<sup>78</sup> El privilegio otorgado al señor Mateluna, por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es

---

<sup>77</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Revista Estudios Constitucionales Año 9, N° 1, p. 210.

<sup>78</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1340-2009. También se puede ver en Roles N°755-2007, N°790-2007, N°138-2008 y 1140-2008.

idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, *“tratándose del indulto particular, comúnmente llamado ‘indulto caso a caso’, el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: ‘En Chile no hay persona ni grupo privilegiados’, por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos (...)”* (subrayado agregado).<sup>79</sup>

- iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación. En lo relevante:

**“QUINGUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción***

---

<sup>79</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año Nº.11, Nº1, p. 483.

**de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 N°2. Para ello debemos dar cuenta de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.**

(...)

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a 'todo acto' para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina 'inconstitucionalidad', cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–" (énfasis y subrayado agregado).*

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>80</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos, suficientemente sólidas.<sup>81</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede**

---

<sup>80</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

<sup>81</sup> Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

**controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.** A saber:

*"El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».*

*[...]*

*En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente:*

***«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar».***

*En consecuencia, el **citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública»**, exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes—*

***no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto».***” (énfasis agregado).

Como podrá apreciar S.S. Excma., **la similitud con el caso del señor Mateluna es clara.** En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno, (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por “razones de problemas de procedimiento”, y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español ha procedido a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: “*La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple ‘porque sí’; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos. La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad*”.<sup>82</sup>

**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo

---

<sup>82</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 1341-2009, c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol Nº 3770-17, c. 21.

93 inciso primero N°16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en el artículo 31, artículo 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS,** se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3212 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 32 numeral 14 y 19 N°2, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la LOC del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3212 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022, y su publicación.
- b) Copia del Acta N°1-2023 del Pleno de la Excelentísima Corte Suprema.
- c) Copia de la Declaración de la Fiscalía Metropolitana Occidente, de fecha 3 enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma, en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro

representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y [fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3234, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 30 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excma., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3234 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**Decreto Supremo N°3234**" y "**Decreto Impugnado**")<sup>1</sup> por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>



Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>5</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.....</b>	<b>11</b>
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO</b>	<b>12</b>
<b>1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado .....</b>	<b>12</b>
i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	12
ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	14
iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	16
iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050 .....	16
<b>2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales .....</b>	<b>19</b>
i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	19
ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores . .....	21
iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	24
iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	27
<b>3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental. . .....</b>	<b>31</b>
i. La desviación de poder en el Derecho Público.....	31
ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	32
iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	34
iv. Amnistía encubierta .....	38
v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	40
<b>4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución).....</b>	<b>42</b>
i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	42
ii. Vulneración de la igualdad ante la ley .....	44

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República.. ..... 47

**5. Vulneración de lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución en lo relativo a la exigencia de que sea el Presidente de la República quien suscriba el Decreto Impugnado.....50**

**I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que exponremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, esto no implica que su ejercicio pueda ser arbitrario;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación del mismo, constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia señalando que las 13 personas recientemente indultadas –entre los cuales se encuentra el señor Castillo– “*no son delincuentes*”. Con ello, no busca solo conmutar su pena, sino que inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales firmes;
4. En efecto, el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la verdadera y subjetiva finalidad de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado señor Castillo. Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía o indulto general, las cuales

no pueden concederse a través del acto administrativo que hoy es objeto de este requerimiento por inconstitucionalidad;

5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera la finalidad establecida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución;
6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Castillo no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demuestra que, si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido derechamente transgredido a través de la dictación del Decreto Impugnado.<sup>2</sup>
9. Finalmente, el Decreto Impugnado vulnera expresamente lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución, al haberse dictado sin que la entonces Ministra de Justicia haya contado con investidura regular previa para proceder a su dictación, ni la competencia para firmar “por orden del Presidente”. Por ello, el acto debió haber sido suscrito directamente por

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol Nº11.820 que se desarrollará en esta presentación.

el Presidente de la República, por lo que sin perjuicio de los demás vicios de inconstitucionalidad alegados con anterioridad, el requerimiento da cuenta que el Decreto Impugnado tampoco fue dictado en la forma prescrita por la ley, tal como mandata el artículo 7º de la Constitución.

## II. ANTECEDENTES GENERALES

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mateluna Rojas. Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron dos condenados más, llegando finalmente a 13. Uno de estos casos, corresponde al beneficiado con el indulto contenido en el Decreto Supremo Nº3234, el señor Luis Arturo Castillo Opazo (en adelante e indistintamente “**señor Castillo**” o “**indultado**”), cuyo beneficio fue firmado un día después que los demás indultados.<sup>3</sup>

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente***” (énfasis agregado).<sup>4</sup>

Tanto los indultos, como las declaraciones del Primer Mandatario generaron diversas reacciones, tanto en el mundo político, como en otros poderes del Estado. Tal es el caso de la Corte Suprema que publicó una inédita declaración pública, a propósito del otorgamiento del indulto a Jorge Mateluna.<sup>5</sup>

## III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

---

<sup>3</sup> El otro caso, corresponde al señor Sebastián Emmanuel Montenegro Coó, cuyo indulto fue otorgado en virtud del Decreto Supremo Nº3233, firmado también con fecha 30 de diciembre de 2022.

<sup>4</sup> <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>5</sup> En este punto, ver Acta Nº1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**DECRETO:**

Conmútese por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la Ley N° 18.216), exclusivamente, el saldo de la pena única privativa de libertad de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a la que se encuentra condenado LUIS ARTURO CASTILLO OPAZO - RUN [REDACTED] conforme a sentencia de fecha 23 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de Garantía de Copiapó. Causa RIT [REDACTED] RUC [REDACTED]

El control del cumplimiento de la pena quedará a cargo de Gendarmería de Chile, previa comunicación del presente decreto al tribunal competente.

De esta manera, el **Presidente de la República dictó un Decreto Supremo que formalmente buscó** conmutar el saldo de la pena privativa de libertad de cuatro años de presidio menor en su grado máximo del señor Castillo.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo *“dispuesto en el artículo 6° de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4° letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”*.

En este sentido, y tal como se expondrá en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6° de la Ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante **“Ley de Indultos”**) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Castillo. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en “casos calificados” y “mediante decreto supremo fundado”.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Castillo, o bien lo hace solo parcialmente, toda vez que se remite a prescindir de la causal de denegación dispuesta en el artículo 4° letra e, esto es, cuando el condenado no hubiera cumplido dos tercios de la pena, **sin perjuicio que el señor Castillo incurre igualmente en otra causal de denegación del indulto**, cual es la establecida en el artículo 4° letra c, de la Ley de Indultos que se refiere a los

“delincuentes habituales o de condenados que hubieran obtenido indulto anteriormente”;

2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Castillo**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Castillo se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### **IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE**

##### **1. Antecedentes constitucionales y legales generales**

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16°.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>6</sup>

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:

11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;" (énfasis agregado).

"Artículo 110. En el caso del número 16º del artículo 93 de la Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.**

Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.

En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.

La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente" (énfasis agregado).

---

<sup>6</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

*"Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:*

**1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**

**2. Cuando se promueva extemporáneamente;**

**3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**

**4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

*El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho" (énfasis agregado).*

## **2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación**

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado "**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**", se desarrollan de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que "*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad*



reglamentaria de ejecución, **sean éstos de efectos generales o particulares**, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **`cualquiera sea el vicio invocado`**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe **`con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece`**"(énfasis agregado).<sup>7</sup>

Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal ha señalado que **"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, que es el permitir que las personas y órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada"** (énfasis agregado).<sup>8</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 30 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado y se refiere a vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma. Este requerimiento se funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los **artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio. Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.
- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 30 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de

2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.

- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República**. De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excm. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## **V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**

### **1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado**

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>9</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *“es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que*

---

<sup>9</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [ISSN 0718-0195], p. 477 y p. 478.

*éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad”<sup>10</sup> el cual a su vez consistiría en una “ [...] petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia”.<sup>11</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que “en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares (que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”,<sup>12</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.*

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>13</sup> por lo cual dichas

---

<sup>10</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>11</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.

<sup>12</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.

<sup>13</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 numeral 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).

disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución.**

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos– o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>14</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el 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 determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: “*La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo***

---

<sup>14</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: “*La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos*”.

**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” (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>15</sup> Así, “la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente” (énfasis agregado).<sup>16</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una “gracia”, tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>17</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

---

<sup>15</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

<sup>16</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.

<sup>17</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que “[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**” (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que “**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**” (énfasis agregado).

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>18</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: “*El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso.*”.<sup>19</sup>

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

iv. Regulación del indulto en la Ley N° 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República “*otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)*” (subrayado

---

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y Rol N° 4012-2017, c.36.

<sup>19</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 244-1996, c. 8.

agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, *“siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento”* (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>20</sup>

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario N° 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante **“Reglamento de Indultos”**).

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>21</sup>
- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá

---

<sup>20</sup> “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

<sup>21</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.



acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;

- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión; o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;
- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>22</sup>
- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***"en casos calificados y mediante decreto supremo fundado"*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la

---

<sup>22</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un "caso calificado". Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

Finalmente, respecto a la regulación propiamente tal de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, resulta pertinente tener presente lo dispuesto en el Decreto N° 924 del Ministerio de Justicia de 1981 sobre materias que serán suscritas por las autoridades que se indican con la fórmula "*por orden del Presidente de la República*" (en adelante "**Decreto 924**"). En efecto, el artículo 1º del Decreto 924 autoriza al Ministro de Justicia a suscribir el otorgamiento y denegación de indultos particulares de penas principales y/o las accesorias correspondientes bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República". **No obstante, exceptúa el otorgamiento de indultos particulares que recaigan en las penas de muerte y presidio perpetuo, en delitos contra la seguridad del Estado, y en aquellos delitos contemplados en los artículos 3º y 16 de la Ley N° 20.000 y en los artículos 362 y 366 bis del Código Penal.**

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el "motivo" formalmente expresado. Se ha definido como "*la expresión formal en el acto administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo*".<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, N°12, p. 95.

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto *"dictar un acto motivado implica actuar `en la forma que prescriba la ley`, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos"*.<sup>24</sup>

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>25</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>26</sup> En palabras de la Excma. Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: *" [...] a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad"*.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Helfmann Carolina (2016). "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad". El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>25</sup>En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: *"El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones."*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional"*.

<sup>26</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

<sup>27</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol Nº 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.

- ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación.

Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en “casos calificados” y mediante “decreto supremo fundado”, existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S Excma. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de**

**potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.<sup>28</sup>**

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3234.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisonal objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>29</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>30</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en ‘razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto’. Finaliza indicando que ‘cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de ‘un ejercicio argumentativo’ que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]*”.<sup>31</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como

---

<sup>28</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>29</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>30</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

<sup>31</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales N° 4, p. 239.

se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “*no tenía todos los antecedentes*” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve.** Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>32</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros [gobierno y administración], pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado”.<sup>33</sup>

El ejercicio de esta “amplia potestad” que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

---

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

<sup>33</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236 solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>34</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>35</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en “El control de la discrecionalidad administrativa”, vemos que “[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]”,<sup>36</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto

---

<sup>34</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recipientes-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>35</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recipientes-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>36</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, “[L]a valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]”.<sup>37</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>38</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es además útil la declaración de la Ministra Vallejo, al señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto. A mayor abundamiento, la misma Ministra sostuvo que si el Presidente Boric hubiera contado con todos los antecedentes, habría actuado de manera diferente.<sup>39</sup>

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una

---

<sup>37</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>38</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

<sup>39</sup> Ver en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/09/vallejo-si-el-presidente-hubiera-tenido-todos-los-antecedentes-no-habria-tomado-esa-decision.shtml>



decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que los indultados (incluyendo el señor Castillo) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, hace que sea evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado constitucionalmente.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. **En este sentido, cabe señalar que el principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución pesa sobre todo órgano de la administración del Estado;** por lo que la observancia de las normas constitucionales, y en caso de indultos particulares, aquellas legales integradas expresamente a la normativa constitucional por mandato del artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental hacen que sobre el Presidente recaiga el deber constitucional de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades, lo que por lo demás, significaría una vulneración de la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias. En palabras del profesor Soto Kloss “[...] *el vicio de fundamentación es precisamente la ‘arbitrariedad’, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propriadamente inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*”.<sup>40</sup>

Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada.

---

<sup>40</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.

Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios “motivos” (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que los indultados serían más bien jóvenes “no delincuentes”, como es el caso del señor Castillo), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto “sus propios” motivos no debieran ser relevantes. Finalmente, en palabras del profesor Bocanegra “[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia”.<sup>41</sup>

iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Castillo aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra e), referida al caso siguiente: “*cuando no hubieren cumplido a lo menos, 2/3 de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva [...]*”.<sup>42</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Indultos “*permite considerar su situación [del señor Castillo] como un caso calificado*”, sin que exista una ponderación, explicación o razonamiento alguno de los hechos, las causales o motivaciones que lo llevaron a estimar, considerar o razonar la aludida “calificación”. Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto “fundado”, como lo exige la normativa aplicable, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha

---

<sup>41</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>42</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: “*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*”.

entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3234 (acto administrativo pertinente), sino que más bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación. En efecto, el Presidente de la República sostuvo, con fecha 30 de diciembre de 2022 lo siguiente: "***Son jóvenes que no son delincuentes***" (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>43</sup>

### **Boric: "Son jóvenes que no son delincuentes"**

En primera instancia, La Moneda informó que 11 personas serían indultadas. Sin embargo, dos horas después se comunicó desde el Ministerio de Justicia que faltó incluir a dos personas: [Matías Elías Rojas Marambio y Alejandro Samuel Carvajal Gutiérrez](#).

"En el primer comunicado que se emitió hubo dos que no sé por qué no se incluyeron en el listado, pero eso se solucionó inmediatamente. Así que pueden tener la tranquilidad de que esto es una decisión difícil, pero lo hago pensando en el bien de la patria", expresó Boric sobre esta situación.

Asimismo, dijo que "tenemos que sanar estas heridas, acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos son jóvenes que no son delincuentes".

La cita de estas declaraciones buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones del Presidente de la República –y ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo– no corresponden a un error, o un mero exabrupto, sino que responden a la íntima convicción del Presidente de la República respecto de la inocencia de los condenados.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra Vocera de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de 2023 lo siguiente: "***Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta***".<sup>44</sup>

<sup>43</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/12/30/son-jovenes-que-no-son-delincentes-boric-defiende-indulto-a-12-presos-del-estallido-social.shtml>

<sup>44</sup><https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Supremo N°3234:

(i) El Decreto Impugnado no se encuentra fundado, vulnerando las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2, además de lo señalado en el artículo 32 numeral 14 y las normas legales integradas a la Constitución por mandato expreso,<sup>45</sup> al ejercer facultades discrecionales sin justificación o motivo, y conceder una gracia como esta, de manera arbitraria;<sup>46</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta o del ejercicio de jurisdicción propio de los Tribunales de Justicia.<sup>47</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que los indultados (incluyendo el señor Castillo, que como veremos tiene un amplio prontuario de condenas previas) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones (que más bien constituyen el fundamento del Decreto Impugnado) vulneran gravemente el artículo 76 de la Constitución y un principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es la separación de poderes.<sup>48</sup>

(iv) Queda aún más en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente de la República en la dictación del Decreto Impugnado, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario “*no tenía todos los antecedentes*”. Así, queda claro que no existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad discrecional de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

---

<sup>45</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley N°18.575 que dispone: “La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas” (énfasis agregado); entre otras.

<sup>46</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4 siguiente.

<sup>47</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv siguiente.

<sup>48</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.v siguiente.

- 2) El Decreto Impugnado no hace referencia a la causal contenida en el artículo 4º, letra c de la Ley de Indultos y que se entiende incorporada a la normativa constitucional en virtud del artículo 32 numeral 14 de la Carta Magna. En efecto, dicha norma señala como causal de denegación del indulto, *"c) cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente"*, sin que el Presidente, en apartado alguno del Decreto Impugnado se haga cargo de ella.

Como es de público conocimiento, cabe recordar que el señor Castillo es un delincuente habitual (habiendo sido condenado, entre otros hechos constitutivos de delito, como autor de un delito de robo con violencia, hurto simple y lesiones menos graves). En esta línea, y de acuerdo a la información publicada por diversos medios de comunicación, el señor Castillo, no solo cuenta con estas condenas previas, sino que también registra *"16 arrestos por parte de Carabineros: tres por desórdenes en Copiapó, dos por desacato, una por robo con violencia, cuatro por hurto, una por amenazas, una por robo con intimidación, dos por consumo de alcohol en la vía pública, una por ebriedad y una por violencia intrafamiliar contra una mujer, en 2016. Un dato más: en julio de 2021 fue sancionado por Gendarmería por ingresar un celular a su celda y subir videos. Fue castigado con 30 días sin recibir visitas"*.<sup>49</sup>

Es decir, la calificación del caso del señor Castillo contenida en el Decreto Impugnado debió haber ponderado la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra c (delincuente habitual) de la Ley de Indultos y no solo remitirse a la causal establecida en el artículo 4º letra e. **Prescindir de referirse a una de las causales de denegación del indulto demuestra la ausencia de fundamentación del Decreto Impugnado firmado por la Ministra de Justicia, y por orden del Presidente de la República**, por el cual se le concedió la conmutación de pena al señor Castillo.

- 3) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En otros casos, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de situaciones anteriores,<sup>50</sup> por "razones

---

<sup>49</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/el-prontuario-de-los-indultados-por-el-gobierno-seis-fueron-condenados-por-delitos-distintos-al-estallido-y-acumulan-52-detenciones-policiales/NSXEZZHSGNHJTB4BV465MGJDJE/>

<sup>50</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en

humanitarias” por parte de los gobiernos anteriores, teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”. Adicionalmente, todos los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste sólo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3° de la ley N°18.216), que procede para casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4° de la ley N°18.216).

**3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6° y artículo 7° de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental.**

i. La desviación de poder en el Derecho Público

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, **teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado**. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las **intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la***

***finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho***” (énfasis agregado).<sup>51</sup>

En efecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>52</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca “*las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho*”.<sup>53</sup>

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, “*será siempre en el ámbito discrecional donde solamente*

---

<sup>51</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.

<sup>52</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

<sup>53</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit, p. 481.

*interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]”.*<sup>54</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente “*debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...] La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. ¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?*”.<sup>55</sup>

Pues bien, S.S. Excm., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Castillo y –como se verá– aprobar vía decreto una verdadera amnistía encubierta.**

---

<sup>54</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>55</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.



iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>56</sup> (en adelante "**Sentencia de Derechos de la Niñez**"), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, esto es, incluido por cierto el Presidente de la República.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo–

---

<sup>56</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 11.820 del año 2022.

para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>57</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

***“QUINGUAGÉSIMO PRIMERO: Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 N°2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.*****

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución*

---

<sup>57</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

*obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.” (Soto Kloss, Eduardo, “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, en revista *Ius Publicum* N° 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.*

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que*

*opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicompreensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–***” (énfasis y subrayado agregado).

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicompreensivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>58</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excm. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino

---

<sup>58</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante “**TRICEL**”). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica “Felices y Forrados” por no “*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*” sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).

que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

iv. Amnistía encubierta

*a) Motivación del Decreto Impugnado dice relación con la convicción del Presidente de que el indultado es inocente*

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y a la exposición de antecedentes y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Castillo y los demás indultados es propio de la amnistía y no del indulto, toda vez que el Primer Mandatario sostuvo –tal como se citó precedentemente– que él considera que los indultados “*son jóvenes que **no son delincuentes***” (énfasis agregado). Es decir, la razón por la cual, concedieron los indultos (incluyendo el del señor Castillo) y que motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que los condenados no son delincuentes, y en consecuencia, son inocentes.

Así las cosas, el **Presidente de la República concedió un indulto al señor Castillo, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía contenido en el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías se otorgan por ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de “perdonar” la pena, o perdonar “el delito” respectivamente sin considerar la persona individualmente considerada.** De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que

ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa “caso a caso”, y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

*a) Precedentes históricos, dan cuenta que estamos frente a un caso de amnistía encubierta o indulto general, más que de un indulto particular*

A lo largo de la historia de Chile es posible encontrar una serie de eventos en los cuales se ha aplicado amnistía durante procesos constituyentes, revoluciones o guerras civiles como las de 1851 y 1891, hasta algunos conflictos políticos relevantes durante el siglo XX.

Así, durante el año 1851 el gobierno de la época, presentó un proyecto de amnistía, luego de una serie de conflictos políticos contingentes, y en virtud del cual se concedió a *“todos los individuos que por haber tomado parte en los acontecimientos políticos de 1851, hubieran sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren el país [...]”*.<sup>59</sup>

Luego, a propósito de la guerra civil del año 1891 se aprobó una ley de amnistía durante dicho año, en virtud de la cual se concedió amnistía a *“los que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1º de enero hace el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indican”*.<sup>60</sup> En febrero de 1893 se promulgó otra ley de amnistía concedida a ciertos militares que no fueron comprendidos anteriormente y en agosto de 1894 fue promulgada una nueva ley de amnistía de carácter general y final.<sup>61</sup>

Durante el segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, hubo tres leyes de amnistía referentes a delitos políticos vinculados a la ley N°8.897 de septiembre de 1948 denominada de Defensa Permanente de la Democracia (conocida como “Ley Maldita”).<sup>62</sup> Estas amnistías tuvieron por objeto perdonar a los responsables de infracciones o delitos políticos.

Por su parte, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva se presentaron dos proyectos de amnistía que tuvieron por objeto beneficiar a periodistas procesados por infracciones a la ley N°15.576 sobre Abusos de Publicidad (conocida también como “Ley Mordaza”).<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales, p. 11.

<sup>60</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 14.

<sup>61</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 15.

<sup>62</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 18 y siguientes.

<sup>63</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 21 y siguientes.

De lo expuesto, es posible advertir que durante la historia de nuestro país, se han concedido amnistías que han tenido por objeto condonar ciertos delitos, basándose en el cumplimiento de ciertos supuestos (hechos constitutivos de delitos en el contexto de un conflicto político o social por ejemplo), y no enfocándose en el “caso a caso”.

Explicado lo anterior, cabe referirnos S.S. Excma. a los Considerandos 4º y 5º del Decreto Impugnado que señalan lo siguiente:

*“4º Los hechos ocurridos durante el denominado ‘Estallido Social’, que derivó en una crisis política e institucional el cual se produjeron hechos de violencia y violaciones a los derechos humanos, por los cuales se deberán adoptar acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social.*

*5º El nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional enmarcado en masivas manifestaciones públicas. En este contexto y con el objeto de propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar el futuro con mayor dignidad y paz”.*

De lo expuesto, S.S. Excma. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y “caso a caso” cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar una verdadera amnistía encubierta, que como ya se señaló, se aprueba por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial.**

- v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excma., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>65</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>66</sup>

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápites anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia de los indultados (incluyendo, por cierto al señor Castillo) vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia. Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando omnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

Además, y como ya fue desarrollado en acápites anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente**

---

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°4012-2017, c.36.

<sup>66</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 198-1994, c.10.



**a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *"el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad"*.<sup>67</sup>

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *"connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio"*. Constituye, *"a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado"*.<sup>68</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que *"lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario"*.<sup>69</sup> Puesto que *"al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ...*

---

<sup>67</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II),, p. 669.

<sup>68</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol Nº 1373-2009, c. 15.

<sup>69</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol Nº16.790, c. 16.

*constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada”.<sup>70</sup> En definitiva, “La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera [...] En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión.”.<sup>71</sup>*

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Castillo estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.** Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para un acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales y ciertos informes poco detallados en el texto del Decreto Impugnado.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que “*en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.*”.<sup>72</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Castillo no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una**

---

<sup>70</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica Nº4, Universidad del Desarrollo, p. 427.

<sup>71</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>72</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol Nº4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

**perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *"la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación"*.<sup>73</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

## ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Castillo en comparación con otros condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que las *"normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo"*.<sup>74</sup> Dado lo anterior, "[...] no deben

---

<sup>73</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254 considerando 46, N° 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, N° 1812 considerando 26, N° 1951 considerando 15.

*concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”.*<sup>75</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, “*es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental*”.<sup>76</sup> Así:

*a) El trato al señor Castillo es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Castillo que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Castillo se la ha conmutado totalmente la pena privativa de libertad en el saldo de la pena única de cuatro años de presidio menor en su grado máximo. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados” (artículo 19 numeral 2), el indulto al señor Castillo claramente se configura como un privilegio arbitrario.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Castillo de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante el gobierno de presidentes anteriores. En efecto, en gobiernos anteriores los indultos han sido otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Castillo no se incluyen dichas consideraciones. Adicionalmente, en todos los casos de personas que anteriormente han solicitado y se les ha otorgado indultos en los que procedía alguna de las causales de denegación del artículo 4º de la Ley de Indultos, el decreto respectivo ha incluido

---

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, c. 18.

<sup>76</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.

una referencia a las mismas. En el caso del señor Castillo, se omite totalmente una referencia a la causal del artículo 4º letra c, no cumpliendo con el requerimiento de la debida fundamentación.

*b) La diferencia de trato al señor Castillo es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Castillo y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina "[...] se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias".<sup>77</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Castillo debe determinarse si dicha distinción "carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador".<sup>78</sup> El privilegio otorgado al señor Castillo, por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, "tratándose del indulto particular, comúnmente llamado 'indulto caso a caso', el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: 'En Chile no hay persona ni grupo privilegiados', por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a

---

<sup>77</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Estudios Constitucionales Año 9, N° 1, 2011, p. 210.

<sup>78</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1340-2007. También ver en Roles N° 790, N° 825, N° 829, N° 834, entre otros.

*nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos [...]”*  
(subrayado agregado).<sup>79</sup>

- iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación. En lo relevante:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

(...)

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a ‘todo acto’ para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina ‘inconstitucionalidad’, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución,** sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–”* (énfasis y subrayado agregado).

---

<sup>79</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año Nº.11, Nº1, p. 483.

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>80</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos y suficientemente sólidas.<sup>81</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**. A saber:

*"El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».*

[...]

*En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de***

---

<sup>80</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

<sup>81</sup> Ver en Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

**contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente: **«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar ».**

En consecuencia, el **citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública»**, exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes— **no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad**, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto»." (énfasis agregado).

Como podrá apreciar S.S. Excm., **la similitud con el caso del señor Castillo es clara**. En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno que permita considerar el caso del señor Castillo como "calificado" o que habilite para acreditar que nos encontramos frente a un decreto "fundado", (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por convicciones personales respecto de la supuesta inocencia de estos



“jóvenes” que “no son delincuentes”, y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español procedió a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: *“La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero **arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple `porque sí`; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos.** La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad”* (énfasis agregado).<sup>82</sup>

## **5. Vulneración de lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución en lo relativo a la exigencia de que sea el Presidente de la República quien suscriba el Decreto Impugnado**

El artículo 7º inciso primero y segundo de nuestra Constitución dispone:

*“Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”.*

---

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1341 c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol Nº 3770 c. 21.

En este sentido, resulta pertinente tener presente que el Decreto 924 sobre materias que serán suscritas por las autoridades que se indican con la fórmula “por orden del Presidente de la República”, dispone en el artículo 1º, en su numeral 3.1 , que autoriza al Ministro de Justicia a suscribir el otorgamiento y denegación de indultos particulares de penas principales y/o las accesorias correspondientes bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”.

Sin embargo, **la misma norma exceptúa de dicha autorización, en casos de otorgamiento de indultos particulares que recaigan en las penas de muerte y presidio perpetuo, en delitos contra la seguridad del Estado, y en aquellos delitos contemplados en los artículos 3º y 16 de la Ley Nº 20.000 y en los artículos 362 y 366 bis del Código Penal.**

En el caso particular del señor Castillo, y como ya se ha señalado repetidamente en el requerimiento, el indultado habría sido condenado por otros delitos previos, los que han sido conocidos públicamente a través de medios de comunicación. Se han dado a conocer cinco condenas, correspondientes a los delitos de hurto (dos en el año 2005), lesiones (en el año 2006), robo con violencia (en el año 2006) y robo por sorpresa (en el año 2017). A lo anterior se suman las condenas sobre las que recae el indulto, consistentes en seis delitos de desórdenes públicos, tres delitos de daños simples, cuatro delitos de robo en lugar no habitado y un delito de daño calificado, según se consigna en el texto del Decreto Impugnado.

El considerando 1º del Decreto Impugnado constata expresamente que el señor Castillo se encontraba cumpliendo condena –entre otros delitos– como autor de seis delitos de desórdenes públicos del artículo 6º letra a) de la Ley Nº 12.927 sobre Seguridad del Estado.

#### **CONSIDERANDO:**

1º La solicitud de indulto particular de **LUIS ARTURO CASTILLO OPAZO - RUN 15.870.664-4**, de fecha 01 de abril de 2022, quien actualmente se encuentra cumpliendo condena como autor de seis delitos de desórdenes públicos del artículo 6º letra a) de la Ley Nº 12.927 sobre Seguridad del Estado, tres delitos de daños simples, cuatro delitos de robo en lugar no habitado y un delito de daño calificado, en el Complejo Penitenciario de La Serena.

Así las cosas, al encontrarse el Decreto Supremo Nº 3234 firmado por la ex Ministra de Justicia y Derechos Humanos Marcela Ríos Tobar bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”, la infracción a lo dispuesto en el Decreto

924 antes citado, y en consecuencia, se transgrede lo establecido en el artículo 7º de nuestra Constitución, pues nuestra normativa vigente excluye expresamente la posibilidad de que los indultos que recaigan sobre delitos contra la seguridad del Estado sean firmados por una autoridad distinta al Presidente de la República.

En este sentido, y habida cuenta de que como ha sostenido el Excmo. Tribunal, el control de constitucionalidad que se ejerce sobre decretos supremos es amplio, no cabe duda de que estamos en presencia de un grave vicio de inconstitucionalidad. Ello, pues existe una clara vulneración al artículo 7º de nuestra Carta Fundamental, al haberse dictado sin que la Ministra de Justicia haya contado con una investidura regular previa para proceder a su dictación, ni la competencia para firmar “por orden del Presidente”. Por ello, el acto debió haber sido suscrito directamente por el Presidente de la República, por lo que sin perjuicio de los demás vicios de inconstitucionalidad alegados con anterioridad, el requerimiento da cuenta que el Decreto Impugnado tampoco fue dictado en la forma prescrita por la ley.

**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero N°16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en los artículos 31, 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS,** se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3234 del Ministerio de Justicia de fecha 30 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y el artículo 76, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3234 del Ministerio de Justicia de fecha 30 de diciembre de 2022, y su publicación.

b) Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma, en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y [fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3220, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excma., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3220 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**Decreto Supremo N°3220**" y "**Decreto Impugnado**") por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>

Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.....</b>	<b>11</b>
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO</b>	<b>12</b>
<b>1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado .....</b>	<b>12</b>
i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	12
ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	13
iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	15
iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050 .....	16
<b>2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales .....</b>	<b>19</b>
i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	19
ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores . .....	20
iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	23
iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	26
<b>3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental. . .....</b>	<b>30</b>
i. La desviación de poder en el Derecho Público.....	30
ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	31
iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	33
iv. Amnistía encubierta .....	37
v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	39
<b>4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución).....</b>	<b>41</b>
i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	41
ii. Vulneración de la igualdad ante la ley .....	43

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República.. ..... 46

**I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que expondremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, esto no implica que su ejercicio pueda ser arbitrario;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación del mismo, constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia señalando que las 13 personas recientemente indultadas –entre los cuales se encuentra el señor Campos– “*no son delincuentes*”. Con ello, no busca solo conmutar su pena, sino que inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales firmes;
4. En efecto, el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la verdadera y subjetiva finalidad de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado señor Campos (entre otros). Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía o indulto general, las cuales no pueden concederse a través del acto administrativo que hoy es objeto de este requerimiento por inconstitucionalidad;
5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo

32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera la finalidad establecida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución;

6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Campos no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demuestra que, si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido derechamente transgredido a través de la dictación del Decreto Impugnado.<sup>2</sup>

## **II. ANTECEDENTES GENERALES**

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mateluna Rojas. Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol Nº11.820 que se desarrollará en esta presentación.



indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron dos condenados más, llegando finalmente a 13. Dentro de los primeros 11 beneficiados, se encuentra el señor Bastián Ignacio Campos Gaete (en adelante e indistintamente “**señor Campos**” o “**indultado**”), cuyo beneficio de indulto fue otorgado a través del Decreto Supremo N°3220.

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal**, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente*” (énfasis agregado).<sup>3</sup>

Tanto los indultos, como las declaraciones del Primer Mandatario generaron diversas reacciones, tanto en el mundo político, como en otros poderes del Estado. Tal es el caso de la Corte Suprema que publicó una inédita declaración pública, a propósito del otorgamiento del indulto a Jorge Mateluna.<sup>4</sup>

### III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

**DECRETO:**

**Conmútese, exclusivamente, por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la Ley N° 18.216), el saldo de las penas privativas de libertad de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a las que se encuentra condenado BASTIÁN IGNACIO CAMPOS GAETE - RUN [REDACTED] conforme a sentencia de fecha 01 de mayo de 2021, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. Causa RIT [REDACTED]; RUC [REDACTED]**

**El control del cumplimiento de las penas quedará a cargo de Gendarmería de Chile, previa comunicación del presente decreto al tribunal competente.**

---

De esta manera, el **Presidente de la República dictó un Decreto Supremo que formalmente buscó** conmutar el saldo de las penas privativas de libertad de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo del señor Campos.

---

<sup>3</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>4</sup> En este punto, ver Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo *“dispuesto en el artículo 6º de la ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”*.

En este sentido, y tal como se expone en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6º de la Ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante **“Ley de Indultos”**) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Campos. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en *“casos calificados”* y *“mediante decreto supremo fundado”*.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Campos, o bien lo hace solo parcialmente, toda vez que se remite a prescindir de la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra e, esto es, cuando el condenado no hubiera cumplido dos tercios de la pena, **sin perjuicio que el señor Campos incurre igualmente en otra causal de denegación del indulto**, cual es la establecida en el artículo 4º letra c, de la Ley de Indultos que se refiere a los *“delincuentes habituales o de condenados que hubieran obtenido indulto anteriormente”*;

2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Campos**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Campos se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE

##### 1. Antecedentes constitucionales y legales generales

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

*"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>5</sup>*

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

*"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:*

---

<sup>5</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;" (énfasis agregado).

"Artículo 110. En el caso del número 16° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.**

Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.

En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.

La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente" (énfasis agregado).

"Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.

Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;**
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo

*hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho” (énfasis agregado).*

## **2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación**

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado “**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**”, se desarrollan de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que “*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares*, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **“cualquiera sea el vicio invocado”**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (énfasis agregado).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.

Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal ha señalado que ***"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, que es el permitir que las personas y órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada"*** (énfasis agregado).<sup>7</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado y se refiere a vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma. Este requerimiento se funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los **artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio. Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.
- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de 2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.
- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral**

**14 y 76 de la Constitución Política de la República.** De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excm. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## **V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**

### **1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado**

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>8</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *"es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad"*<sup>9</sup> el cual a su vez consistiría en una " [...] *petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia*".<sup>10</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que *"en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares*

---

<sup>8</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [issn 0718-0195], p. 477 y p. 478.

<sup>9</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>10</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.



(que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”,<sup>11</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>12</sup> por lo cual dichas disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución**.

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son

---

<sup>11</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.

<sup>12</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 N° 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).

materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos– o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>13</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el 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 determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: *“La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo 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”* (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>14</sup> Así, *“la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son***

---

<sup>13</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: *“La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”*.

<sup>14</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

**culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente" (énfasis agregado).<sup>15</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una "gracia", tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>16</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

### iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que "[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**" (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que "**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**" (énfasis agregado).

---

<sup>15</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.

<sup>16</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>17</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: *"El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso."*<sup>18</sup>

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

#### iv. Regulación del indulto en la Ley N° 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República *"otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)"* (subrayado agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, *"siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento"* (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y Rol N° 4012-2017, c.36.

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 244-1996, c. 8.

<sup>19</sup> *"El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un*

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario N° 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante "**Reglamento de Indultos**").

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>20</sup>
- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;
- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión;

---

*medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo".*

<sup>20</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.

o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;

- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>21</sup>
- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***“en casos calificados y mediante decreto supremo fundado”*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un “caso calificado”. Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

---

<sup>21</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el “motivo” formalmente expresado. Se ha definido como *“la expresión formal en el acto administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo”*.<sup>22</sup>

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto *“dictar un acto motivado implica actuar ‘en la forma que prescriba la ley’, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos”*.<sup>23</sup>

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>24</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus

---

<sup>22</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, Nº12, p. 95.

<sup>23</sup>Helfmann Carolina (2016). “La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad”. El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>24</sup>En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.*

disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>25</sup> En palabras de la Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: “ [...] *a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad*”.<sup>26</sup>

ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación. Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en “casos calificados” y mediante “decreto supremo fundado”, existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S Excma. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

---

<sup>25</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

<sup>26</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol Nº 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.



En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.**<sup>27</sup>

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3220.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisonal objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>28</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>29</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en 'razones justificativas*

---

<sup>27</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>28</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>29</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto'. Finaliza indicando que 'cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de 'un ejercicio argumentativo' que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]'.<sup>30</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “no tenía todos los antecedentes” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve.** Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>31</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros

---

<sup>30</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales Nº 4, p. 239.

<sup>31</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

[gobierno y administración], *pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado*".<sup>32</sup>

El ejercicio de esta "amplia potestad" que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236 solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>33</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>34</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en "El control de la discrecionalidad administrativa", vemos que "[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde

---

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.

<sup>33</sup> Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>34</sup> Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

*o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]*",<sup>35</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, "*[L]a valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]*".<sup>36</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>37</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es además útil la declaración de la Ministra Vallejo, al

---

<sup>35</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

<sup>36</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>37</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto. A mayor abundamiento, la misma Ministra sostuvo que si el Presidente Boric hubiera contado con todos los antecedentes, habría actuado de manera diferente.<sup>38</sup>

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que los indultados (incluyendo el señor Campos) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, hace que sea evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado constitucionalmente.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. **En este sentido, cabe señalar que el principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución pesa sobre todo órgano de la administración del Estado;** por lo que la observancia de las normas constitucionales y aquellas legales integradas expresamente a la normativa constitucional por mandato del artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental hacen que sobre el Presidente recaiga el deber constitucional de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades, lo que por lo demás, significaría una vulneración de la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias. En palabras del profesor Soto Kloss “[...] *el vicio de fundamentación es precisamente la ‘arbitrariedad’, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propriadamente inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ver en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/09/vallejo-si-el-presidente-hubiera-tenido-todos-los-antecedentes-no-habria-tomado-esa-decision.shtml>

<sup>39</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.

Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada. Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios "motivos" (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que los indultados serían más bien jóvenes "no delincuentes", como es el caso del señor Campos), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto "sus propios" motivos no debieran ser relevantes. Finalmente, en palabras del profesor Bocanegra "[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia".<sup>40</sup>

iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Campos aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra e), referida al caso siguiente: "*cuando no hubieren cumplido a lo menos, 2/3 de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva [...]*".<sup>41</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Indultos "*permite considerar su situación [del señor Campos] como un caso calificado*", sin que exista una

---

<sup>40</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>41</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: "*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*".

ponderación, explicación o razonamiento alguno de los hechos, las causales o motivaciones que lo llevaron a estimar, considerar o razonar la aludida “calificación”. Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto “fundado”, como lo exige la normativa aplicable, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3220 (acto administrativo pertinente), sino que más bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación. En efecto, el Presidente de la República sostuvo, con fecha 30 de diciembre de 2022 lo siguiente: “**Son jóvenes que no son delincuentes**” (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>42</sup>

### **Boric: “Son jóvenes que no son delincuentes”**

En primera instancia, La Moneda informó que 11 personas serían indultadas. Sin embargo, dos horas después se comunicó desde el Ministerio de Justicia que faltó incluir a dos personas: [Matías Elías Rojas Marambio y Alejandro Samuel Carvajal Gutiérrez](#).

“En el primer comunicado que se emitió hubo dos que no sé por qué no se incluyeron en el listado, pero eso se solucionó inmediatamente. Así que pueden tener la tranquilidad de que esto es una decisión difícil, pero lo hago pensando en el bien de la patria”, expresó Boric sobre esta situación.

Asimismo, dijo que “tenemos que sanar estas heridas, acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos son jóvenes que no son delincuentes”.

La cita de estas declaraciones buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones del Presidente de la República –y ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo– no corresponden a un error, o un mero exabrupto, sino que responden a la íntima convicción del Presidente

---

<sup>42</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/12/30/son-jovenes-que-no-son-delincuentes-boric-defiende-indulto-a-12-presos-del-estallido-social.shtml>

de la República respecto de la inocencia de los condenados (incluyendo al señor Campos).

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra Vocera de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de 2023 lo siguiente: **"Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta".**<sup>43</sup>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Supremo N°3220:

(i) El Decreto Impugnado no se encuentra fundado, vulnerando las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2, además de lo señalado en el artículo 32 numeral 14 y las normas legales integradas a la Constitución por mandato expreso,<sup>44</sup> al ejercer facultades discrecionales sin justificación o motivo, y conceder una gracia como esta, de manera arbitraria;<sup>45</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta o del ejercicio de jurisdicción propio de los Tribunales de Justicia.<sup>46</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que los indultados (incluyendo al señor Campos, que como veremos tiene un amplio prontuario de condenas previas) *"son jóvenes que no son delincuentes"*. Estas declaraciones (que más bien constituyen el fundamento del Decreto Impugnado) vulneran gravemente el artículo 76 de la Constitución y un

---

<sup>43</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

<sup>44</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley N°18.575 que dispone: "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas" (énfasis agregado); entre otras.

<sup>45</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4 siguiente.

<sup>46</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv siguiente.



principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es la separación de poderes.<sup>47</sup>

(iv) Queda aún más en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente de la República en la dictación del Decreto Impugnado, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario "*no tenía todos los antecedentes*". Así, queda claro que no existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad discrecional de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

- 2) El Decreto Impugnado no hace referencia a la causal contenida en el artículo 4º, letra c de la Ley de Indultos y que se entiende incorporada a la normativa constitucional en virtud del artículo 32 numeral 14 de la Carta Magna. En efecto, dicha norma señala como causal de denegación del indulto, "*c) cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente*", sin que el Presidente, en apartado alguno del Decreto Impugnado se haga cargo de ella.

Como es de público conocimiento, cabe recordar que el señor Campos es un delincuente habitual. En esta línea, y de acuerdo a la información publicada por diversos medios de comunicación, el señor Campos, no solo cuenta con las condenas por las cuales recibió el indulto (autor del delito de porte de artefacto explosivo y autor de robo en lugar no habitado en grado de frustrado), sino que también "*previo a eso, había sido sentenciado por los delitos de microtráfico de drogas y hurto simple. En cuanto a sus `pasadas` policiales, en 2018, fue detenido por Carabineros por delitos contemplados en la Ley 20.000 (drogas) y receptación*".<sup>48</sup>

Es decir, la calificación del caso del señor Campos contenida en el Decreto Impugnado debió haber ponderado la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra c (delincuente habitual) de la Ley de Indultos y no solo remitirse a la causal establecida en el artículo 4º letra e. **Prescindir de referirse a una de las causales de denegación del indulto demuestra la ausencia de fundamentación del Decreto Impugnado firmado por la Ministra de Justicia, y por orden del Presidente de**

---

<sup>47</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.v siguiente.

<sup>48</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/el-prontuario-de-los-indultados-por-el-gobierno-seis-fueron-condenados-por-delitos-distintos-al-estallido-y-acumulan-52-detenciones-policiales/NSXEZZHSGNHJTB4BV465MGJDJE/>

**la República**, por el cual se le concedió la conmutación de pena al señor Campos.

- 3) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En otros casos, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de situaciones anteriores,<sup>49</sup> por “razones humanitarias” por parte de los gobiernos anteriores, teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”. Por el contrario, y como se verá más adelante, el indultado goza de excelente salud, por lo que la referencia que se realiza en los Considerandos del Decreto Impugnado dan cuenta de que no hay fundamento en esta línea. Adicionalmente, los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste solo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3° de la ley N°18.216), que procede para casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4° de la ley N°18.216).

**3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6° y artículo 7° de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental.**

i. La desviación de poder en el Derecho Público

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

---

<sup>49</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001#>.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, **teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado**. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las **intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho**”* (énfasis agregado).<sup>50</sup>

En efecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>51</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca “*las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad*

---

<sup>50</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.

<sup>51</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

*ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho".*<sup>52</sup>

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, *"será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]"*.<sup>53</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente *"debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...]* La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. *¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?"*.<sup>54</sup>

Pues bien, S.S. Excmá., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y**

---

<sup>52</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit, p. 481.

<sup>53</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>54</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

**ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Campos y –como se verá– aprobar vía decreto una verdadera amnistía encubierta.**

iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>55</sup> (en adelante "**Sentencia de Derechos de la Niñez**"), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, esto es, incluido por cierto el Presidente de la República.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba

---

<sup>55</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 11.820 del año 2022.

de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo– para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>56</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 N°2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

---

<sup>56</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que `Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.` (Soto Kloss, Eduardo, "El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público", en revista *Ius Publicum* Nº 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado*

*puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.*

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicomprensivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>57</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad**

---

<sup>57</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante “TRICEL”). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica “Felices y Forrados” por no “*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*” sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).



**siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excma. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

iv. Amnistía encubierta

*a) Motivación del Decreto Impugnado dice relación con la convicción del Presidente de que el indultado es inocente*

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y a la exposición de antecedentes y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Campos y los demás indultados es propio de la amnistía y no del indulto, toda vez que el Primer Mandatario sostuvo –tal como se citó precedentemente– que él considera que los indultados “*son jóvenes que **no son delincuentes***” (énfasis agregado). Es decir, la razón por la cual, concedieron los indultos (incluyendo el del señor Campos) y que motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que los condenados no son delincuentes, y en consecuencia, son inocentes.

Así las cosas, el **Presidente de la República concedió un indulto al señor Campos, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía contenido en el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías se otorgan por**

**ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de “perdonar” la pena, o perdonar “el delito” respectivamente sin considerar la persona individualmente considerada.** De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa “caso a caso”, y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

*b) Precedentes históricos, dan cuenta que estamos frente a un caso de amnistía encubierta o indulto general, más que de un indulto particular*

A lo largo de la historia de Chile es posible encontrar una serie de eventos en los cuales se ha aplicado amnistía durante procesos constituyentes, revoluciones o guerras civiles como las de 1851 y 1891, hasta algunos conflictos políticos relevantes durante el siglo XX.

Así, durante el año 1851 el gobierno de la época, presentó un proyecto de amnistía, luego de una serie de conflictos políticos contingentes, y en virtud del cual se concedió a *“todos los individuos que por haber tomado parte en los acontecimientos políticos de 1851, hubieran sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren el país [...]”*.<sup>58</sup>

Luego, a propósito de la guerra civil del año 1891 se aprobó una ley de amnistía durante dicho año, en virtud de la cual se concedió amnistía a *“los que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1º de enero hace el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indican”*.<sup>59</sup> En febrero de 1893 se promulgó otra ley de amnistía concedida a ciertos militares que no fueron comprendidos anteriormente y en agosto de 1894 fue promulgada una nueva ley de amnistía de carácter general y final.<sup>60</sup>

Durante el segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, hubo tres leyes de amnistía referentes a delitos políticos vinculados a la ley N°8.897 de septiembre de 1948 denominada de Defensa Permanente de la Democracia (conocida como “Ley Maldita”).<sup>61</sup> Estas amnistías tuvieron por objeto perdonar a los responsables de infracciones o delitos políticos. Por su parte, durante el gobierno de Eduardo

---

<sup>58</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales, p. 11.

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 14.

<sup>60</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 15.

<sup>61</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 18 y siguientes.

Frei Montalva se presentaron dos proyectos de amnistía que tuvieron por objeto beneficiar a periodistas procesados por infracciones a la ley N°15.576 sobre Abusos de Publicidad (conocida también como “Ley Mordaza”).<sup>62</sup>

De lo expuesto, es posible advertir que durante la historia de nuestro país, se han concedido amnistías que han tenido por objeto condonar ciertos delitos, basándose en el cumplimiento de ciertos supuestos (hechos constitutivos de delitos en el contexto de un conflicto político o social por ejemplo), y no enfocándose en el “caso a caso”.

Explicado lo anterior, cabe referirnos S.S. Excma. a los Considerandos 4º y 5º del Decreto Impugnado que señalan lo siguiente:

*“4º Los hechos ocurridos durante el denominado ‘Estallido Social’, que derivó en una crisis política e institucional, en el cual se produjeron hechos de violencia y violaciones a los derechos humanos, por los cuales se deberán adoptar acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social.*

*5º El nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional enmarcado, en masivas manifestaciones públicas. En este contexto y con el objeto de propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar hacia el futuro con mayor dignidad y paz”.*

De lo expuesto, S.S. Excma. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y “caso a caso” cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar una verdadera amnistía encubierta o un indulto general, que como ya se señaló, se aprueban por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial.**

- v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como

---

<sup>62</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 21 y siguientes.

aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>63</sup>

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excma., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>64</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>65</sup>

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápites anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia de los indultados (incluyendo, por cierto al señor Campos) vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia. Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando omnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

---

<sup>63</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 176-1993, c.4; Rol Nº513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº4012-2017, c.36.

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 198-1994, c.10.

Además, y como ya fue desarrollado en acápite anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *“el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad”*.<sup>66</sup>

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *“connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio”*. Constituye, *“a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento*

---

<sup>66</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II),, p. 669.

*racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado*".<sup>67</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que *"lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario"*.<sup>68</sup> Puesto que *"al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ... constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada"*.<sup>69</sup> En definitiva, *"La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera [...] En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión."*<sup>70</sup>

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Campos estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.**

Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para una acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales y ciertos informes poco detallados en el texto del Decreto Impugnado.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que *"en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que*

---

<sup>67</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol Nº 1373-2009, c. 15.

<sup>68</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol Nº 16.790, c. 16.

<sup>69</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica Nº 4, p. 427.

<sup>70</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

*motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.”.*<sup>71</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Campos no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *“la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”.*<sup>72</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

## ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Campos en comparación con otros condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que las *“normas*

---

<sup>71</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol N°4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>72</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

*jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo*".<sup>73</sup> Dado lo anterior, "[...] no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares".<sup>74</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, "es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental".<sup>75</sup> Así:

*a) El trato al señor Campos es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Campos que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Campos se la ha conmutado totalmente la pena privativa de libertad en el saldo de las penas privativas de libertad de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile "no hay personas ni grupos privilegiados" (artículo 19 numeral 2), el indulto al señor Campos claramente se configura como un privilegio arbitrario.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Campos de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante el gobierno de presidentes anteriores. En efecto, en gobiernos anteriores los indultos han

---

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254 considerando 46, N° 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, N° 1812 considerando 26, N° 1951 considerando 15.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, c. 18.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.



sido otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Campos no se incluyen dichas consideraciones, que podrían eventualmente motivar o fundamentar adecuadamente el otorgamiento del indulto. Por el contrario, se hace referencia a su Informe de Salud (correspondiente a mayo de 2022) en el que se sostiene que el indultado se encuentra en perfectas condiciones de salud. En específico, el Decreto Impugnado señala que el *"solicitante se encuentra ubicado en tiempo y espacio. No ha presentado enfermedades significativas que indicar y no mantiene documentación que indique patologías crónicas ni tratamientos médicos, por lo que se encuentra apto para desarrollar funciones donde se le disponga"*.<sup>76</sup>

Adicionalmente, en todos los casos de personas que anteriormente han solicitado y se les ha otorgado indultos en los que procedía alguna de las causales de denegación del artículo 4º de la Ley de Indultos, el decreto respectivo ha incluido una referencia a las mismas. En el caso del señor Campos, se omite totalmente una referencia a la causal del artículo 4º letra c, no cumpliendo con el requerimiento de la debida fundamentación.

*b) La diferencia de trato al señor Campos es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Campos y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina *"[...] se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias"*.<sup>77</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Campos debe determinarse si dicha distinción *"carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador"*.<sup>78</sup> El privilegio otorgado al señor Campos,

---

<sup>76</sup> Considerando N°2, letra f) del Decreto Impugnado.

<sup>77</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Estudios Constitucionales Año 9, N° 1, 2011, p. 210.

<sup>78</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1340-2007. También ver en Roles N° 790, N° 825, N° 829, N° 834, entre otros.

por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, *“tratándose del indulto particular, comúnmente llamado ‘indulto caso a caso’, el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: ‘En Chile no hay persona ni grupo privilegiados’, por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos [...]”* (subrayado agregado).<sup>79</sup>

- iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación. En lo relevante:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y***

---

<sup>79</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año N°11, N°1, p. 483.

**7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.**

(...)

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprendensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>80</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos y suficientemente sólidas.<sup>81</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**. A saber:

---

<sup>80</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

<sup>81</sup> Ver en Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

"El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».

[...]

En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente:

**«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar ».**

En consecuencia, el **citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública»**, exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes— no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica,

***excluyente de la arbitrariedad***, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto»." (énfasis agregado).

Como podrá apreciar S.S. Excma., **la similitud con el caso del señor Campos es clara**. En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno que permita considerar el caso del señor Campos como "calificado" o que habilite para acreditar que nos encontramos frente a un decreto "fundado", (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por convicciones personales respecto de la supuesta inocencia de estos "jóvenes" que "no son delincuentes", y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español procedió a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: "*La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero **arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple `porque sí` ; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos.** La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad*" (énfasis agregado).<sup>82</sup>

**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo

---

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1341 c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol Nº 3770 c. 21.

93 inciso primero numeral 16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en los artículos 31, 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS**, se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3220 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3220 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022, y su publicación.
- b) Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma, en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera**

**Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y [fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3219, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excma., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3219 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**Decreto Supremo N°3219**" y "**Decreto Impugnado**"), por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>



Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación.....</b>	<b>9</b>
<b>3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible .....</b>	<b>11</b>
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO</b>	<b>12</b>
<b>1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado .....</b>	<b>12</b>
i.    Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	12
ii.   Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	13
iii.  Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	15
iv.   Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050 .....	16
<b>2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales.....</b>	<b>19</b>
i.    La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	19
ii.   El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores .....	20
iii.  Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	23
iv.   Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	26
<b>3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental ..</b>	<b>30</b>
i.    La desviación de poder en el Derecho Público.....	30
ii.   Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	31
iii.  El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	33
iv.   Amnistía encubierta .....	37
v.    Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	40
<b>4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución) .....</b>	<b>41</b>
i.    El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	41
ii.   Vulneración de la igualdad ante la ley .....	43

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República ..... 46

**I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que exponaremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, esto no implica que su ejercicio pueda ser arbitrario;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación de este constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia señalando que las 13 personas recientemente indultadas –entre los cuales se encuentra el señor Santander– “no son delincuentes”. Con ello, no busca solo conmutar su pena, sino que inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales firmes;
4. En efecto, el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la verdadera y subjetiva finalidad de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado señor Santander (entre otros). Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía o indulto general, las cuales no pueden concederse a través del acto administrativo que hoy es objeto de este requerimiento por inconstitucionalidad;
5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo

32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera la finalidad establecida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución;

6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Santander no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demuestra que, si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido derechamente transgredido a través de la dictación del Decreto Impugnado.<sup>2</sup>

## **II. ANTECEDENTES GENERALES**

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mateluna Rojas. Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol N°11.820 que se desarrollará en esta presentación.

indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron dos condenados más, llegando finalmente a 13. Dentro de los primeros 11 beneficiados, se encuentra el señor Jordano Jesús Santander Riquelme (en adelante e indistintamente “**señor Santander**” o “**indultado**”), cuyo beneficio de indulto fue otorgado a través del Decreto Supremo N°3219.

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal**, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente*” (énfasis agregado).<sup>3</sup>

Tanto los indultos, como las declaraciones del Primer Mandatario generaron diversas reacciones, tanto en el mundo político, como en otros poderes del Estado. Tal es el caso de la Corte Suprema que publicó una inédita declaración pública, a propósito del otorgamiento del indulto a Jorge Mateluna.<sup>4</sup>

### III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

**DECRETO:**

**Conmútese por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la Ley N° 18.216), exclusivamente, el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, a las que se encuentra condenado JORDANO JESÚS SANTANDER RIQUELME - RUN [REDACTED] conforme a sentencia de fecha 13 de abril de 2021, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. Causa RIT [REDACTED]; RUC [REDACTED]**

**El control del cumplimiento de la pena quedará a cargo de Gendarmería de Chile, previa comunicación del presente decreto al tribunal competente.**

De esta manera, el **Presidente de la República dictó un Decreto Supremo que formalmente buscó** conmutar el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo del señor Santander.

<sup>3</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>4</sup> En este punto, ver Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo *“dispuesto en el artículo 6º de la ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”*.

En este sentido, y tal como se expondrá en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6º de la Ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante **“Ley de Indultos”**) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Santander. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en *“casos calificados”* y *“mediante decreto supremo fundado”*.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Santander, o bien lo hace solo parcialmente, toda vez que se remite a prescindir de la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra e, esto es, cuando el condenado no hubiera cumplido dos tercios de la pena, **sin perjuicio que el señor Santander incurre igualmente en otra causal de denegación del indulto**, cual es la establecida en el artículo 4º letra c, de la Ley de Indultos que se refiere a los *“delincuentes habituales o de condenados que hubieran obtenido indulto anteriormente”*;

2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Santander**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Santander se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE

##### 1. Antecedentes constitucionales y legales generales

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

*"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>5</sup>*

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

*"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:*

---

<sup>5</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;" (énfasis agregado).

"Artículo 110. En el caso del número 16° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.**

Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.

En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.

La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente" (énfasis agregado).

"Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.

Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;**
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo

*hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho” (énfasis agregado).*

## **2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación**

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado “**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**”, se desarrollan de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que “*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares*, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **“cualquiera sea el vicio invocado”**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (énfasis agregado).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.



Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal ha señalado que ***"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, que es el permitir que las personas y órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada"*** (énfasis agregado).<sup>7</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado y se refiere a vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma. Este requerimiento se funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los **artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio. Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.
- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de 2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.
- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral**

**14 y 76 de la Constitución Política de la República.** De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excm. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## **V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**

### **1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado**

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>8</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *"es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad"*<sup>9</sup> el cual a su vez consistiría en una " [...] *petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia*".<sup>10</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que *"en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares*

---

<sup>8</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [ISSN 0718-0195], p. 477 y p. 478.

<sup>9</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>10</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.

(que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”,<sup>11</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>12</sup> por lo cual dichas disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución**.

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son

---

<sup>11</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.

<sup>12</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 N° 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).

materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos– o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>13</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el 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 determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: “La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo 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” (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>14</sup> Así, “la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son**

---

<sup>13</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: “La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”.

<sup>14</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

**culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente" (énfasis agregado).<sup>15</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una "gracia", tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>16</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

### iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que "[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**" (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que "**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**" (énfasis agregado).

---

<sup>15</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.

<sup>16</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>17</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: *"El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso."*<sup>18</sup>

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

#### iv. Regulación del indulto en la Ley N° 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República *"otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)"* (subrayado agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, *"siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento"* (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y Rol N° 4012-2017, c.36.

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 244-1996, c. 8.

<sup>19</sup> *"El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un*

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario N° 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante "**Reglamento de Indultos**").

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>20</sup>
- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;
- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión;

---

*medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo".*

<sup>20</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.



o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;

- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>21</sup>
- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***“en casos calificados y mediante decreto supremo fundado”*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un “caso calificado”. Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

---

<sup>21</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el “motivo” formalmente expresado. Se ha definido como “*la expresión formal en el acto administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo*”.<sup>22</sup>

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto “*dictar un acto motivado implica actuar `en la forma que prescriba la ley`, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos*”.<sup>23</sup>

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>24</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez

---

<sup>22</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, Nº12, p. 95.

<sup>23</sup>Helfmann Carolina (2016). “La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad”. El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>24</sup>En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: “*El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.*

que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>25</sup> En palabras de la Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: " [...] *a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad*".<sup>26</sup>

ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación. Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en "casos calificados" y mediante "decreto supremo fundado", existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto "caso a caso", esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S Excma. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

---

<sup>25</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

<sup>26</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol Nº 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.

En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.**<sup>27</sup>

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3219.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisonal objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>28</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>29</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en 'razones justificativas*

---

<sup>27</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>28</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>29</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto'. Finaliza indicando que 'cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de 'un ejercicio argumentativo' que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]'.<sup>30</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “no tenía todos los antecedentes” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve.** Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>31</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros

---

<sup>30</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales Nº 4, p. 239.

<sup>31</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

[gobierno y administración], *pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado*".<sup>32</sup>

El ejercicio de esta "amplia potestad" que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236 solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>33</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>34</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en "El control de la discrecionalidad administrativa", vemos que "[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde

---

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.

<sup>33</sup> Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>34</sup> Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

*o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]*",<sup>35</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, "*[L]a valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]*".<sup>36</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>37</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es además útil la declaración de la Ministra Vallejo, al

---

<sup>35</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

<sup>36</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>37</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto. A mayor abundamiento, la misma Ministra sostuvo que si el Presidente Boric hubiera contado con todos los antecedentes, habría actuado de manera diferente.<sup>38</sup>

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que los indultados (incluyendo el señor Santander) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, hace que sea evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado constitucionalmente.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. **En este sentido, cabe señalar que el principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución pesa sobre todo órgano de la administración del Estado;** por lo que la observancia de las normas constitucionales, y en caso de indultos particulares, aquellas legales integradas expresamente a la normativa constitucional por mandato del artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental, hacen que sobre el Presidente recaiga el deber constitucional de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades, lo que por lo demás, significaría una vulneración de la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias. En palabras del profesor Soto Kloss “[...] *el vicio de fundamentación es precisamente la ‘arbitrariedad’, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propriadamente inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ver en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/09/vallejo-si-el-presidente-hubiera-tenido-todos-los-antecedentes-no-habria-tomado-esa-decision.shtml>

<sup>39</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.



Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada. Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios "motivos" (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que los indultados serían más bien jóvenes "no delincuentes", como es el caso del señor Santander), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto "sus propios" motivos no debieran ser relevantes. Finalmente, en palabras del profesor Bocanegra "[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia".<sup>40</sup>

iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Santander aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra e), referida al caso siguiente: "*cuando no hubieren cumplido a lo menos, 2/3 de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva [...]*".<sup>41</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Indultos "*permite considerar su situación [del señor Santander] como un caso*

---

<sup>40</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>41</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: "*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*".

*calificado*", sin que exista una ponderación, explicación o razonamiento alguno de los hechos, las causales o motivaciones que lo llevaron a estimar, considerar o razonar la aludida "calificación". Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto "fundado", como lo exige la normativa aplicable, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3219 (acto administrativo pertinente), sino que más bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación. En efecto, el Presidente de la República sostuvo, con fecha 30 de diciembre de 2022 lo siguiente: "***Son jóvenes que no son delincuentes***" (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>42</sup>

### **Boric: "Son jóvenes que no son delincuentes"**

En primera instancia, La Moneda informó que 11 personas serían indultadas. Sin embargo, dos horas después se comunicó desde el Ministerio de Justicia que faltó incluir a dos personas: [Matías Elías Rojas Marambio](#) y [Alejandro Samuel Carvajal Gutiérrez](#).

"En el primer comunicado que se emitió hubo dos que no sé por qué no se incluyeron en el listado, pero eso se solucionó inmediatamente. Así que pueden tener la tranquilidad de que esto es una decisión difícil, pero lo hago pensando en el bien de la patria", expresó Boric sobre esta situación.

Asimismo, dijo que "tenemos que sanar estas heridas, acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos son jóvenes que no son delincuentes".

La cita de estas declaraciones buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones del Presidente de la República –y ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo– no corresponden a un error, o un mero exabrupto, sino que responden a la íntima convicción del Presidente

---

<sup>42</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/12/30/son-jovenes-que-no-son-delincuentes-boric-defiende-indulto-a-12-presos-del-estallido-social.shtml>

de la República respecto de la inocencia de los condenados (incluyendo al señor Santander).

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra Vocera de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de 2023 lo siguiente: **"Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta".**<sup>43</sup>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Supremo N°3219:

(i) El Decreto Impugnado no se encuentra fundado, vulnerando las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2, además de lo señalado en el artículo 32 numeral 14 y las normas legales integradas a la Constitución por mandato expreso,<sup>44</sup> al ejercer facultades discrecionales sin justificación o motivo, y conceder una gracia como esta, de manera arbitraria;<sup>45</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta o del ejercicio de jurisdicción propio de los Tribunales de Justicia.<sup>46</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que los indultados (incluyendo al señor Santander, que como veremos tiene un amplio prontuario de condenas previas) *"son jóvenes que no son delincuentes"*. Estas declaraciones (que más bien constituyen el fundamento del Decreto Impugnado) vulneran gravemente el artículo 76 de la Constitución y un

---

<sup>43</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

<sup>44</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley N°18.575 que dispone: "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas" (énfasis agregado); entre otras.

<sup>45</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4 siguiente.

<sup>46</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv siguiente.

principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es la separación de poderes.<sup>47</sup>

(iv) Queda aún más en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente de la República en la dictación del Decreto Impugnado, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario "*no tenía todos los antecedentes*". Así, queda claro que no existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad discrecional de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

- 2) El Decreto Impugnado no hace referencia a la causal contenida en el artículo 4º, letra c de la Ley de Indultos y que se entiende incorporada a la normativa constitucional en virtud del artículo 32 numeral 14 de la Carta Magna. En efecto, dicha norma señala como causal de denegación del indulto, "*c) cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente*", sin que el Presidente, en apartado alguno del Decreto Impugnado se haga cargo de ella.

Como es de público conocimiento, cabe recordar que el señor Santander es un delincuente habitual. En esta línea, y de acuerdo a la información publicada por diversos medios de comunicación, el señor Santander, no solo cuenta con las condenas por las cuales recibió el indulto (autor del delito reiterado de daños calificados, un delito de receptación y un delito frustrado de homicidio cometido en contra de un funcionario de la Policía de Investigaciones en servicio), sino que también "*en su caso, registra una sentencia previa por el delito de robo en lugar no habitado, en 2005 y un arresto por Carabineros por permanecer en estado de ebriedad en la vía pública en 2006*".<sup>48</sup>

Es decir, la calificación del caso del señor Santander contenida en el Decreto Impugnado debió haber ponderado la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra c (delincuente habitual) de la Ley de Indultos y no solo remitirse a la causal establecida en el artículo 4º letra e. **Prescindir de referirse a una de las causales de denegación del indulto demuestra la ausencia de fundamentación del Decreto**

---

<sup>47</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.v siguiente.

<sup>48</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/el-prontuario-de-los-indultados-por-el-gobierno-seis-fueron-condenados-por-delitos-distintos-al-estallido-y-acumulan-52-detenciones-policiales/NSXEZZHSGNHJTB4BV465MGJDJE/>

**Impugnado firmado por la Ministra de Justicia, y por orden del Presidente de la República**, por el cual se le concedió la conmutación de pena al señor Santander.

- 3) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En otros casos, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de situaciones anteriores,<sup>49</sup> por “razones humanitarias” por parte de los gobiernos anteriores, teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”. Adicionalmente, los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste sólo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3° de la ley N°18.216), que procede para casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4° de la ley N°18.216).

**3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6° y artículo 7° de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental.**

i. La desviación de poder en el Derecho Público

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

---

<sup>49</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001#>.

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, **teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado**. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las **intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho**”* (énfasis agregado).<sup>50</sup>

En efecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>51</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca *“las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad*

---

<sup>50</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.

<sup>51</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

*ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho".*<sup>52</sup>

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, *"será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]"*.<sup>53</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente *"debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...]* La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. *¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?"*.<sup>54</sup>

Pues bien, S.S. Excmá., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y**

---

<sup>52</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit, p. 481.

<sup>53</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>54</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

**ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Santander y –como se verá– aprobar vía decreto una verdadera amnistía encubierta.**

iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>55</sup> (en adelante "**Sentencia de Derechos de la Niñez**"), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, esto es, incluido por cierto el Presidente de la República.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba

---

<sup>55</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 11.820 del año 2022.



de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo– para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>56</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 N°2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

---

<sup>56</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que `Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.`" (Soto Kloss, Eduardo, "El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público", en revista *Ius Publicum* Nº 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado*

*puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.*

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicomprensivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>57</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad**

---

<sup>57</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante “**TRICEL**”). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica “Felices y Forrados” por no “*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*” sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).

**siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excma. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

iv. Amnistía encubierta

*a) Motivación del Decreto Impugnado dice relación con la convicción del Presidente de que el indultado es inocente*

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y a la exposición de antecedentes y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Santander y los demás indultados es propio de la amnistía y no del indulto, toda vez que el Primer Mandatario sostuvo –tal como se citó precedentemente– que él considera que los indultados “*son jóvenes que **no son delincuentes***” (énfasis agregado). Es decir, la razón por la cual, concedieron los indultos (incluyendo el del señor Santander) y que motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que los condenados no son delincuentes, y en consecuencia, son inocentes.

Así las cosas, el **Presidente de la República concedió un indulto al señor Santander, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía contenido en el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías**

**se otorgan por ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de “perdonar” la pena, o perdonar “el delito” respectivamente sin considerar la persona individualmente considerada.** De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa “caso a caso”, y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

*b) Precedentes históricos, dan cuenta que estamos frente a un caso de amnistía encubierta o indulto general, más que de un indulto particular*

A lo largo de la historia de Chile es posible encontrar una serie de eventos en los cuales se ha aplicado amnistía durante procesos constituyentes, revoluciones o guerras civiles como las de 1851 y 1891, hasta algunos conflictos políticos relevantes durante el siglo XX.

Así, durante el año 1851 el gobierno de la época, presentó un proyecto de amnistía, luego de una serie de conflictos políticos contingentes, y en virtud del cual se concedió a *“todos los individuos que por haber tomado parte en los acontecimientos políticos de 1851, hubieran sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren el país [...]”*.<sup>58</sup>

Luego, a propósito de la guerra civil del año 1891 se aprobó una ley de amnistía durante dicho año, en virtud de la cual se concedió amnistía a *“los que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1º de enero hace el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indican”*.<sup>59</sup> En febrero de 1893 se promulgó otra ley de amnistía concedida a ciertos militares que no fueron comprendidos anteriormente y en agosto de 1894 fue promulgada una nueva ley de amnistía de carácter general y final.<sup>60</sup>

Durante el segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, hubo tres leyes de amnistía referentes a delitos políticos vinculados a la ley N°8.897 de septiembre de 1948 denominada de Defensa Permanente de la Democracia (conocida como

---

<sup>58</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales, p. 11.

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 14.

<sup>60</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 15.

"Ley Maldita").<sup>61</sup> Estas amnistías tuvieron por objeto perdonar a los responsables de infracciones o delitos políticos.

Por su parte, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva se presentaron dos proyectos de amnistía que tuvieron por objeto beneficiar a periodistas procesados por infracciones a la ley N°15.576 sobre Abusos de Publicidad (conocida también como "Ley Mordaza").<sup>62</sup>

De lo expuesto, es posible advertir que durante la historia de nuestro país, se han concedido amnistías que han tenido por objeto condonar ciertos delitos, basándose en el cumplimiento de ciertos supuestos (hechos constitutivos de delitos en el contexto de un conflicto político o social por ejemplo), y no enfocándose en el "caso a caso".

Explicado lo anterior, cabe referirnos S.S. Excma. a los Considerandos 4º y 5º del Decreto Impugnado que señalan lo siguiente:

*"4º Los hechos ocurridos durante el denominado `Estallido Social`, que derivó en una crisis política e institucional, en el cual se produjeron hechos de violencia y violaciones a los derechos humanos, por los cuales se deberán adoptar acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social.*

*5º El nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional, enmarcado en masivas manifestaciones públicas. En este contexto y con el objeto de propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar hacia el futuro con mayor dignidad y paz".*

De lo expuesto, S.S. Excma. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y "caso a caso" cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar una verdadera amnistía encubierta o un indulto general, que como ya se señaló, se**

---

<sup>61</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 18 y siguientes.

<sup>62</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 21 y siguientes.

**aprueban por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial.**

- v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>63</sup>

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excma., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>64</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>65</sup>

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápites anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia de los indultados (incluyendo, por cierto al señor Santander) vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia. Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando onnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y

---

<sup>63</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°4012-2017, c.36.

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 198-1994, c.10.

establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

Además, y como ya fue desarrollado en acápites anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *"el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad"*.<sup>66</sup>

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *"connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio"*.

---

<sup>66</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II),, p. 669.



Constituye, “a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”.<sup>67</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que “lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario”.<sup>68</sup> Puesto que “al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ... constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada”.<sup>69</sup> En definitiva, “La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera [...] En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión.”.<sup>70</sup>

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Santander estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.** Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para un acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales y ciertos informes poco detallados en el texto del Decreto Impugnado.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que “en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo

---

<sup>67</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol Nº 1373-2009, c. 15.

<sup>68</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol Nº 16.790, c. 16.

<sup>69</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica Nº 4, Universidad del Desarrollo, p. 427.

<sup>70</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

*sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.”.*<sup>71</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Santander no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *“la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”.*<sup>72</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

## ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Santander en comparación con otros

---

<sup>71</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol N°4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>72</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que las *"normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo"*.<sup>73</sup> Dado lo anterior, *"[...] no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no benefician o graven a otros que se hallen en condiciones similares"*.<sup>74</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, *"es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental"*.<sup>75</sup>

Así:

*a) El trato al señor Santander es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Santander que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Santander se la ha conmutado por remisión condicional de la pena el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile "no hay personas ni grupos privilegiados" (artículo 19 numeral 2), el indulto al señor Santander claramente se configura como un privilegio arbitrario.

---

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254 considerando 46, N° 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, N° 1812 considerando 26, N° 1951 considerando 15.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, c. 18.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Santander de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante el gobierno de presidentes anteriores. En efecto, en gobiernos anteriores los indultos han sido otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Santander no se incluyen dichas consideraciones, que podrían eventualmente motivar o fundamentar adecuadamente el otorgamiento del indulto. El Decreto Impugnado solo hace referencia escueta a un “Informe de salud” del 25 de abril de 2022 en que se señala que el solicitante “presenta antecedentes mórbidos”, tachando lo demás.

Adicionalmente, en todos los casos de personas que anteriormente han solicitado y se les ha otorgado indultos en los que procedía alguna de las causales de denegación del artículo 4º de la Ley de Indultos, el decreto respectivo ha incluido una referencia a las mismas. En el caso del señor Santander, se omite totalmente una referencia a la causal del artículo 4º letra c, no cumpliendo con el requerimiento de la debida fundamentación.

*b) La diferencia de trato al señor Santander es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Santander y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina “[...] se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias”.<sup>76</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Santander debe determinarse si dicha distinción “carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”.<sup>77</sup> El privilegio otorgado al señor Santander, por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada

---

<sup>76</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Estudios Constitucionales Año 9, N° 1, 2011, p. 210.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1340-2007. También ver en Roles N° 790, N° 825, N° 829, N° 834, entre otros.

y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, *“tratándose del indulto particular, comúnmente llamado ‘indulto caso a caso’, el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: ‘En Chile no hay persona ni grupo privilegiados’, por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos [...]”* (subrayado agregado).<sup>78</sup>

- iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación. En lo relevante:

**“QUINGUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción***

---

<sup>78</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año Nº.11, Nº1, p. 483.

**de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 N°2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.**

(...)

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–" (énfasis y subrayado agregado).*

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>79</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos y suficientemente sólidas.<sup>80</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede**

---

<sup>79</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

<sup>80</sup> Ver en Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

**controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.** A saber:

*"El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».*

*[...]*

*En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente:*

***«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar ».***

*En consecuencia, el **citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública»**, exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes—*

***no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto».***” (énfasis agregado).

Como podrá apreciar S.S. Excm., **la similitud con el caso del señor Santander es clara.** En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno que permita considerar el caso del señor Santander como “calificado” o que habilite para acreditar que nos encontramos frente a un decreto “fundado”, (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por convicciones personales respecto de la supuesta inocencia de estos “jóvenes” que “no son delincuentes”, y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español procedió a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: “*La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero **arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple `porque sí` ; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos.** La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad*” (énfasis agregado).<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1341 c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol Nº 3770 c. 21.



**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero numeral 16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en los artículos 31, 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS,** se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3219 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3219 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022, y su publicación.
- b) Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de

Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y [fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3215, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excma., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3215 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**Decreto Supremo N°3215**" y "**Decreto Impugnado**"), por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>

Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>6</b>
1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....	6
2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación .....	9
3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.....	10
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO</b>	<b>12</b>
1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado .....	12
i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	12
ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	13
iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	15
iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050 .....	16
2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales .....	18
i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	18
ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores . .....	20
iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	23
iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	26
3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental .. .....	30
i. La desviación de poder en el Derecho Público.....	30
ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	31
iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	32
iv. Amnistía encubierta .....	36
v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	39
4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución).....	40
i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	40
ii. Vulneración de la igualdad ante la ley .....	43

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República.. ..... 45

**I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que expondremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, esto no implica que su ejercicio pueda ser arbitrario;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación de este constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia señalando que las 13 personas recientemente indultadas –entre los cuales se encuentra el señor Romero– “no son delincuentes”. Con ello, no busca solo conmutar su pena, sino que inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales firmes;
4. En efecto, el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la verdadera y subjetiva finalidad de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado señor Romero (entre otros). Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía o indulto general, las cuales no pueden concederse a través del acto administrativo que hoy es objeto de este requerimiento por inconstitucionalidad;
5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la

establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera la finalidad establecida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución;

6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Romero no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demuestra que, si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido derechamente transgredido a través de la dictación del Decreto Impugnado.<sup>2</sup>

## **II. ANTECEDENTES GENERALES**

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mateluna Rojas. Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol Nº11.820 que se desarrollará en esta presentación.

dos condenados más, llegando finalmente a 13. Dentro de los primeros 11 beneficiados, se encuentra el señor Claudio Nicolás Romero Domínguez (en adelante e indistintamente “**señor Romero**” o “**indultado**”), cuyo beneficio de indulto fue otorgado a través del Decreto Supremo N°3215.

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal**, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente*” (énfasis agregado).<sup>3</sup>

Tanto los indultos, como las declaraciones del Primer Mandatario generaron diversas reacciones, tanto en el mundo político, como en otros poderes del Estado. Tal es el caso de la Corte Suprema que publicó una inédita declaración pública, a propósito del otorgamiento del indulto a Jorge Mateluna.<sup>4</sup>

### III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

#### DECRETO:

Conmútese, exclusivamente, por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la Ley N° 18.216), el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a las que se encuentra condenado CLAUDIO NICOLÁS ANATANAEL ROMERO DOMÍNGUEZ - RUN [REDACTED], conforme a sentencia de fecha 16 de marzo de 2022, dictada por el Juzgado de Garantía de Iquique. Causa RIT [REDACTED]; RUC [REDACTED].

El control del cumplimiento de las penas quedará a cargo de Gendarmería de Chile, previa comunicación del presente decreto al tribunal competente.

De esta manera, el **Presidente de la República dictó un Decreto Supremo que formalmente buscó** conmutar el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo del señor Romero.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo

---

<sup>3</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>4</sup> En este punto, ver Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

*“dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”.*

En este sentido, y tal como se expone en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6º de la Ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante “**Ley de Indultos**”) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Romero. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en “casos calificados” y “mediante decreto supremo fundado”.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Romero.  
2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Romero**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Romero se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### **IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE**

##### **1. Antecedentes constitucionales y legales generales**

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el



cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

*"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>5</sup>*

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

*"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:*

*11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;" (énfasis agregado).*

*"Artículo 110. En el caso del número 16º del artículo 93 de la Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.***

---

<sup>5</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

*Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.*

*En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.*

*La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente” (énfasis agregado).*

*“Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;**
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

*El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho” (énfasis agregado).*

## 2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado "**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**", se desarrollan de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que "*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares*, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **`cualquiera sea el vicio invocado`**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe **`con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece`**"(énfasis agregado).<sup>6</sup>

Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal ha señalado que **"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, que es el permitir que las personas y órganos legitimados**

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.

*puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada” (énfasis agregado).*<sup>7</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado y se refiere a vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma. Este requerimiento se funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

**artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio. Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.

- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de 2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.
- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.** De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excm. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## **V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**

### **1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado**

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>8</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *“es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad”*<sup>9</sup> el cual a su vez consistiría en una *“[...] petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia”*.<sup>10</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que *“en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares (que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”*,<sup>11</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

---

<sup>8</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [ISSN 0718-0195], p. 477 y p. 478.

<sup>9</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>10</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.

<sup>11</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.

*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>12</sup> por lo cual dichas disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución**.

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum

---

<sup>12</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 N° 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).

calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos– o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>13</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el indulto solo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: *“La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado** para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes”* (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>14</sup> Así, *“la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente”* (énfasis agregado).<sup>15</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se

---

<sup>13</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: *“La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”*.

<sup>14</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

<sup>15</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.



le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una "gracia", tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>16</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

### iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que "[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**" (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que "**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**" (énfasis agregado).

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>17</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: "*El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del*

---

<sup>16</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

<sup>17</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 176-1993, c.4; Rol Nº513-2006, c.12; y Rol Nº 4012-2017, c.36.

*juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso.”.*<sup>18</sup>

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

#### iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República “*otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)*” (subrayado agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, “*siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento*” (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>19</sup>

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario Nº 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante “**Reglamento de Indultos**”).

---

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 244-1996, c. 8.

<sup>19</sup> “*El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilitaciones o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo*”.

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>20</sup>
- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;
- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión; o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;
- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos

---

<sup>20</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.

5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>21</sup>

- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***“en casos calificados y mediante decreto supremo fundado”*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un “caso calificado”. Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el “motivo” formalmente expresado. Se ha definido como *“la expresión formal en el acto*

---

<sup>21</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

*administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo".*<sup>22</sup>

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto *"dictar un acto motivado implica actuar `en la forma que prescriba la ley`, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos"*.<sup>23</sup>

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>24</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>25</sup> En palabras de la Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: *" [...] a través de ella se exteriorizan*

---

<sup>22</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, Nº12, p. 95.

<sup>23</sup> Helfmann Carolina (2016). "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad". El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>24</sup> En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: *"El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".*

<sup>25</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

*las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad”.*<sup>26</sup>

- ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación. Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en “casos calificados” y mediante “decreto supremo fundado”, existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S. Excmá. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en

---

<sup>26</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol Nº 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.

situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.**<sup>27</sup>

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3215.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisonal objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>28</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>29</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en ‘razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto’.* Finaliza indicando que *‘cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de ‘un ejercicio argumentativo’ que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]*”.<sup>30</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en

---

<sup>27</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>28</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>29</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

<sup>30</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales N° 4, p. 239.

el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “*no tenía todos los antecedentes*” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve.** Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>31</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros [gobierno y administración], pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado”.<sup>32</sup>

El ejercicio de esta “amplia potestad” que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En

---

<sup>31</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.



esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236 solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>33</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>34</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en “El control de la discrecionalidad administrativa”, vemos que “[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]”,<sup>35</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

---

<sup>33</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>34</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>35</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, “[L]a valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]”.<sup>36</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>37</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es además útil la declaración de la Ministra Vallejo, al señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto. A mayor

---

<sup>36</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>37</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

abundamiento, la misma Ministra sostuvo que si el Presidente Boric hubiera contado con todos los antecedentes, habría actuado de manera diferente.<sup>38</sup>

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que los indultados (incluyendo el señor Romero) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, hace que sea evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado constitucionalmente.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. **En este sentido, cabe señalar que el principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución pesa sobre todo órgano de la administración del Estado;** por lo que la observancia de las normas constitucionales, y en caso de indultos particulares, aquellas legales integradas expresamente a la normativa constitucional por mandato del artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental, hacen que sobre el Presidente recaiga el deber constitucional de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades, lo que por lo demás, significaría una vulneración de la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias. En palabras del profesor Soto Kloss “*[...] el vicio de fundamentación es precisamente la ‘arbitrariedad’, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propia mente inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*”.<sup>39</sup>

Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este

---

<sup>38</sup> Ver en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/09/vallejo-si-el-presidente-hubiera-tenido-todos-los-antecedentes-no-habria-tomado-esa-decision.shtml>

<sup>39</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.

requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada. Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios "motivos" (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que los indultados serían más bien jóvenes "no delincuentes", como es el caso del señor Romero), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto "sus propios" motivos no debieran ser relevantes. Finalmente, en palabras del profesor Bocanegra "[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia".<sup>40</sup>

iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Romero aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra e), referida al caso siguiente: "*cuando no hubieren cumplido a lo menos, 2/3 de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva [...]*".<sup>41</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Indultos "*permite considerar su situación [del señor Romero] como un caso calificado*", sin que exista una ponderación, explicación o razonamiento alguno de los hechos, las causales o motivaciones que lo llevaron a estimar, considerar o razonar

---

<sup>40</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>41</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: "*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concorra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*".

la aludida “calificación”. Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto “fundado”, como lo exige la normativa aplicable, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3215 (acto administrativo pertinente), sino que más bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación. En efecto, el Presidente de la República sostuvo, con fecha 30 de diciembre de 2022 lo siguiente: “**Son jóvenes que no son delincuentes**” (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>42</sup>

### **Boric: “Son jóvenes que no son delincuentes”**

En primera instancia, La Moneda informó que 11 personas serían indultadas. Sin embargo, dos horas después se comunicó desde el Ministerio de Justicia que faltó incluir a dos personas: [Matías Elías Rojas Marambio y Alejandro Samuel Carvajal Gutiérrez](#).

“En el primer comunicado que se emitió hubo dos que no sé por qué no se incluyeron en el listado, pero eso se solucionó inmediatamente. Así que pueden tener la tranquilidad de que esto es una decisión difícil, pero lo hago pensando en el bien de la patria”, expresó Boric sobre esta situación.

Asimismo, dijo que “tenemos que sanar estas heridas, acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos son jóvenes que no son delincuentes”.

La cita de estas declaraciones buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones del Presidente de la República –y ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo– no corresponden a un error, o un mero exabrupto, sino que responden a la íntima convicción del Presidente

---

<sup>42</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/12/30/son-jovenes-que-no-son-delincuentes-boric-defiende-indulto-a-12-presos-del-estallido-social.shtml>

de la República respecto de la inocencia de los condenados (incluyendo al señor Romero).

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra Vocera de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de 2023 lo siguiente: **"Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta".**<sup>43</sup>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Supremo Nº3215:

(i) El Decreto Impugnado no se encuentra fundado, vulnerando las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2, además de lo señalado en el artículo 32 numeral 14 y las normas legales integradas a la Constitución por mandato expreso,<sup>44</sup> al ejercer facultades discrecionales sin justificación o motivo, y conceder una gracia como esta, de manera arbitraria;<sup>45</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta o del ejercicio de jurisdicción propio de los Tribunales de Justicia.<sup>46</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que los indultados *"son jóvenes que no son delincuentes"*. Estas declaraciones (que más bien constituyen el fundamento del Decreto Impugnado) vulneran gravemente el artículo 76 de la Constitución y un principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es la separación de poderes.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

<sup>44</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley Nº18.575 que dispone: "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas" (énfasis agregado); entre otras.

<sup>45</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 Nº2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4 siguiente.

<sup>46</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv siguiente.

<sup>47</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.v siguiente.

(iv) Queda aún más en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente de la República en la dictación del Decreto Impugnado, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario “*no tenía todos los antecedentes*”. Así, queda claro que no existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad discrecional de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

- 2) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En otros casos, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de situaciones anteriores,<sup>48</sup> por “razones humanitarias” por parte de los gobiernos anteriores, teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”. Por el contrario, en el Decreto Impugnado se hace referencia a un “Informe médico”, de 3 de octubre de 2022, el que “*señala que el solicitante presenta buen estado de salud. Emocionalmente se encuentra estable y sin enfermedades agudas*”.<sup>49</sup>
- 3) Adicionalmente, los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste sólo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3° de la ley N°18.216), que procede para casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4° de la ley N°18.216).

---

<sup>48</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001#>.

<sup>49</sup> Considerando N°2, letra f del Decreto Impugnado.

**3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental.**

i. La desviación de poder en el Derecho Público

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, **teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado**. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las **intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho**” (énfasis agregado).*<sup>50</sup>

En efecto, la Excmá. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras**

---

<sup>50</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.



**palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>51</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca *“las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho”*.<sup>52</sup>

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, *“será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]”*.<sup>53</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente *“debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...] La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. ¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores*

---

<sup>51</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

<sup>52</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 481.

<sup>53</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

*ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?”.<sup>54</sup>*

Pues bien, S.S. Excma., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Romero y –como se verá– aprobar vía decreto una verdadera amnistía encubierta.**

iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>55</sup> (en adelante “**Sentencia de Derechos de la Niñez**”), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, estos, incluido por cierto el Presidente de la República.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que

---

<sup>54</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>55</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 11.820 del año 2022.

declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo– para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>56</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan**

---

<sup>56</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

**aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que `Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas*

*pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.” (Soto Kloss, Eduardo, “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, en revista Ius Publicum Nº 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.*

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicompreensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución,** sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicompreensivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más

discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>57</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excm. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

#### iv. Amnistía encubierta

##### *a) Motivación del Decreto Impugnado dice relación con la convicción del Presidente de que el indultado es inocente*

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y a la exposición de antecedentes y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el

---

<sup>57</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante "**TRICEL**"). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica "Felices y Forrados" por no "*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*" sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).

delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Romero y los demás indultados es propio de la amnistía y no del indulto, toda vez que el Primer Mandatario sostuvo –tal como se citó precedentemente– que él considera que los indultados “*son jóvenes que **no son delincuentes***” (énfasis agregado). Es decir, la razón por la cual, concedieron los indultos (incluyendo el del señor Romero) y que motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que los condenados no son delincuentes, y en consecuencia, son inocentes.

Así las cosas, el **Presidente de la República concedió un indulto al señor Romero, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía contenido en el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías se otorgan por ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de “perdonar” la pena, o perdonar “el delito” respectivamente sin considerar la persona individualmente considerada.** De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa “caso a caso”, y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

*b) Precedentes históricos, dan cuenta que estamos frente a un caso de amnistía encubierta o indulto general, más que de un indulto particular*

A lo largo de la historia de Chile es posible encontrar una serie de eventos en los cuales se ha aplicado amnistía durante procesos constituyentes, revoluciones o guerras civiles como las de 1851 y 1891, hasta algunos conflictos políticos relevantes durante el siglo XX.

Así, durante el año 1851 el gobierno de la época, presentó un proyecto de amnistía, luego de una serie de conflictos políticos contingentes, y en virtud del cual se concedió a “*todos los individuos que por haber tomado parte en los*

*acontecimientos políticos de 1851, hubieran sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren el país [...]*".<sup>58</sup>

Luego, a propósito de la guerra civil del año 1891 se aprobó una ley de amnistía durante dicho año, en virtud de la cual se concedió amnistía a *"los que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1º de enero hace el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indican"*.<sup>59</sup> En febrero de 1893 se promulgó otra ley de amnistía concedida a ciertos militares que no fueron comprendidos anteriormente y en agosto de 1894 fue promulgada una nueva ley de amnistía de carácter general y final.<sup>60</sup>

Durante el segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, hubo tres leyes de amnistía referentes a delitos políticos vinculados a la ley N°8.897 de septiembre de 1948 denominada de Defensa Permanente de la Democracia (conocida como "Ley Maldita").<sup>61</sup> Estas amnistías tuvieron por objeto perdonar a los responsables de infracciones o delitos políticos.

Por su parte, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva se presentaron dos proyectos de amnistía que tuvieron por objeto beneficiar a periodistas procesados por infracciones a la ley N°15.576 sobre Abusos de Publicidad (conocida también como "Ley Mordaza").<sup>62</sup>

De lo expuesto, es posible advertir que durante la historia de nuestro país, se han concedido amnistías que han tenido por objeto condonar ciertos delitos, basándose en el cumplimiento de ciertos supuestos (hechos constitutivos de delitos en el contexto de un conflicto político o social por ejemplo), y no enfocándose en el "caso a caso".

Explicado lo anterior, cabe referirnos S.S. Excm.a a los Considerandos 4º y 5º del Decreto Impugnado que señalan lo siguiente:

*"4º Los hechos ocurridos durante el denominado `Estallido Social`, que derivó en una crisis política e institucional, en el cual se produjeron hechos de violencia y violaciones a los derechos humanos, por los cuales se deberán adoptar acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social.*

---

<sup>58</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales, p. 11.

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 14.

<sup>60</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 15.

<sup>61</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 18 y siguientes.

<sup>62</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 21 y siguientes.



*5º El nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional, enmarcado en masivas manifestaciones públicas. En este contexto y con el objeto de propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar hacia el futuro con mayor dignidad y paz”.*

De lo expuesto, S.S. Excm. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y “caso a caso” cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar una verdadera amnistía encubierta o un indulto general, que como ya se señaló, se aprueban por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial.**

- v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>63</sup>

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excm., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>64</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 176-1993, c.4; Rol Nº513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº4012-2017, c.36.

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº198-1994, c.10.

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápite anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia de los indultados (incluyendo, por cierto al señor Romero) vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia. Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando omnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

Además, y como ya fue desarrollado en acápite anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente

puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *"el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad"*.<sup>66</sup>

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *"connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio"*. Constituye, *"a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado"*.<sup>67</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que *"lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario"*.<sup>68</sup> Puesto que *"al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ... constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada"*.<sup>69</sup> En definitiva, *"La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera [...] En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión."*<sup>70</sup>

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Romero estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.** Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º

---

<sup>66</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II),, p. 669.

<sup>67</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol Nº 1373-2009, c. 15.

<sup>68</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol Nº16.790, c. 16.

<sup>69</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica Nº4, Universidad del Desarrollo, p. 427.

<sup>70</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para un acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales y ciertos informes poco detallados en el texto del Decreto Impugnado.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que *“en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.”*.<sup>71</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Romero no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *“la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”*.<sup>72</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

---

<sup>71</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol N°4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>72</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

## ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Romero en comparación con otros condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que las *"normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo"*.<sup>73</sup> Dado lo anterior, *"[...] no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares"*.<sup>74</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, *"es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental"*.<sup>75</sup>

Así:

---

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254 considerando 46, N° 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, N° 1812 considerando 26, N° 1951 considerando 15.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, c. 18.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.

*a) El trato al señor Romero es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Romero que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Romero se la ha conmutado por remisión condicional de la pena el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de sesenta días de presidio menor en su grado mínimo. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados” (artículo 19 numeral 2), el indulto al señor Romero claramente se configura como un privilegio arbitrario.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Romero de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante el gobierno de presidentes anteriores. En efecto, en gobiernos anteriores los indultos han sido otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Romero no se incluyen dichas consideraciones, que podrían eventualmente motivar o fundamentar adecuadamente el otorgamiento del indulto. El Decreto Impugnado solo hace referencia escueta a un “Informe médico” del 3 de octubre de 2022 en que se señala que el solicitante “*presenta buen estado general de salud*”.

*b) La diferencia de trato al señor Romero es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Romero y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina “[...] se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de

*manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias”.*<sup>76</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Romero debe determinarse si dicha distinción *“carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”.*<sup>77</sup> El privilegio otorgado al señor Romero, por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, *“tratándose del indulto particular, comúnmente llamado ‘indulto caso a caso’, el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: ‘En Chile no hay persona ni grupo privilegiados’, por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos [...]”* (subrayado agregado).<sup>78</sup>

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

---

<sup>76</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Estudios Constitucionales Año 9, Nº 1, 2011, p. 210.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol Nº1340-2007. También ver en Roles Nº 790, Nº 825, Nº 829, Nº 834, entre otros.

<sup>78</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año Nº.11, Nº1, p. 483.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación.  
En lo relevante:

**"QUINCUGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

(...)

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–" (énfasis y subrayado agregado).*

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>79</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las

---

<sup>79</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.



cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos y suficientemente sólidas.<sup>80</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**. A saber:

*"El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».*

[...]

*En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente:*

---

<sup>80</sup> Ver en Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

**«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar ».**

*En consecuencia, el citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública», exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes— no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto».” (énfasis agregado).*

Como podrá apreciar S.S. Excma., **la similitud con el caso del señor Romero es clara**. En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno que permita considerar el caso del señor Romero como “calificado” o que habilite para acreditar que nos encontramos frente a un decreto “fundado”, (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por convicciones personales respecto de la supuesta inocencia de estos “jóvenes” que “no son delincuentes”, y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español procedió a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: “La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero **arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple `porque sí` ; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el**

***actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos. La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad"*** (énfasis agregado).<sup>81</sup>

**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero numeral 16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en los artículos 31, 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS,** se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3215 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3215 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022, y su publicación.

b) Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

---

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1341 c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol N° 3770 c. 21.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma, en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y [fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3218, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excma., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3218 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**Decreto Supremo N°3218**" y "**Decreto Impugnado**") por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>

Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....</b>	<b>6</b>
<b>2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.....</b>	<b>10</b>
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO... ..</b>	<b>12</b>
<b>1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado.....</b>	<b>12</b>
i.    Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	12
ii.   Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	13
iii.  Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	15
iv.   Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050 .....	16
<b>2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales .....</b>	<b>18</b>
i.    La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	18
ii.   El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores.....	20
iii.  Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	23
iv.   Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	26
<b>3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental ..</b>	<b>30</b>
i.    La desviación de poder en el Derecho Público.....	30
ii.   Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	31
iii.  El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	32
iv.   Amnistía encubierta .....	36
v.    Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	39
<b>4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución).....</b>	<b>40</b>
i.    El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	40
ii.   Vulneración de la igualdad ante la ley .....	43

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República.. ..... 46

I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que exponaremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, esto no implica que su ejercicio pueda ser arbitrario;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación de este constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia señalando que las 13 personas recientemente indultadas –entre los cuales se encuentra el señor Santana– “no son delincuentes”. Con ello, no busca solo conmutar su pena, sino que inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales firmes;
4. En efecto, el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la verdadera y subjetiva finalidad de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado señor Santana (entre otros). Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía o indulto general, las cuales no pueden concederse a través del acto administrativo que hoy es objeto de este requerimiento por inconstitucionalidad;
5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales,

actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera la finalidad establecida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución;

6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Santana no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demuestra que, si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido derechamente transgredido a través de la dictación del Decreto Impugnado.<sup>2</sup>

## **II. ANTECEDENTES GENERALES**

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mateluna Rojas. Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron dos condenados más, llegando finalmente a 13. Dentro de los primeros 11 beneficiados, se encuentra el señor Felipe Eduardo Santana Torres (en adelante

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol Nº11.820 que se desarrollará en esta presentación.



e indistintamente “**señor Santana**” o “**indultado**”), cuyo beneficio de indulto fue otorgado a través del Decreto Supremo N°3218.

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal**, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente*” (énfasis agregado).<sup>3</sup>

Tanto los indultos, como las declaraciones del Primer Mandatario generaron diversas reacciones, tanto en el mundo político, como en otros poderes del Estado. Tal es el caso de la Corte Suprema que publicó una inédita declaración pública, a propósito del otorgamiento del indulto a Jorge Mateluna.<sup>4</sup>

### III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

#### DECRETO:

Conmútese por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la Ley N° 18.216), exclusivamente, el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, a las que se encuentra condenado FELIPE EDUARDO SANTANA TORRES - RUN [REDACTED], conforme a sentencia de fecha 05 de noviembre de 2020, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt. Causa RIT [REDACTED]; RUC [REDACTED]

El control del cumplimiento de la pena quedará a cargo de Gendarmería de Chile, previa comunicación del presente decreto al tribunal competente.

De esta manera, el **Presidente de la República dictó un Decreto Supremo que formalmente buscó** conmutar el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo del señor Santana.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo

<sup>3</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>4</sup> En este punto, ver Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

*“dispuesto en el artículo 6º de la ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra d) de la ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”.*

En este sentido, y tal como se expone en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6º de la Ley Nº18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante “**Ley de Indultos**”) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Santana. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en “casos calificados” y “mediante decreto supremo fundado”.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Santana.

2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Santana**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Santana se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### **IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE**

##### **1. Antecedentes constitucionales y legales generales**

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el

cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

*"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>5</sup>*

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

*"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:*

*11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;" (énfasis agregado).*

*"Artículo 110. En el caso del número 16º del artículo 93 de la Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.***

---

<sup>5</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

*Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.*

*En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.*

*La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente” (énfasis agregado).*

*“Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;**
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

*El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho” (énfasis agregado).*

## 2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado "**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**", se desarrollan de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que "*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares*, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **`cualquiera sea el vicio invocado`**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe **`con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece`**"(énfasis agregado).<sup>6</sup>

Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal ha señalado que **"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, que es el permitir que las personas y órganos legitimados**

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.

*puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada” (énfasis agregado).*<sup>7</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado y se refiere a vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma. Este requerimiento se funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

**artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio. Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.

- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de 2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.
- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.** De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excmo. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## **V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**

### **1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado**

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>8</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *“es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad”*<sup>9</sup> el cual a su vez consistiría en una *“[...] petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia”*.<sup>10</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que *“en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares (que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”*,<sup>11</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

---

<sup>8</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [ISSN 0718-0195], p. 477 y p. 478.

<sup>9</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>10</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.

<sup>11</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.



*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>12</sup> por lo cual dichas disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución**.

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum

---

<sup>12</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 N° 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).

calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos– o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>13</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el indulto solo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: *“La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado** para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes”* (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>14</sup> Así, *“la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente”* (énfasis agregado).<sup>15</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se

---

<sup>13</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: *“La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”*.

<sup>14</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

<sup>15</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.

le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una "gracia", tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>16</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

### iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que "[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**" (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que "**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**" (énfasis agregado).

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>17</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: "*El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del*

---

<sup>16</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

<sup>17</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y Rol N° 4012-2017, c.36.

*juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso.”.<sup>18</sup>*

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

#### iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República “*otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)*” (subrayado agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, “*siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento*” (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>19</sup>

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario Nº 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante “**Reglamento de Indultos**”).

---

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 244-1996, c. 8.

<sup>19</sup> “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>20</sup>
- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;
- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión; o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;
- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos

---

<sup>20</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.

5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>21</sup>

- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***“en casos calificados y mediante decreto supremo fundado”*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un “caso calificado”. Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el “motivo” formalmente expresado. Se ha definido como *“la expresión formal en el acto*

---

<sup>21</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

*administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo".<sup>22</sup>*

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto *"dictar un acto motivado implica actuar `en la forma que prescriba la ley`, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos".<sup>23</sup>*

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>24</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>25</sup> En palabras de la Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: *" [...] a través de ella se exteriorizan*

---

<sup>22</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, Nº12, p. 95.

<sup>23</sup>Helfmann Carolina (2016). "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad". El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>24</sup>En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: *"El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".*

<sup>25</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

*las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad”.*<sup>26</sup>

ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación. Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en “casos calificados” y mediante “decreto supremo fundado”, existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S Excma. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en

---

<sup>26</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol N° 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.



situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.**<sup>27</sup>

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3218.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisonal objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>28</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>29</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en ‘razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto’. Finaliza indicando que ‘cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de ‘un ejercicio argumentativo’ que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]’*”.<sup>30</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en

---

<sup>27</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>28</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>29</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

<sup>30</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales N° 4, p. 239.

el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “*no tenía todos los antecedentes*” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve.** Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>31</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros [gobierno y administración], pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado”.<sup>32</sup>

El ejercicio de esta “amplia potestad” que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En

---

<sup>31</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.

esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236 solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>33</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>34</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en “El control de la discrecionalidad administrativa”, vemos que “[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]”,<sup>35</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

---

<sup>33</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>34</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>35</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, “[L]a valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]”.<sup>36</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>37</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es además útil la declaración de la Ministra Vallejo, al señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto. A mayor

---

<sup>36</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>37</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

abundamiento, la misma Ministra sostuvo que si el Presidente Boric hubiera contado con todos los antecedentes, habría actuado de manera diferente.<sup>38</sup>

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que los indultados (incluyendo el señor Santana) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, hace que sea evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado constitucionalmente.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. **En este sentido, cabe señalar que el principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución pesa sobre todo órgano de la administración del Estado;** por lo que la observancia de las normas constitucionales, y en caso de indultos particulares, aquellas legales integradas expresamente a la normativa constitucional por mandato del artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental, hacen que sobre el Presidente recaiga el deber constitucional de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades, lo que por lo demás, significaría una vulneración de la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias. En palabras del profesor Soto Kloss “[...] *el vicio de fundamentación es precisamente la ‘arbitrariedad’, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propriadamente inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*”.<sup>39</sup>

Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este

---

<sup>38</sup> Ver en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/09/vallejo-si-el-presidente-hubiera-tenido-todos-los-antecedentes-no-habria-tomado-esa-decision.shtml>

<sup>39</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.

requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada. Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios "motivos" (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que los indultados serían más bien jóvenes "no delincuentes", como es el caso del señor Santana), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto "sus propios" motivos no debieran ser relevantes. Finalmente, en palabras del profesor Bocanegra "[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia".<sup>40</sup>

iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Santana aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra d), referida al caso siguiente: "*Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal. [...]*".<sup>41</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Indultos "*permite considerar su situación [del señor Santana] como un caso calificado*", sin que exista una ponderación, explicación o

---

<sup>40</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>41</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: "*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concorra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra d) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*".

razonamiento alguno de los hechos, las causales o motivaciones que lo llevaron a estimar, considerar o razonar la aludida “calificación”. Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto “fundado”, como lo exige la normativa aplicable, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3218 (acto administrativo pertinente), sino que más bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación. En efecto, el Presidente de la República sostuvo, con fecha 30 de diciembre de 2022 lo siguiente: “***Son jóvenes que no son delincuentes***” (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>42</sup>

### **Boric: “Son jóvenes que no son delincuentes”**

En primera instancia, La Moneda informó que 11 personas serían indultadas. Sin embargo, dos horas después se comunicó desde el Ministerio de Justicia que faltó incluir a dos personas: [Matías Elías Rojas Marambio](#) y [Alejandro Samuel Carvajal Gutiérrez](#).

“En el primer comunicado que se emitió hubo dos que no sé por qué no se incluyeron en el listado, pero eso se solucionó inmediatamente. Así que pueden tener la tranquilidad de que esto es una decisión difícil, pero lo hago pensando en el bien de la patria”, expresó Boric sobre esta situación.

Asimismo, dijo que “tenemos que sanar estas heridas, acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos son jóvenes que no son delincuentes”.

La cita de estas declaraciones buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones del Presidente de la República –y ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo– no corresponden a un error, o un mero exabrupto, sino que responden a la íntima convicción del Presidente

---

<sup>42</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/12/30/son-jovenes-que-no-son-delincuentes-boric-defiende-indulto-a-12-presos-del-estallido-social.shtml>

de la República respecto de la inocencia de los condenados (incluyendo al señor Santana).

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra Vocera de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de 2023 lo siguiente: **"Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta".**<sup>43</sup>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Supremo Nº3218:

(i) El Decreto Impugnado no se encuentra fundado, vulnerando las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2, además de lo señalado en el artículo 32 numeral 14 y las normas legales integradas a la Constitución por mandato expreso,<sup>44</sup> al ejercer facultades discrecionales sin justificación o motivo, y conceder una gracia como esta, de manera arbitraria;<sup>45</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta o del ejercicio de jurisdicción propio de los Tribunales de Justicia.<sup>46</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que los indultados *"son jóvenes que no son delincuentes"*. Estas declaraciones (que más bien constituyen el fundamento del Decreto Impugnado) vulneran gravemente el artículo 76 de la Constitución y un principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es la separación de poderes.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

<sup>44</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley Nº18.575 que dispone: "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas" (énfasis agregado); entre otras.

<sup>45</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 Nº2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4 siguiente.

<sup>46</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv siguiente.

<sup>47</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.v siguiente.



(iv) Queda aún más en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente de la República en la dictación del Decreto Impugnado, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario “*no tenía todos los antecedentes*”. Así, queda claro que no existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad discrecional de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

- 2) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En otros casos, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de situaciones anteriores,<sup>48</sup> por “razones humanitarias” por parte de los gobiernos anteriores, teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”. Por el contrario, en el Decreto Impugnado se hace referencia a un “Informe de salud”, de 31 de marzo de 2022, el que “*señala que el solicitante se encuentra en buenas condiciones generales*”.<sup>49</sup>
- 3) Adicionalmente, los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste sólo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3° de la ley N°18.216), que procede para casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4° de la ley N°18.216).

---

<sup>48</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001#>.

<sup>49</sup> Considerando N°2, letra e) del Decreto Impugnado.

**3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental.**

i. La desviación de poder en el Derecho Público

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, **teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado**. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las **intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho**” (énfasis agregado).*<sup>50</sup>

En efecto, la Excmá. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras**

---

<sup>50</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.

**palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>51</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca *“las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho”*.<sup>52</sup>

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, *“será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]”*.<sup>53</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente *“debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...] La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. ¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores*

---

<sup>51</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

<sup>52</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 481.

<sup>53</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

*ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?”.<sup>54</sup>*

Pues bien, S.S. Excma., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado Santana y –como se verá– aprobar vía decreto una verdadera amnistía encubierta.**

iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>55</sup> (en adelante “**Sentencia de Derechos de la Niñez**”), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, esto es, incluido por cierto el Presidente de la República.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que

---

<sup>54</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>55</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 11.820 del año 2022.

declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo– para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>56</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan**

---

<sup>56</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

**aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que `Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas*

*pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.” (Soto Kloss, Eduardo, “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, en revista Ius Publicum Nº 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.*

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicompreensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución,** sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicompreensivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más

discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>57</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excm. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

iv. Amnistía encubierta

*a) Motivación del Decreto Impugnado dice relación con la convicción del Presidente de que el indultado es inocente*

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y a la exposición de antecedentes y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el

---

<sup>57</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante "**TRICEL**"). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica "Felices y Forrados" por no "*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*" sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).



delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Santana y los demás indultados es propio de la amnistía y no del indulto, toda vez que el Primer Mandatario sostuvo –tal como se citó precedentemente– que él considera que los indultados “*son jóvenes que **no son delincuentes***” (énfasis agregado). Es decir, la razón por la cual, concedieron los indultos (incluyendo el del señor Santana) y que motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que los condenados no son delincuentes, y en consecuencia, son inocentes.

Así las cosas, el **Presidente de la República concedió un indulto al señor Santana, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía contenido en el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías se otorgan por ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de “perdonar” la pena, o perdonar “el delito” respectivamente sin considerar la persona individualmente considerada.** De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa “caso a caso”, y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

*b) Precedentes históricos, dan cuenta que estamos frente a un caso de amnistía encubierta o indulto general, más que de un indulto particular*

A lo largo de la historia de Chile es posible encontrar una serie de eventos en los cuales se ha aplicado amnistía durante procesos constituyentes, revoluciones o guerras civiles como las de 1851 y 1891, hasta algunos conflictos políticos relevantes durante el siglo XX.

Así, durante el año 1851 el gobierno de la época, presentó un proyecto de amnistía, luego de una serie de conflictos políticos contingentes, y en virtud del cual se concedió a “*todos los individuos que por haber tomado parte en los*

*acontecimientos políticos de 1851, hubieran sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren el país [...]*".<sup>58</sup>

Luego, a propósito de la guerra civil del año 1891 se aprobó una ley de amnistía durante dicho año, en virtud de la cual se concedió amnistía a *"los que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1º de enero hace el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indican"*.<sup>59</sup> En febrero de 1893 se promulgó otra ley de amnistía concedida a ciertos militares que no fueron comprendidos anteriormente y en agosto de 1894 fue promulgada una nueva ley de amnistía de carácter general y final.<sup>60</sup>

Durante el segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, hubo tres leyes de amnistía referentes a delitos políticos vinculados a la ley Nº8.897 de septiembre de 1948 denominada de Defensa Permanente de la Democracia (conocida como "Ley Maldita").<sup>61</sup> Estas amnistías tuvieron por objeto perdonar a los responsables de infracciones o delitos políticos.

Por su parte, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva se presentaron dos proyectos de amnistía que tuvieron por objeto beneficiar a periodistas procesados por infracciones a la ley Nº15.576 sobre Abusos de Publicidad (conocida también como "Ley Mordaza").<sup>62</sup>

De lo expuesto, es posible advertir que durante la historia de nuestro país, se han concedido amnistías que han tenido por objeto condonar ciertos delitos, basándose en el cumplimiento de ciertos supuestos (hechos constitutivos de delitos en el contexto de un conflicto político o social por ejemplo), y no enfocándose en el "caso a caso".

Explicado lo anterior, cabe referirnos S.S. Excm.a. a los Considerandos 4º y 5º del Decreto Impugnado que señalan lo siguiente:

*"4º Los hechos ocurridos durante el denominado `Estallido Social`, que derivó en una crisis política e institucional, en el cual se produjeron hechos de violencia y violaciones a los derechos humanos, por los cuales se deberán adoptar acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social.*

---

<sup>58</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales, p. 11.

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 14.

<sup>60</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 15.

<sup>61</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 18 y siguientes.

<sup>62</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 21 y siguientes.

*5º El nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional, enmarcado en masivas manifestaciones públicas. En este contexto y con el objeto de propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar hacia el futuro con mayor dignidad y paz”.*

De lo expuesto, S.S. Excma. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía o indulto general, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y “caso a caso” cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar una verdadera amnistía encubierta o un indulto general, que como ya se señaló, se aprueban por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial.**

v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>63</sup>

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excma., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>64</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 176-1993, c.4; Rol Nº513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº4012-2017, c.36.

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº198-1994, c.10.

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápites anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia de los indultados (incluyendo, por cierto al señor Santana) vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia. Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando omnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

Además, y como ya fue desarrollado en acápites anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente

puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *"el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad"*.<sup>66</sup>

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *"connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio"*. Constituye, *"a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado"*.<sup>67</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que *"lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario"*.<sup>68</sup> Puesto que *"al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ... constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada"*.<sup>69</sup> En definitiva, *"La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera [...] En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión."*<sup>70</sup>

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Santana estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.** Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º

---

<sup>66</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II), p. 669.

<sup>67</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol Nº 1373-2009, c. 15.

<sup>68</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol Nº 16.790, c. 16.

<sup>69</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica Nº 4, Universidad del Desarrollo, p. 427.

<sup>70</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para un acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales y ciertos informes poco detallados en el texto del Decreto Impugnado.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que *“en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.”*.<sup>71</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Santana no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *“la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”*.<sup>72</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

---

<sup>71</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol N°4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>72</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

## ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Santana en comparación con otros condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que las *"normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo"*.<sup>73</sup> Dado lo anterior, "[...] no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares".<sup>74</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, *"es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental"*.<sup>75</sup> Así:

---

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254 considerando 46, N° 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, N° 1812 considerando 26, N° 1951 considerando 15.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, c. 18.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.

*a) El trato al señor Santana es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Santana que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Santana se le ha conmutado el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo por remisión condicional. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados” (artículo 19 numeral 2), el indulto al señor Santana claramente se configura como un privilegio arbitrario.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Santana de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante el gobierno de presidentes anteriores. En efecto, en gobiernos anteriores los indultos han sido otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Santana no se incluyen dichas consideraciones, que podrían eventualmente motivar o fundamentar adecuadamente el otorgamiento del indulto. El Decreto Impugnado solo hace referencia escueta a un “Informe de salud”, de 31 de marzo de 2022, el que “*señala que el solicitante se encuentra en buenas condiciones generales*”

*b) La diferencia de trato al señor Santana es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Santana y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina “[...] se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de



*manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias”.*<sup>76</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Santana debe determinarse si dicha distinción *“carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”.*<sup>77</sup> El privilegio otorgado al señor Santana, por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, *“tratándose del indulto particular, comúnmente llamado ‘indulto caso a caso’, el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: ‘En Chile no hay persona ni grupo privilegiados’, por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos [...]”* (subrayado agregado).<sup>78</sup>

Esto queda de manifiesto en el caso del señor Santana una vez dada a conocer su sentencia por los delitos de incendio de inmueble habilitado en grado de frustrado, daños a bien de uso público y hurto simple. En efecto, el señor Santana fue condenado a 7 años y 4 meses de prisión luego de considerarse culpable de los delitos anteriormente indicados (el que incluyó el incendio y “saqueo” a la Catedral de Puerto Montt). Como es de público conocimiento, una vez dada a conocer esta condena, se señaló que los 7 años y 4 meses de prisión serían efectivas, es decir, sin privilegio. Específicamente, los medios de

---

<sup>76</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Estudios Constitucionales Año 9, Nº 1, 2011, p. 210.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol Nº1340-2007. También ver en Roles Nº 790, Nº 825, Nº 829, Nº 834, entre otros.

<sup>78</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año Nº.11, Nº1, p. 483.

comunicación locales sostuvieron que: *"Felipe Santana Torres deberá cumplir con cárcel efectiva sin privilegios hasta que termine su condena, los 7 años y 4 meses de prisión que le impuso el Tribunal Oral de Puerto Montt, por los delitos cometidos durante el estallido social, condena que se logró luego que personal de OS-9, de Carabineros realizara una serie de diligencias que establecieron la participación directa del condenado en los actos vandálicos registrados durante el estallido social".*<sup>79</sup> Esto último muestra, que el indulto otorgado en favor del señor Santana es un privilegio arbitrario, en comparación con otros condenados que eventualmente se pueden haber encontrado en una situación similar.

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación. En lo relevante:

**"QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

(...)

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es*

---

<sup>79</sup> Ver en <https://www.radiosago.cl/mas-de-siete-anos-de-carcel-dictaron-para-sujeto-por-saqueo-y-ataque-de-incendio-a-la-catedral-durante-el-estallido-social/>

*conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprendiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>80</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos y suficientemente sólidas.<sup>81</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**. A saber:

*“El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un*

---

<sup>80</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

<sup>81</sup> Ver en Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

*indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».*

*[...]*

*En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente:*

***«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar ».***

*En consecuencia, el **citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública»**, exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes— no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto».” (énfasis agregado).*

Como podrá apreciar S.S. Excma., **la similitud con el caso del señor Santana es clara**. En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno que permita considerar el caso del señor Santana como “calificado” o que habilite para acreditar que nos encontramos frente a un decreto “fundado”, (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por convicciones personales respecto de la supuesta inocencia de estos “jóvenes” que “no son delincuentes”, y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español procedió a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: “*La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero **arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple ‘porque sí’; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos. La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad***” (énfasis agregado).<sup>82</sup>

**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero numeral 16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en los artículos 31, 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS,** se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3218 del Ministerio de Justicia de

---

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1341 c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol N° 3770 c. 21.

fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3218 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022, y su publicación.
- b) Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma, en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo

electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y  
[fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)

**En lo principal**, interpone requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3214, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023, por vulnerar las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República. **Primer otrosí**, acompaña documentos que indican. **Segundo otrosí**, acompaña certificación de los patrocinantes. **Tercer otrosí**, solicita alegatos. **Cuarto otrosí**, designa parlamentario representante y confiere patrocinio y poder.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Los Honorables Senadores de la República **Javier Macaya Danús, Francisco Chahuán Chahuán, Ximena Rincón González, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Luz Ebensperger Orrego, Juan Antonio Coloma Correa, Iván Moreira Barros, José Miguel Durana Semir, Matías Walker Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Rafael Prohens Espinosa, Carlos Kuschel Silva, Felipe Kast Sommerhoff y Sebastián Keitel Bianchi** abajo firmantes, domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, a S.S. Excma., respetuosamente decimos:

Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política de la República (en adelante "**Constitución**"), y en los artículos 31, 110 y 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 10 de agosto de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante "**LOC del Tribunal Constitucional**"); y cumpliendo con los requisitos que estas normas exigen, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo exento N°3214 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023 (en adelante e indistintamente "**Decreto Supremo N°3214**" y "**Decreto Impugnado**"), por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup><https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001&pagina=59840109>



Para efectos de una mejor comprensión, el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

<b>I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
<b>III. DECRETO IMPUGNADO.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Antecedentes constitucionales y legales generales .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.....</b>	<b>10</b>
<b>V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO... ..</b>	<b>12</b>
<b>1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado.....</b>	<b>12</b>
i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución) .....	12
ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias.....	13
iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) .....	15
iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050 .....	16
<b>2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales .....</b>	<b>18</b>
i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional .....	18
ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores . .....	20
iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República.....	23
iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado .....	26
<b>3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6º y artículo 7º de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental ..</b>	<b>30</b>
i. La desviación de poder en el Derecho Público.....	30
ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito.....	31
iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente ....	33
iv. Amnistía encubierta .....	37
v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución) ...	40
<b>4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución).....</b>	<b>41</b>
i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria .....	41
ii. Vulneración de la igualdad ante la ley .....	43

iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República.. ..... 46

**I. RESUMEN EJECUTIVO - CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que exponaremos S.S. Excma., es posible concluir lo siguiente:

1. Si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, esto no implica que su ejercicio pueda ser arbitrario;
2. La motivación del acto administrativo, y en especial de los decretos supremos tiene rango constitucional, principalmente en lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la ausencia de ponderación y razonabilidad en la dictación del Decreto Impugnado, y por ende una falta de motivación, razonamiento y fundamentación de este constituye una clara vulneración constitucional;
3. El propio Presidente de la República ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva respecto del Decreto Impugnado, cual es declarar inocente a un condenado por la justicia señalando que las 13 personas recientemente indultadas –entre los cuales se encuentra el señor Rojas– “no son delincuentes”. Con ello, no busca solo conmutar su pena, sino que inconstitucionalmente, revisar sentencias judiciales firmes;
4. En efecto, el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la verdadera y subjetiva finalidad de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al condenado señor Rojas (entre otros). Esta figura no corresponde a la del otorgamiento del indulto particular, sino que más bien se asocia con la institución de la amnistía o indulto general, las cuales no pueden concederse a través del acto administrativo que hoy es objeto de este requerimiento por inconstitucionalidad;
5. El Decreto Impugnado constituye un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales,

actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Lo anterior, vulnera la finalidad establecida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, así como lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución;

6. El Decreto Impugnado otorgado al señor Rojas no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones suficientes que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor;
7. Se constata en el Decreto Impugnado, una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, contenida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Con ello, se demuestra que, si bien la dictación del Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional, esta cuenta con límites constitucionalmente establecidos, por lo que tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional, el ejercicio de dicha atribución no puede ser arbitraria;
8. Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad. Este principio ha sido derechamente transgredido a través de la dictación del Decreto Impugnado.<sup>2</sup>

## **II. ANTECEDENTES GENERALES**

Con fecha 30 de diciembre de 2022, la oficina de prensa del Presidente de la República, Gabriel Boric, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dieron a conocer la decisión del Primer Mandatario de indultar a un grupo de condenados por hechos de violencia durante el denominado “estallido social” y al ex frentista Jorge Mateluna Rojas. Como es de público conocimiento, en un principio se sostuvo por parte del Gobierno que eran 11 los beneficiados por los indultos. Sin embargo, debido a un “error” en el comunicado oficial, se sumaron dos condenados más, llegando finalmente a 13. Dentro de los primeros 11 beneficiados, se encuentra el señor Brandon Sebastián Rojas Cornejo (en

---

<sup>2</sup> Corresponde a la Sentencia Rol Nº11.820 que se desarrollará en esta presentación.

adelante e indistintamente “**señor Rojas**” o “**indultado**”), cuyo beneficio de indulto fue otorgado a través del Decreto Supremo N°3214.

En este contexto, el mismo día en que se comunicaron los indultos, el Presidente Boric entregaba las primeras declaraciones relacionadas con esta decisión al señalar que: “*Acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos **son jóvenes que no son delincuentes. Es un compromiso personal, son decisiones complejas pero las asumo responsablemente***” (énfasis agregado).<sup>3</sup>

Tanto los indultos, como las declaraciones del Primer Mandatario generaron diversas reacciones, tanto en el mundo político, como en otros poderes del Estado. Tal es el caso de la Corte Suprema que publicó una inédita declaración pública, a propósito del otorgamiento del indulto a Jorge Mateluna.<sup>4</sup>

### III. DECRETO IMPUGNADO

El Decreto Impugnado establece en su parte resolutive, lo siguiente:

#### DECRETO:

Conmútese, exclusivamente, por remisión condicional de la pena (artículo 3° de la Ley N° 18.216), el saldo de la pena privativa de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de las tres penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a las que se encuentra condenado BRANDON SEBASTIÁN ROJAS CORNEJO - RUN [REDACTED] conforme a sentencia de fecha 31 de mayo de 2022, dictada por el Juzgado de Garantía de Iquique. Causa RIT [REDACTED]; RUC [REDACTED].

El control del cumplimiento de las penas quedará a cargo de Gendarmería de Chile, previa comunicación del presente decreto al tribunal competente.

De esta manera, el **Presidente de la República dictó un Decreto Supremo que formalmente buscó** conmutar el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de las tres penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo del señor Rojas.

Así, el Decreto Impugnado hace referencia a la supuesta base legal para el otorgamiento de este indulto particular, sosteniendo que en virtud de lo “*dispuesto en el artículo 6° de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales*

---

<sup>3</sup><https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/01/06/1083136/frases-polemica-indultos-boric-suprema.html>

<sup>4</sup> En este punto, ver Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

*para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares”.*

En este sentido, y tal como se expondrá en este requerimiento, el Presidente Boric invoca el artículo 6º de la Ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares (en adelante “**Ley de Indultos**”) para el otorgamiento de la gracia del indulto al señor Rojas. Ley de Indultos que sostiene que se podrá prescindir de los requisitos y trámites establecidos en dicha ley, en “casos calificados” y “mediante decreto supremo fundado”.

Sin embargo, como se analizará durante esta presentación, el Presidente de la República:

1) No entrega argumentos relativos a la calificación del caso del señor Rojas, o bien lo hace solo parcialmente, toda vez que se remite a prescindir de la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra e, esto es, cuando el condenado no hubiera cumplido dos tercios de la pena, **sin perjuicio que el señor Rojas incurre igualmente en otra causal de denegación del indulto**, cual es la establecida en el artículo 4º letra c, de la Ley de Indultos que se refiere a los “*delincuentes habituales o de condenados que hubieran obtenido indulto anteriormente*”;

2) Omite los fundamentos en el Decreto Impugnado, refiriéndose en sus considerandos solo a antecedentes genéricos y poco profundos tenidos a la vista en ese momento, **pero sin ponderar en ningún caso la procedencia del indulto particular en el caso del señor Rojas**, y por tanto, sin dar cuenta de ninguna razonabilidad, fundamentación o motivación. Por el contrario, los verdaderos fundamentos para el otorgamiento del indulto al señor Rojas se entregan por parte del Presidente de la República vía declaraciones públicas, invocando argumentos que no son constitucionalmente admisibles ni coherentes con la motivación y finalidad propia del otorgamiento de un indulto particular.

Estos elementos se desarrollarán con mayor profundidad en los acápites siguientes de esta presentación.

#### IV. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE EL REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO A TRAMITACIÓN Y DECLARADO ADMISIBLE

##### 1. Antecedentes constitucionales y legales generales

Antes de analizar en profundidad los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la norma impugnada, dedicaremos un breve apartado a revisar el cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad del requerimiento.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 93 de la Constitución dispone en lo pertinente lo siguiente:

*"Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63."*

*"En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. **En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento**" (énfasis agregado).<sup>5</sup>*

Por su parte, la LOC del Tribunal Constitucional establece que:

*"Artículo 31. Corresponderá al pleno del Tribunal:*

*11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, **cualquiera sea el vicio invocado**, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que*

---

<sup>5</sup> Artículo 93 inciso décimo noveno de la Constitución.

*pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política de la República;” (énfasis agregado).*

*“Artículo 110. En el caso del número 16° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, **la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución.***

*Son órganos legitimados el Senado y la Cámara de Diputados **y, en caso de que la cuestión se funde en un vicio distinto que exceder el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, también lo son una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras.** Son órganos constitucionales interesados el Presidente de la República y el Contralor General de la República.*

*En todo caso, la cuestión deberá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del decreto impugnado.*

*La substanciación de estas cuestiones se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4 y por las normas del artículo siguiente” (énfasis agregado).*

*“Artículo 111. Para ser admitido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 63 y a él deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;**
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;**
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y**
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras.**

*El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días, contados desde que quede terminada la tramitación. Podrá prorrogar este plazo hasta por quince días, mediante resolución fundada, si existen motivos graves y calificados.*

*La sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en la forma y plazo señalados en el artículo 40. Sin embargo, con el solo*

*mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho” (énfasis agregado).*

## **2. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación**

Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por el Excmo. Tribunal, y que se desprenden de la LOC del Tribunal Constitucional, ya que:

- i. Contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. En efecto, en el acápite V, denominado “**VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**”, se desarrollan de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que **el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce sobre los decretos supremos es amplio**, sosteniendo que “*el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares*, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad **‘cualquiera sea el vicio invocado’**. Esta amplitud del examen que le corresponde efectuar al Tribunal Constitucional al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe ‘con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece’”(énfasis agregado).<sup>6</sup>

Finalmente, es relevante destacar que el Excmo. Tribunal ya ha sido explícito en señalar que no existen otros requisitos más que los dispuestos en la Constitución y la propia LOC del Tribunal Constitucional para declarar su admisión a trámite y admisibilidad. Así, refiriéndose expresamente al control de constitucionalidad sobre decretos supremos, el Excmo. Tribunal

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 740-2007, c. 9. En el mismo sentido, Sentencia Rol 1153-2008, cc. 15 a 17.



ha señalado que ***"restringir el acceso a esta Magistratura estableciendo exigencias no contempladas en el ordenamiento constitucional no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, que es el permitir que las personas y órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita ante ella, a fin de que pueda velar por el principio de supremacía constitucional cuya custodia le ha sido encomendada"*** (énfasis agregado).<sup>7</sup>

- ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman transgredidas. Este requerimiento señala de manera **precisa y categórica** tanto las normas específicas del Decreto Supremo contra el que se dirige, así como los vicios de inconstitucionalidad alegados, y las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por el mismo. En efecto y tal como se desarrollará, el Decreto Impugnado **vulnera los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.**
- iii. Se acompaña una copia del Decreto Impugnado. Se adjunta en el primer otrosí copia íntegra –exceptuando aquellas referencias que se encuentran originalmente tachadas– del Decreto Impugnado, firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado –tal como se indicó previamente– en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con fecha 6 de enero de 2023.

Con todo, queda de manifiesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que este requerimiento sea acogido a tramitación.

### **3. Este requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, este requerimiento sea acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad de este requerimiento. Así, es posible sostener que:

- i. Ha sido formulado por un órgano legitimado y se refiere a vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma. Este requerimiento se

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1288-2008, c. 27.

funda **en vicios distintos al exceso de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.** En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado de las disposiciones contenidas en los **artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República y la aplicación que de dichas disposiciones ha realizado la propia jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional.** En este sentido, y de acuerdo con la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional, constituyen órganos legitimados una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio. Así las cosas, **el requerimiento cumple con acompañar en el segundo otrosí, la certificación del Senado que da cuenta de la presentación de 14 Honorables Senadores de la República** con lo que se cumple el requisito de presentar un requerimiento por más de una cuarta parte del Senado según lo dispone el artículo 93 numeral 16 de la Constitución, en conjunto con el artículo 111 de LOC del Tribunal Constitucional.

- ii. Ha sido deducido dentro de plazo. El Decreto Impugnado fue firmado con fecha 29 de diciembre de 2022 y dado a conocer por parte de los diversos medios de comunicación social y, posteriormente por el propio Ministerio de Justicia a través de su portal de transparencia con fecha 6 de enero de 2023, por lo cual este requerimiento ha sido interpuesto dentro del plazo constitucional respectivo.
- iii. Se funda en un vicio de inconstitucionalidad y no de legalidad. Finalmente, esta presentación consigna los hechos, los fundamentos de derecho y la expresa identificación de graves vicios de inconstitucionalidad del Decreto Impugnado. **En efecto, las vulneraciones alegadas dicen relación con la afectación precisa y categórica del Decreto Impugnado a las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76 de la Constitución Política de la República.** De esta manera, **en ningún caso** este requerimiento tiene por objeto impugnar la legalidad o interpretación legal del Decreto Impugnado a la luz de la normativa infra constitucional aplicable.

Por tanto, como S.S. Excma. puede apreciar, se cumplen en este caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la LOC del Tribunal Constitucional.

## **V. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO IMPUGNADO**

### **1. Antecedentes y descripción de los aspectos constitucionales, del Decreto Impugnado**

- i. Facultad constitucional de otorgar indultos (artículo 32 numeral 14 de la Constitución)

El indulto particular o presidencial chileno ha sido reconocido como una de las instituciones más antiguas y tradicionales de nuestra legislación, recogida del viejo Derecho español e indiano. Este consiste en una facultad radicada en el Presidente de la República, y que se eleva como característica del sistema presidencialista de gobierno con el que cuenta nuestro país, haciendo muchas veces remembranza de lo que alguna vez fue la monarquía absoluta.<sup>8</sup>

Por su parte, para la doctrina, el indulto particular *“es una facultad presidencial que corresponde a una petición garantizada constitucionalmente que realiza el condenado, a través de la autoridad carcelaria, al Supremo Gobierno, para que éste le suprima la pena que actualmente cumple o la sustituya por otra de menor intensidad”*<sup>9</sup> el cual a su vez consistiría en una *“[...] petición garantizada constitucionalmente, teniendo derecho todo ciudadano a solicitarlo. Su otorgamiento se realiza a través de un acto administrativo, que en virtud de la Constitución le corresponde al Presidente de la República, adquiriendo la forma de un decreto supremo, el que debe ser firmado por el Ministro de Justicia”*.<sup>10</sup> En esta línea, la profesora Vivanco sostiene que *“en casos ya fallados, la Constitución otorga al Presidente la capacidad de dictar indultos particulares (que conmutan o liberan de cumplir el todo o parte de la pena al sentenciado)”*,<sup>11</sup> lo que da cuenta de la naturaleza misma del indulto y sus efectos, distinto de la amnistía y del ejercicio de facultades jurisdiccionales, tal cual se analizará en detalle.

En cuanto a su regulación constitucional, el indulto particular se encuentra contenido en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, y como ya señalamos, lo establece como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, a saber:

---

<sup>8</sup> Ver en Beca Frei, Juan Pablo (2013). Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online], vol.11, Nº1 [ISSN 0718-0195], p. 477 y p. 478.

<sup>9</sup> Osorio Vargas, Cristóbal (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, p. 130.

<sup>10</sup> Beca Frei, Juan Pablo (2013). Ob. cit, p. 479.

<sup>11</sup> Vivanco, Ángela (2015). Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, Tercera Edición, p. 330.

*“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:*

*14º.- Otorgar **indultos particulares en los casos y formas que determine la ley**. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso;”* (énfasis agregado).

En efecto, y como se analizará más adelante, la Constitución al recoger la facultad de indultar particularmente a un condenado, no define lo que debe entenderse por indulto propiamente tal. Sin embargo, es la propia disposición constitucional la que se encarga de integrar la normativa de rango legal para determinar **las formas y casos** en los que procede,<sup>12</sup> por lo cual dichas disposiciones contenidas principalmente en la Ley de Indultos y el Código Penal –especialmente en lo que respecta a los efectos de extinción de la responsabilidad–, **deben entenderse como parte integrante del artículo 32 numeral 14 de la Constitución.**

## ii. Indulto, Amnistía y sus diferencias

Como hemos señalado, la Constitución no ha definido ni a la amnistía ni al indulto. Sin embargo, a partir de su regulación se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Así, mientras la amnistía y el indulto general son materia de ley (artículo 63 numeral 16), el indulto particular, como fue indicado en el acápite anterior, es una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 numeral 14) que se materializa a través de un decreto supremo.

En cuanto a sus reglas específicas, las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución), y corresponde a normas de carácter general, objetivo y abstracto. Así, tanto el indulto como la amnistía están reguladas, a nivel legal, en el artículo 93 del Código Penal como causales de extinción de responsabilidad penal. El indulto puede ser general –aquél que se concede por ley de quórum

---

<sup>12</sup> Es relevante señalar, además, que los delitos de carácter terrorista no acceden al indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo (artículo 9º, inciso tercero de la Constitución); la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares es materia exclusiva de ley (artículo 63 N° 16 de la Constitución), y las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado (artículo 65 inciso segundo de la Constitución).

calificado de forma genérica a quienes se encuentren en los mismos supuestos –o particular –que es aquel otorgado por decreto supremo del Presidente de la República a una persona determinada en los casos y forma que determine la ley–. Asimismo, el indulto puede ser total o parcial, según si tiene por objeto condonar el total de las sanciones o remitir, condonar o reducir una parte de ellas.

En este contexto, cabe destacar que existen importantes diferencias entre la amnistía y el indulto, las cuales se exponen a continuación:

1) Mientras la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos (artículo 93 numeral 3 del Código Penal),<sup>13</sup> **constituyendo una verdadera condonación del delito**, el 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 determinen las leyes. Esto último está establecido explícitamente en el artículo 93 numeral 4 del Código Penal: *“La responsabilidad penal se extingue: 4.º Por indulto. La gracia de indulto **sólo 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”* (énfasis agregado). En efecto, en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencia en que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hechor.<sup>14</sup> Así, *“la amnistía equivale a una dispensa de la ley penal, de modo que permaneciendo ésta en todo su vigor no afecte, sin embargo, a las personas que favorece. Se considera, pues, que los amnistiados no han cometido delito alguno, **ni son culpables**, no obstante haber realizado los hechos catalogados como delictuosos en el ordenamiento jurídico normal general y subsistente”* (énfasis agregado).<sup>15</sup>

2) La amnistía no tiene limitación en el tiempo, pudiendo otorgarse antes de que se inicie la investigación penal, durante el proceso penal y después de la sentencia condenatoria, o incluso una vez cumplida la condena. En efecto, la amnistía pone término a la responsabilidad penal antes de que se inicie el proceso y aun después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se

---

<sup>13</sup> Artículo 93 del Código Penal dispone: *“La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”*.

<sup>14</sup> Ver en Bruna C., Guillermo (1991). La Amnistía en la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, Nº1, p. 105.

<sup>15</sup> Bruna, Guillermo (1991). Ob. cit, p. 105.

le condenó (entre otros, de la reincidencia). El indulto, en cambio, sea general o particular, solo puede concederse una vez que ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada. Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que el indulto es una "gracia", tal como la amnistía, pero que se diferencia de ella por la menor amplitud de su alcance y efectos, procediendo solamente respecto de personas condenadas por sentencia ejecutoriada.<sup>16</sup>

Estas diferencias son relevantes, toda vez que, si bien el otorgamiento de un indulto particular es una atribución privativa del Presidente de la República y que dice relación con un caso específico, esto último no significa que el Jefe de Estado pueda conceder la gracia del indulto sin fundamentación o motivación alguna, ni tampoco conceder un indulto sosteniendo razones o causas que más bien se identifican con otras figuras, tales como la amnistía o el indulto general.

### iii. Facultad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución)

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción, uno de los principios más relevantes –quizás el más importante– es la independencia del Poder Judicial. En este contexto, el artículo 76 inciso primero de la Constitución es claro en disponer que "[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales de justicia**" (énfasis agregado). Luego, en este mismo inciso la Carta Fundamental establece que "**Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos**" (énfasis agregado).

Ahora bien, de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>17</sup>

Asimismo, en materia penal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental: "*El pleno ejercicio de la jurisdicción –por parte del*

---

<sup>16</sup> Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p. 575 y p. 576.

<sup>17</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 176-1993, c.4; Rol Nº513-2006, c.12; y Rol Nº 4012-2017, c.36.

*juez en lo criminal–, que le concede la Constitución Política, le permite absolver o condenar a quien ha sido sometido a proceso.”.*<sup>18</sup>

Así las cosas, queda claro que **la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia** y se diferencia por tanto del ejercicio de la atribución privativa, pero excepcional del Presidente de la República, en cuanto solo puede condonar o remitir la pena de un condenado, pero jamás ejercer alguna facultad propia de las etapas de la jurisdicción que le corresponde privativamente a los tribunales de justicia.

#### iv. Regulación del indulto en la Ley Nº 18.050

Tal como se explicó anteriormente, el artículo 32 numeral 14 de la Constitución señala que es una atribución especial del Presidente de la República “*otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (...)*” (subrayado agregado). Dicha norma, como ya se señaló, corresponde a la Ley de Indultos además de las normas aplicables del Código Penal.

De acuerdo a dicha normativa, toda persona que se encuentre condenada puede solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, “*siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento*” (artículo 1º, inciso segundo). A continuación, la Ley de Indultos indica que no procederá el indulto respecto a los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.<sup>19</sup>

Por su parte, el reglamento al que hace referencia la Ley de Indultos corresponde al Decreto Supremo Reglamentario Nº 1.542, del Ministerio de Justicia de fecha el 7 de enero de 1982 (en adelante “**Reglamento de Indultos**”).

---

<sup>18</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 244-1996, c. 8.

<sup>19</sup> “*El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilitaciones o de las que por mayor tiempo establece la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo*”.

Así las cosas, de la regulación legal y reglamentaria, se deduce que los requisitos para que proceda el indulto, son los siguientes:

- 1) Que la persona lo solicite formalmente. Dicha solicitud deberá ser entregada personalmente por el interesado al alcaide del establecimiento penitenciario en que esté cumpliendo su condena o a la autoridad gubernativa local, según se le haya impuesto una pena privativa o restrictiva de libertad (artículo 1º del Reglamento de Indultos). Los alcaides deberán elevar las solicitudes al Gobierno a través de la Dirección Nacional o Direcciones Regionales de Gendarmería, en estricto orden de presentación. A solicitud del interesado, el alcaide deberá además adjuntar un informe fundado del Tribunal de Conducta del establecimiento, que contendrá un pronunciamiento acerca de la procedencia de la petición;<sup>20</sup>
- 2) Que la persona esté condenada, por sentencia ejecutoriada, circunstancia que debe ser acreditada (artículo 1º inciso primero y artículo 3º inciso primero de la Ley de Indultos). Para dichos efectos, el interesado deberá acompañar a la solicitud del indulto copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, de existir, junto con la certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada;
- 3) Que la persona condenada no lo haya sido por conductas terroristas;
- 4) Que se cumplan los demás requisitos de la ley y el Reglamento de Indultos.

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Indultos, se deniegan las solicitudes de los condenados (artículo 4º de la Ley de Indultos) en las siguientes situaciones:

- 1) Cuando no se encontrare cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión; o en la localidad que se le señaló en la sentencia, si esta hubiere impuesto pena de relegación;
- 2) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- 3) Cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- 4) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, en los casos de condenados como autores por los delitos contemplados en los Párrafos

---

<sup>20</sup> Artículo 2º del Reglamento de Indultos.



5 y 6 del Título V, en los Títulos VII y VIII y en los Párrafos 2, 3, 8 y 9 del Título IX del Libro II del Código Penal;<sup>21</sup>

- 5) Cuando no hubieren cumplido a lo menos, dos tercios de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con homicidio el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes;
- 6) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Si bien la calificación de la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad le corresponderá al Presidente de la República, el artículo 6º de la Ley de Indultos, señala que, ***“en casos calificados y mediante decreto supremo fundado”*** (énfasis y subrayado agregado), el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en la ley y de los trámites indicados en su reglamento, siempre que el beneficiado esté condenado por sentencia ejecutoriada y no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política.

Así, si bien resulta constitucionalmente admisible que el Presidente de la República pueda prescindir de los requisitos y prohibiciones establecidas de manera expresa en la Ley de Indultos, en dicha situación, el Primer Mandatario debe fundamentar su decreto y debe explicar las razones por las cuales se trata de un “caso calificado”. Respecto de este punto, profundizaremos más adelante.

## **2. La motivación de los actos administrativos es un requisito cuya fuente directa es la Constitución, exigiendo una fundamentación adecuada en el ejercicio de potestades discrecionales**

### **i. La motivación del acto administrativo y su consagración constitucional**

La motivación de un acto administrativo se ha conceptualizado como el “motivo” formalmente expresado. Se ha definido como *“la expresión formal en el acto*

---

<sup>21</sup> No quedarán afectos a esta última exigencia, los condenados por delitos a que la ley asigna una pena no superior a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores o destierro, en su grado mínimo. Esto último, se encuentra dispuesto en el artículo 4º letra d) inciso segundo de la Ley de Indultos.

*administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basa a sí mismo".*<sup>22</sup>

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración constitucional. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo viene determinado en primer lugar por la Constitución, en cuanto *"dictar un acto motivado implica actuar `en la forma que prescriba la ley`, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos"*.<sup>23</sup>

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara también en el artículo 8º de la Constitución, el que consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos dictados por los órganos del Estado.<sup>24</sup>

Atendido lo anterior, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad que impera en un Estado de derecho y que se encuentran contenidos en los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada y sujeta al ordenamiento jurídico vigente, partiendo por supuesto desde la propia Ley Fundamental y sus disposiciones, cuya aplicación, como sabe S.S Excma., es directa. Así, cada vez que un órgano del Estado toma una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no exista ninguna duda sobre su motivación.<sup>25</sup> En palabras de la Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo porque: " [...] *a través de ella se exteriorizan*

---

<sup>22</sup> Mendoza Ramiro (2004). Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Revista de Derecho administrativo Económico, Nº12, p. 95.

<sup>23</sup> Helfmann Carolina (2016). "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad". El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904972&Path=/0D/CF/>

<sup>24</sup> En efecto, el artículo 8º inciso primero y segundo de la Constitución dispone: "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".*

<sup>25</sup> Ver en Matthei Carolina y Rivadeneira Francisco (2022). La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica nº45, p. 267 y p. 268.

*las razones que han llevado a la Administración a dictar determinado acto, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad”.*<sup>26</sup>

- ii. El ejercicio discrecional de una facultad no implica el ejercicio arbitrario de la misma. Derecho público y casos de indultos en gobiernos anteriores

De lo expuesto anteriormente, cabe señalar que el otorgamiento de indultos a través de los decretos supremos respectivos, debe siempre ajustarse de manera estricta a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para producir sus efectos. De partida, y como ya señalamos anteriormente, el artículo 32 numeral 14 integra a la normativa constitucional las formas y casos en las que se debe conceder un indulto, por lo que dichos estándares no pueden ser eludidos por la autoridad al momento de su dictación. Asimismo, la decisión formal del Presidente de la República en el ejercicio de una potestad pública debe ser fundada, considerando todos los antecedentes del expediente de indulto, y expresando de manera explícita los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa.

Adicionalmente, –y tal como se señaló anteriormente– cuando concurra alguna de las causales de denegación de la solicitud de indultos del artículo 4º de la Ley de Indultos, el Presidente de la República solo puede acceder al indulto en “casos calificados” y mediante “decreto supremo fundado”, existiendo por tanto una exigencia reforzada en lo que respecta a la fundamentación que se debe entregar al momento de la dictación del decreto supremo respectivo. De esta manera, **si bien, el Presidente de la República está dotado de la facultad discrecional para el otorgamiento de un indulto “caso a caso”, esto no implica que pueda ser concedido de manera arbitraria, ni tampoco por la mera liberalidad del Primer Mandatario.** En efecto, y tal como sabe S.S. Excmá. en derecho público solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido, ya que el objetivo es evitar el ejercicio caprichoso de las atribuciones de las autoridades.

En efecto, que estemos frente al ejercicio de una potestad discrecional, en ningún caso implica una habilitación para la arbitrariedad por parte de las autoridades, tal como se analizará en detalle más adelante. Por el contrario, la exigencia de fundamentación y motivación de los actos administrativos adquieren incluso mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales, toda vez que el ejercicio de las mismas se basan más bien en

---

<sup>26</sup> Corte Suprema (2016). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, Rol Nº 21192-2015, 6 de julio, c. 10º.

situaciones de hecho que funcionan como “motivo” de la norma. Así, **la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrario o apreciación de la autoridad.**<sup>27</sup>

Aclarado lo anterior, y refiriéndonos directamente a lo expuesto efectivamente en el Decreto Impugnado, cabe señalar que, la fundamentación o motivación de un acto administrativo (como es el otorgamiento de un indulto), en ningún caso se satisfacen con la sola enunciación, referencia o cita de antecedentes de hecho, tales como informes o actas, como en los hechos se realiza en el Decreto Supremo N°3214.

Lo anterior ha sido destacado por la doctrina, tanto chilena, como extranjera. Esta última, ha sostenido que “[...] *cuando se ejercitan potestades discrecionales no parece admisible que la motivación se limite a la simple cita de los hechos y los fundamentos de Derecho, como quiera que la solución elegida por la Administración no deriva directamente de ellos y sin la mediación de otros elementos, pues, [...] la discrecionalidad se concreta –o se debe concretar– en la fijación de un criterio decisional objetivo con base en el cual se lleva a cabo la opción entre alternativas*”.<sup>28</sup>

Esto último ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por la Contraloría General de la República, al sostener que **en el ejercicio de una potestad discrecional, la sola remisión a informes o actas no es suficiente estándar de fundamentación**. En esta línea, resulta pertinente recordar lo sostenido por el profesor Cordero, al analizar la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”,<sup>29</sup> al señalar que la “[...] *comisión es un órgano que, aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en ‘razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto’. Finaliza indicando que ‘cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de ‘un ejercicio argumentativo’ que permitan sostener en el caso concreto la decisión que se adopta [...]*”.<sup>30</sup> Es precisamente esto, lo que faltó en

---

<sup>27</sup> Ver en Mendoza R. (2004). Ob. cit, p.97.

<sup>28</sup> Marín Hugo (2007). Discrecionalidad Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 472.

<sup>29</sup> Ver en Corte Suprema (2014), Herrera con Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°27467-2014, 2 de diciembre.

<sup>30</sup> Cordero, Luis (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Estudios Judiciales N° 4, p. 239.

el examen requerido para fundar el Decreto Impugnado, es decir el nexo lógico–argumentativo entre los antecedentes de hecho (incompletos por cierto, como se argumenta a continuación) y la decisión que finalmente adopta el Presidente de la República, en el caso concreto, al escoger dentro de diferentes opciones a su discreción.

Así, el Decreto Impugnado al solo remitirse a informes y actas, y no realizar el necesario examen y análisis de procedencia de manera fundada, incumple con el presupuesto fáctico al que está sometido el ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de la República contenida en el artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental. Esto último no se realizó en el Decreto Impugnado, tal como fue reconocido por la propia ministra Vallejo, al sostener que el Presidente “*no tenía todos los antecedentes*” al momento de dictar los decretos de indulto (incluyendo el Decreto Impugnado), ergo, malamente pudo, el Presidente de la República haber ponderado los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de la atribución especial contemplada en la Constitución. En consecuencia, el acto estaba viciado antes de su nacimiento y por tanto, es procedente e imperioso dejarlo sin efecto.

En esta línea, el profesor Cea ha sostenido que: “*Imperativo es dejar claro que **no existe motivo ni causa, por relevante que se crea, que justifique que un varón o mujer por sí y ante sí pase a llevar la Constitución o deje de someterse, de buena fe, a cuanto ella implica o conlleve**. Por supuesto, la Carta Política debe conferirle al Presidente de la República las facultades suficientes para enfrentar emergencias que se presenten, pero tal habilitación ha de ocurrir de antemano, mediante textos expresos y nítidos, **sujetos a control, ex ante y ex post, en su interpretación e implementación**” (énfasis agregado).*<sup>31</sup>

Luego, el académico señala que “[e]l Presidente de la República es, por ende, responsable de sus conductas como órgano del Estado Constitucional de Derecho. A él la Carta Fundamental le otorga amplia potestad en ambos rubros [gobierno y administración], pero debe sujetarse a la Constitución y la ley en el ejercicio del Gobierno y Administración del Estado”.<sup>32</sup>

El ejercicio de esta “amplia potestad” que tiene el Presidente de la República implica asimismo una responsabilidad directamente proporcional a la misma. En

---

<sup>31</sup> Cea, José Luis (2013). Derecho Constitucional Chileno. Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II, p. 54.

<sup>32</sup> Cea, José Luis (2013). Ob. Cit. p. 54.

esta línea, cabe remitirse a la información disponible respecto del otorgamiento de indultos por parte de presidentes de la República en gobiernos anteriores.

Así, a modo de ejemplo y como es de público conocimiento, durante el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Justicia tramitó 236 solicitudes de indulto particular, denegando 212 solicitudes y otorgando 24. Cada uno de los casos en los que se otorgó un indulto, este se fundamentó en el estado de salud del peticionario, y del 100% de las personas indultadas, solo el 44% sigue con vida.<sup>33</sup>

En este mismo sentido, el propio Presidente Gabriel Boric otorgó su primer indulto, precisamente por razones humanitarias. En efecto, y como es de público conocimiento, con fecha 24 de marzo, el Presidente Boric concedió el indulto particular al señor Byron Soto Rojas, quien cumplía una condena de 10 años de presidio por haber robado dos casas en 2019, en la ciudad de Valdivia. El condenado, en este caso, padecía de cáncer testicular en etapa tres, con metástasis cerebral y pulmonar y una anemia aguda.<sup>34</sup>

En último orden de ideas, es menester examinar si el titular de esta potestad discrecional especial, sometió los antecedentes a un juicio de razonabilidad o ponderación con las normas constitucionales y aquellas legales integrantes de la facultad de conceder indultos particulares de acuerdo con el artículo 32 numeral 14 de la Constitución.

### iii. Ausencia de ponderación y razonabilidad por parte del Presidente de la República

Siguiendo en esta parte, la esquematización que, el actual contralor Bermúdez realiza en “El control de la discrecionalidad administrativa”, vemos que “[T]oda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta dónde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales [...]”,<sup>35</sup> y para ello, es necesario analizar cada uno de los elementos constitutivos del acto en comento.

---

<sup>33</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>34</sup>Ver en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/indultos-presidenciales-del-expresidente-pinera-los-24-condenados-que-recibieron-el-beneficio-por-razones-humanitarias/YPH6CMMPZZDZRO6ARTSWOUJQME/>

<sup>35</sup> Bermúdez, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso VII, p.278.

En primer lugar, si bien –al menos en la forma– se dio cumplimiento a algunos elementos reglados que contiene la potestad discrecional de otorgamiento de indultos en el Decreto Impugnado, como por ejemplo la exteriorización del acto o la forma jurídica del mismo, es posible advertir, que en lo concreto no se cumplieron los presupuestos de fondo, así como tampoco el nexo lógico entre los antecedentes de hecho y el resultado del decreto.

Luego, al observar cómo el Decreto Impugnado, aborda los hechos determinantes –es decir, aquellos presupuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de la atribución especial– queda de manifiesto que solo se hace una referencia genérica a informes o actas, y se advierte una clara ausencia de la valoración de estos hechos para hacerlo fundado. Como señala el académico García de Enterría, “[L]a valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional [...]”.<sup>36</sup> Así, si recordamos a la citada Ministra Vallejo, en sus dichos sobre el desconocimiento del Presidente respecto de todos los antecedentes, está claro que existió un vicio en la valoración de los hechos determinantes en el ejercicio de la facultad.<sup>37</sup>

Así, en primer lugar, en cuanto al examen de la sujeción del ejercicio de esta facultad a los principios generales del derecho, si bien es complejo a priori establecer un suerte de listado catálogo de principios a los cuales debe sujetarse el titular de la facultad, queda fuera de toda duda que este debe someterse al principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

En segundo lugar, el titular de la facultad constitucional de otorgar indultos particulares, incurrió en un error manifiesto en la apreciación de los hechos, ya que no basta con una mera enunciación de los hechos, sino que es menester una ponderación o valoración por parte del titular, y que debe ser expresado en el acto de que se trata. Para la constatación de este error manifiesto en la apreciación de los hechos, es además útil la declaración de la Ministra Vallejo, al señalar que el titular de esta facultad, el Presidente Boric, no contó con todos los antecedentes, ergo, incurrió en dicho error manifiesto. A mayor

---

<sup>36</sup> García de Enterría, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, p. 31.

<sup>37</sup> Respecto a la valoración del fin de la potestad, este es un aspecto que se relaciona con la teoría de la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual lo abordaremos más adelante.

abundamiento, la misma Ministra sostuvo que si el Presidente Boric hubiera contado con todos los antecedentes, habría actuado de manera diferente.<sup>38</sup>

En tercer lugar, cabe analizar si existe razonabilidad en la decisión, y si la hubo, cuál fue la extensión de esta. En este sentido, podría calificarse como una decisión carente de toda justificación, cuando el Presidente señala que los indultados (incluyendo el señor Rojas) “*son jóvenes que no son delincuentes*”. Estas declaraciones, sumadas al vicio de falta de motivación que en párrafos anteriores nos hemos referido, hace que sea evidente que el Decreto Impugnado es irrazonable, inmotivado y cae dentro del vicio de desviación de poder, por tanto es susceptible de ser controlado constitucionalmente.

Al considerar la procedencia de un control judicial respecto a la ausencia o insuficiencia de la fundamentación para dar por cumplido el requisito de motivación de un acto administrativo, y ligarlo con una contravención al ordenamiento jurídico administrativo, estimamos que más allá de la vulneración legal que se hizo en el ejercicio de esta atribución especial de conceder indultos, hay un claro vicio de inconstitucionalidad en el ejercicio de la misma y que motiva esta presentación. **En este sentido, cabe señalar que el principio de juridicidad contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución pesa sobre todo órgano de la administración del Estado;** por lo que la observancia de las normas constitucionales, y en caso de indultos particulares, aquellas legales integradas expresamente a la normativa constitucional por mandato del artículo 32 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental, hacen que sobre el Presidente recaiga el deber constitucional de motivar adecuadamente sus actos, de manera de no incurrir en arbitrariedades, lo que por lo demás, significaría una vulneración de la prohibición de toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias. En palabras del profesor Soto Kloss “[...] *el vicio de fundamentación es precisamente la ‘arbitrariedad’, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propia inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7º incisos 1º y 2º) y la ley (v. gr. 19.880)*”.<sup>39</sup>

Finalmente, como corolario de los párrafos anteriores, el Decreto Impugnado debió cumplir con el requisito de motivación de los actos discrecionales. Este

---

<sup>38</sup> Ver en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/01/09/vallejo-si-el-presidente-hubiera-tenido-todos-los-antecedentes-no-habria-tomado-esa-decision.shtml>

<sup>39</sup> Soto Kloss, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, p. 353.



requisito, como hemos dicho, no se ve satisfecho por una enunciación somera de antecedentes, informes o actas, como en la especie se hizo, sino que debe existir un nexo lógico y argumentativo entre los antecedentes fácticos y la decisión adoptada. En consecuencia, al no contar con todos los antecedentes, el Presidente de la República, como titular de esta facultad, no pudo haber arribado a una decisión fundada, por lo tanto, el ejercicio de dicha atribución está viciada. Sin duda, el titular de esta facultad especial, tuvo sus propios "motivos" (y que por cierto, exteriorizó en declaraciones públicas al indicar que los indultados serían más bien jóvenes "no delincuentes", como es el caso del señor Rojas), sin embargo, para efectos de analizar la motivación del acto "sus propios" motivos no debieran ser relevantes. Finalmente, en palabras del profesor Bocanegra "[L]a Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia".<sup>40</sup>

iv. Falta de cumplimiento del requisito constitucional de motivación, razonamiento y fundamentación en el Decreto Impugnado

En el caso del Decreto Impugnado, no se advierte ningún argumento, razonamiento o fundamentación. Así:

- 1) El Decreto Impugnado hace referencia a que en el caso del señor Rojas aplicaría una de las causales de denegación de indultos de la Ley de Indultos (artículo 4º, letra e), referida al caso siguiente: "*cuando no hubieren cumplido a lo menos, 2/3 de la pena en los casos de reincidentes, de condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva [...]*".<sup>41</sup> Frente a dicha circunstancia, el Decreto Impugnado se limita a indicar que de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Indultos "*permite considerar su situación [del señor Rojas] como un caso calificado*", sin que exista una ponderación, explicación o razonamiento alguno de los hechos, las causales o motivaciones que lo llevaron a estimar, considerar o razonar

---

<sup>40</sup> Bocanegra, Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas, p.73.

<sup>41</sup> Esto último se encuentra explícitamente señalado en el Decreto Impugnado, y específicamente en el Considerando N°3 que establece: "*Lo dispuesto en el artículo 6º de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, que permite considerar su situación como un caso calificado, aun cuando en la especie concurra la causal de denegación contemplada en el artículo 4º letra e) de la ley N°18.050, que Fija las Normas Generales para Conceder Indultos Particulares*".

la aludida “calificación”. Adicionalmente, no se trata propiamente de un decreto “fundado”, como lo exige la normativa aplicable, dado que no se acompañan fundamentaciones de hecho ni de derecho que permitan explicar la motivación del otorgamiento del indulto.

En este contexto, y si bien se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, cabe señalar que la única fundamentación que se ha entregado por parte del Presidente de la República (autoridad firmante del Decreto Impugnado) no se encuentra contenida en el Decreto Supremo N°3214 (acto administrativo pertinente), sino que más bien se ha dado a conocer vía declaraciones del Primer Mandatario frente a los medios de comunicación. En efecto, el Presidente de la República sostuvo, con fecha 30 de diciembre de 2022 lo siguiente: “**Son jóvenes que no son delincuentes**” (énfasis agregado).

Estas declaraciones del Presidente de la República fueron publicadas por distintos medios de comunicación, cuya parte relevante se reproduce a continuación:<sup>42</sup>

### **Boric: “Son jóvenes que no son delincuentes”**

En primera instancia, La Moneda informó que 11 personas serían indultadas. Sin embargo, dos horas después se comunicó desde el Ministerio de Justicia que faltó incluir a dos personas: [Matías Elías Rojas Marambio y Alejandro Samuel Carvajal Gutiérrez](#).

“En el primer comunicado que se emitió hubo dos que no sé por qué no se incluyeron en el listado, pero eso se solucionó inmediatamente. Así que pueden tener la tranquilidad de que esto es una decisión difícil, pero lo hago pensando en el bien de la patria”, expresó Boric sobre esta situación.

Asimismo, dijo que “tenemos que sanar estas heridas, acá vivimos un proceso que fue tremendamente complejo y en donde estos son jóvenes que no son delincuentes”.

La cita de estas declaraciones buscan evidenciar ante el Excmo. Tribunal que las declaraciones del Presidente de la República –y ante la ausencia de fundamentos en el decreto mismo– no corresponden a un error, o un mero exabrupto, sino que responden a la íntima convicción del Presidente

---

<sup>42</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/12/30/son-jovenes-que-no-son-delincuentes-boric-defiende-indulto-a-12-presos-del-estallido-social.shtml>

de la República respecto de la inocencia de los condenados (incluyendo al señor Rojas).

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ministra Vocera de Gobierno, Camila Vallejo, vino a confirmar la falta de fundamentación del decreto, al indicar públicamente el 9 de enero de 2023 lo siguiente: **"Si el Presidente hubiera tenido todos los antecedentes a la vista la situación hubiese sido distinta".**<sup>43</sup>

De esta manera, queda de manifiesto cuatro elementos centrales en relación con el ejercicio de la facultad de indulto en el Decreto Supremo N°3214:

(i) El Decreto Impugnado no se encuentra fundado, vulnerando las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6º, 7º y 19 numeral 2, además de lo señalado en el artículo 32 numeral 14 y las normas legales integradas a la Constitución por mandato expreso,<sup>44</sup> al ejercer facultades discrecionales sin justificación o motivo, y conceder una gracia como esta, de manera arbitraria;<sup>45</sup>

(ii) La motivación del Decreto Impugnado no dice relación con un caso calificado, ya que más que un indulto particular, luego de los fundamentos entregados por parte del Presidente de la República en sus diversas declaraciones, pareciera que estamos hablando, más bien, de una amnistía encubierta o del ejercicio de jurisdicción propio de los Tribunales de Justicia.<sup>46</sup>

(iii) El Presidente de la República incurre en una grave intromisión en otro poder del Estado (Poder Judicial) al sostener que los indultados (incluyendo al señor Rojas, que como veremos tiene un amplio prontuario de condenas previas) *"son jóvenes que no son delincuentes"*. Estas declaraciones (que más bien constituyen el fundamento del Decreto Impugnado) vulneran gravemente el artículo 76 de la Constitución y un

---

<sup>43</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-caja-de-pandora-que-abrio-la-ministra-vallejo-y-que-profundizo-la-crisis-desatada-por-los-indultos/JBNDMXDZIRADBLKP5X6AST3GJQ/?md5=298e35c4582ec96350fe6330f0c9714b>

<sup>44</sup> Artículo 6º de la Ley de Indultos (ya citada); artículo 13 inciso segundo de la Ley N°18.575 que dispone: "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y **fundamentos de las decisiones** que se adopten en el ejercicio de ellas" (énfasis agregado); entre otras.

<sup>45</sup> Esto último constituye una vulneración al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República. Dicho argumento será desarrollado en el acápite V.4 siguiente.

<sup>46</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.iv siguiente.

principio básico de cualquier democracia representativa, como la chilena, cual es la separación de poderes.<sup>47</sup>

(iv) Queda aún más en evidencia el vicio en el que incurre el Presidente de la República en la dictación del Decreto Impugnado, al señalar su propia Ministra de Gobierno, que el Primer Mandatario "*no tenía todos los antecedentes*". Así, queda claro que no existieron los antecedentes fácticos que permitieran un adecuado examen de la procedencia de la facultad discrecional de indultar, y por ende, es dable pensar (y lo reconoce la propia Ministra Vallejo) que, el Presidente Boric hubiera actuado de manera diferente al tener dichos antecedentes.

- 2) El Decreto Impugnado no hace referencia a la causal contenida en el artículo 4º, letra c de la Ley de Indultos y que se entiende incorporada a la normativa constitucional en virtud del artículo 32 numeral 14 de la Carta Magna. En efecto, dicha norma señala como causal de denegación del indulto, "*c) cuando se tratare de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente*", sin que el Presidente, en apartado alguno del Decreto Impugnado se haga cargo de ella.

Como es de público conocimiento, cabe recordar que el señor Rojas es un delincuente habitual. En esta línea, y de acuerdo a la información publicada por diversos medios de comunicación, el señor Rojas, no solo cuenta con las condenas por las cuales recibió el indulto (autor de los delitos de lanzamiento de artefacto explosivo del tipo bomba molotov, porte de artefacto explosivo, asociación ilícita y dos delitos de desórdenes público), sino que también "*se le sindicó como uno de los miembros de la `primera línea` en Iquique*" y "*registra una condena por desórdenes públicos y tres detenciones por este mismo ilícito*".<sup>48</sup> Es decir, la calificación del caso del señor Rojas contenida en el Decreto Impugnado debió haber ponderado la causal de denegación dispuesta en el artículo 4º letra c (delincuente habitual) de la Ley de Indultos y no solo remitirse a la causal establecida en el artículo 4º letra e. **Prescindir de referirse a una de las causales de denegación del indulto demuestra la ausencia de fundamentación del Decreto Impugnado firmado por**

---

<sup>47</sup> Este argumento se desarrollará en el acápite V.3.v siguiente.

<sup>48</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/el-prontuario-de-los-indultados-por-el-gobierno-seis-fueron-condenados-por-delitos-distintos-al-estallido-y-acumulan-52-detenciones-policiales/NSXEZZHSGNHJTB4BV465MGJDJE/>

**la Ministra de Justicia, y por orden del Presidente de la República,**  
por el cual se le concedió la conmutación de pena al señor Rojas.

- 3) El Decreto Impugnado no contiene referencias a razones humanitarias ni al estado de salud del solicitante como motivación del otorgamiento. En otros casos, la justificación para el otorgamiento de indultos particulares ha sido, en la inmensa mayoría de situaciones anteriores,<sup>49</sup> por “razones humanitarias” por parte de los gobiernos anteriores, teniendo presente las recomendaciones del Servicio Médico Legal, “*considerando el actual estado de salud por el que atraviesa el solicitante*”. Adicionalmente, los decretos de indulto otorgados durante el gobierno del Presidente Piñera conmutaron la pena por reclusión domiciliaria, bajo el estricto resguardo de Gendarmería, mientras que el Decreto Impugnado conmuta la pena por una “remisión condicional” de la ley N°18.216, que consiste sólo en la “discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo” (artículo 3° de la ley N°18.216), que procede para casos de penas de menos de tres años y para personas que no hubieren sido condenadas con anterioridad (artículo 4° de la ley N°18.216).

**3. El otorgamiento del Decreto Impugnado constituye una desviación de poder por parte del Presidente de la República vulnerando el artículo 6° y artículo 7° de la Constitución, en relación con los artículos 32 numeral 14 y 76 de nuestra Carta Fundamental**

i. La desviación de poder en el Derecho Público

El fin o finalidad del acto administrativo es un requisito objetivo para la constitucionalidad y legalidad de este, en la medida que atiende al acto en sí mismo. En este sentido, considerando que todo acto administrativo debe ser dictado con la finalidad única de satisfacer un interés general, si es que se dicta al margen aquella, incurre ciertamente en un vicio, deficiencia que se ha denominado por la doctrina como “*desviación de poder*”.

En efecto, tal como se ha señalado en doctrina administrativa:

*“La desviación de poder es el vicio que afecta aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente,*

---

<sup>49</sup> Tal como evidencia el registro histórico de indultos publicado en el Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AK001#>.

***teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado. Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho***" (énfasis agregado).<sup>50</sup>

En efecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que precisamente una de las causales de nulidad de los actos administrativos es efectivamente la desviación de poder, por lo que resulta innegable que **cuando se esté frente a una actuación pública desajustada al fin que previó la norma que permitía ejercerla, también se estará en frente de un acto administrativo contrario a derecho.**

En definitiva, para nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo siempre debe materializar la finalidad que la Constitución o la ley señala en abstracto para el ejercicio de dicha potestad pública. **Esa finalidad no es tan solo la satisfacción del interés general, sino que también atañe a la finalidad propia o específica de la norma que contiene la potestad. En otras palabras, se deberá atender también a la finalidad específica que tuvo en vista el constituyente, el legislador y el ordenamiento jurídico.**<sup>51</sup>

ii. Desviación de Poder, motivación real y prueba del ilícito

Como ya hemos señalado en el acápite anterior, la desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Ahora bien, tal como recuerda el profesor Pierry, un elemento fundamental a considerar respecto de este vicio es que, a diferencia de otros, busca "*las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho*".<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Pierry Arrau, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Vol 11, p. 481.

<sup>51</sup> Lledó, Camilo y Pardo, José. El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 102.

<sup>52</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit, p. 481.

En efecto, **la voluntad real de la autoridad pasa a ser un factor esencial en casos de ejercicio de facultades discrecionales**, pues como señala el profesor Pierry, *“será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados por el contrario, los móviles psicológicos no interesan [...]”*.<sup>53</sup>

Por tanto, son precisamente los móviles subjetivos, las verdaderas razones de una autoridad detrás de una decisión, las que en el caso en particular pasan a ser fundamentales no solo para efectos de determinar la existencia de desviación de poder, sino que en definitiva dejar al descubierto el actuar arbitrario en el ejercicio de atribuciones legales y constitucionales.

Ahora bien, es imposible desconocer que **la desviación de poder ha sido un medio de control cuya aplicación resulta compleja**, principalmente *“debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar [...] La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. ¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?”*.<sup>54</sup>

Pues bien, S.S. Excma., **en este caso dicha barrera probatoria ha sido superada, pues ha sido el propio Presidente de la República quien ha manifestado públicamente su intención real, su motivación interna y subjetiva: declarar inocente a un condenado por la justicia, y no solo conmutar su pena.**

Teniendo por tanto antecedentes objetivos, con declaraciones públicas de suyo conocidas por toda la ciudadanía las cuales dan cuenta de la motivación real del Presidente de la República al dictar el Decreto Impugnado, es que queda acreditado de manera prístina cómo el Primer Mandatario ha utilizado la letra de la Constitución y de la ley. En efecto, **el Presidente se ha servido de su facultad de dictar decretos supremos de indulto particular, con la finalidad real de ejercer jurisdicción, revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, reviviendo procesos penales fenecidos, y todo con el objetivo inconstitucionalmente ilegítimo de declarar inocente al**

---

<sup>53</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

<sup>54</sup> Pierry Arrau, Pedro. Ob. cit., p. 482.

**condenado Rojas y –como se verá– aprobar vía decreto una verdadera amnistía encubierta.**

iii. El reconocimiento de la desviación de poder como vicio de inconstitucionalidad en nuestra jurisprudencia constitucional reciente

En este sentido, cabe referirnos a una reciente sentencia recaída en el segundo requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>55</sup> (en adelante "**Sentencia de Derechos de la Niñez**"), ya que en dicha decisión, el Excmo. Tribunal Constitucional reconoce por primera vez el principio de primacía de la realidad respecto de los actos del legislador, así como el **vicio de inconstitucionalidad de desviación de fin aplicado al proceso legislativo**. Pero asimismo, entrega cánones interpretativos relativos a la supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad aplicable a todos los órganos regulados por la Constitución, esto es, incluido por cierto el Presidente de la República.

Como S.S. Excma. sabe, dicho conflicto de constitucionalidad se desarrolló en el contexto de un acuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional que declararon por simple mayoría la inadmisibilidad del veto presidencial, aun cuando conforme con el artículo 73 inciso segundo Constitución, ello solo puede producirse si las observaciones ingresadas no tienen relación directa con las ideas matrices del proyecto. El problema fue que, de la simple lectura de los antecedentes, era posible constatar claramente que el legislador en realidad buscaba rechazar el veto y mantener firme su texto aprobado, para cuya insistencia, requería un quórum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Es decir, debido a que el Congreso necesitaba un quórum elevado para rechazar el veto presidencial, se optó por un resquicio constitucional, cual es recurrir al tenor literal de la norma constitucional, aun cuando esta última no resultaba aplicable materialmente.

Así, los parlamentarios decidieron utilizar la letra del texto constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad, pero con una finalidad diferente a la prevista, sosteniendo que el tenor literal del veto presidencial no se ajustaba a las ideas matrices del proyecto, aun cuando, de la lectura del mismo, quedaba de manifiesto que el veto sí decía relación directa con las ideas matrices del proyecto de ley.

---

<sup>55</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 11.820 del año 2022.



Teniendo en cuenta lo anterior, y como bien se sostuvo en la sentencia del Excmo. Tribunal, hace más de 20 años la Corte Constitucional de Colombia ya había reconocido la desviación de poder –propia del derecho administrativo– para conflictos de constitucionalidad, a fin de hacer frente a este tipo de actos de órganos diversos a la Administración del Estado como es el Congreso Nacional, haciendo primar la realidad por sobre la instrumentalización de las formas. Así, y siguiendo dicho precedente extranjero, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que el legislador se desvió inadecuada y materialmente de la finalidad de la disposición constitucional que permitía la declaración de inadmisibilidad del veto presidencial.<sup>56</sup>

Los argumentos esgrimidos por parte del Excmo. Tribunal Constitucional en este caso se basan en que la desviación de poder en materia constitucional produce una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución y del artículo 19 numeral 2, habida cuenta que todo ejercicio de funciones, facultades o atribuciones constitucionales debe siempre realizarse en el marco del principio de supremacía constitucional y el principio de interdicción de la arbitrariedad, los cuales, sostiene la Alta Magistratura Constitucional en su sentencia, **resultan aplicables a todos y cada uno de los órganos regulados en el texto de la Constitución**, sin excepción.

Específicamente el Excmo. Tribunal Constitucional consideró lo siguiente en la sentencia aludida:

**“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 N°2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

*En primer lugar, el artículo 6º de la Carta Fundamental señala que  
‘ Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución*

---

<sup>56</sup>Ver en Tribunal Constitucional (2022), Sentencia Rol N° 11.820, c. 49.

*y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley`. Tal como señala expresamente la norma anteriormente transcrita, todos los órganos del estado así como sus titulares e integrantes, están obligados a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Lo anterior resulta lógico, toda vez que cada uno de los órganos tratados y regulados por la Carta Fundamental, sin excepción y más allá de sus mayores o menores niveles de autonomía, no son más que órganos constituidos, limitados todos y cada uno por la soberanía que reside en la nación y ejercida por el pueblo, siendo la Constitución expresión originaria de ella y por tanto un límite insoslayable para su actuar.*

*En segundo lugar, el artículo 7º señala que `Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale`. En palabras del profesor Eduardo Soto Kloss, la desviación de poder en nuestro ordenamiento, estaría precisamente contenida en el artículo 7º inciso segundo, pues `En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas.” (Soto Kloss, Eduardo, “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, en revista *Ius Publicum* Nº 30, 2013, pp. 92). Lo anterior, aplicado al control de constitucionalidad, da cuenta de que ningún órgano del estado puede violar la constitución ni adaptar la finalidad de su texto a objetivos ajenos al bien común.*

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–” (énfasis y subrayado agregado).*

En este sentido, queda en evidencia que los precedentes constitucionales recientes han reivindicado los principios de supremacía constitucional e interdicción de la arbitrariedad, aplicando directamente los artículos 6º y 7º de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 19 numeral 2 de la Ley Fundamental.

Lo anterior, al ser omnicomprensivo, incluye por cierto las atribuciones y facultades ejercidas por el propio Presidente de la República, las cuales por más discrecionales que sean deben siempre enmarcarse dentro de la supremacía de la Constitución, no pudiendo ser arbitrarias, caprichosas ni contrarias a la razón.<sup>57</sup>

Así las cosas, y **sin perjuicio de que el vicio de desviación de poder del legislador cuenta con importantes matices frente a su símil del derecho administrativo, habida cuenta del espacio de discrecionalidad propio del Presidente en el ejercicio de la facultad de indulto contenida en el artículo 32 numeral 14 de la Constitución, dicha discrecionalidad siempre tiene a la supremacía constitucional como un límite insoslayable para el Primer Mandatario.** Sin duda que el reconocimiento por parte de S.S. Excm. de este control de constitucionalidad integral, viene a poner coto a la instrumentalización del texto fundamental no solo en la

---

<sup>57</sup> A mayor abundamiento, cabe señalar que el principio de primacía de la realidad en la aplicación de normas constitucionales, no solo ha sido recogido por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, sino que también de parte del Tribunal Calificador de Elecciones (en adelante “**TRICEL**”). En efecto, recientemente el TRICEL –a propósito de la pretendida inscripción de una lista electoral– rechazó los reclamos de la persona jurídica “Felices y Forrados” por no “*estar frente a una actividad espontánea de personas naturales independientes que quieran formar parte de una lista*” sino que al ejercicio intelectual muy bien tramado de una compañía comercial que, usando la letra de la Constitución, intentó realizar actividades políticas, las que se encuentran proscritas para las personas jurídicas con fines de lucro (ver Sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°722 - 2021).

tramitación legislativa como lo hace la Sentencia de Derechos de la Niñez, sino que por parte de cualquier órgano del estado, persona o grupo que pretenda transgredir, por la vía de los hechos, la supremacía del texto constitucional, tal cual en este caso ha ocurrido con el Presidente de la República y el Decreto Impugnado.

iv. Amnistía encubierta

*a) Motivación del Decreto Impugnado dice relación con la convicción del Presidente de que el indultado es inocente*

Como se sostuvo anteriormente, el Decreto Impugnado no fue fundamentado en el tenor literal del acto administrativo, refiriéndose solo a antecedentes genéricos y a la exposición de antecedentes y disposiciones legales. Así, la verdadera fundamentación y motivación del Decreto Impugnado fue manifestada por el Presidente de la República vía declaraciones públicas invocando argumentos, que no dicen relación con la motivación correspondiente a un indulto, sino que más bien a una amnistía. Como se sostuvo anteriormente, una de las diferencias más relevantes entre el indulto y la amnistía es que mientras el indulto se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, desaparecen el delito y la calidad de culpable del condenado.

Pues bien, el fundamento esgrimido por el Presidente de la República respecto del señor Rojas y los demás indultados es propio de la amnistía y no del indulto, toda vez que el Primer Mandatario sostuvo –tal como se citó precedentemente– que él considera que los indultados “*son jóvenes que **no son delincuentes***” (énfasis agregado). Es decir, la razón por la cual, concedieron los indultos (incluyendo el del señor Rojas) y que motivó, por tanto el Decreto Impugnado, fue la convicción del Presidente de que los condenados no son delincuentes, y en consecuencia, son inocentes.

Así las cosas, el **Presidente de la República concedió un indulto al señor Rojas, pero con un fundamento y motivación propia de la institución de la amnistía contenido en el artículo 63 numeral 16 de la Constitución, que establece que los indultos generales y las amnistías se otorgan por ley. Que estas instituciones sean aprobadas por ley, es de toda lógica, toda vez que ambas instituciones se centran en supuestos generales, con el objeto de “perdonar” la pena, o perdonar “el delito” respectivamente sin considerar la persona individualmente**

**considerada.** De esta manera, la concesión de indultos particulares tiene que ver con casos particulares, en los cuales el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado evalúa “caso a caso”, y en razón de ese análisis, se concede o se deniega la gracia del indulto.

*b) Precedentes históricos, dan cuenta que estamos frente a un caso de amnistía encubierta o indulto general, más que de un indulto particular*

A lo largo de la historia de Chile es posible encontrar una serie de eventos en los cuales se ha aplicado amnistía durante procesos constituyentes, revoluciones o guerras civiles como las de 1851 y 1891, hasta algunos conflictos políticos relevantes durante el siglo XX.

Así, durante el año 1851 el gobierno de la época, presentó un proyecto de amnistía, luego de una serie de conflictos políticos contingentes, y en virtud del cual se concedió a *“todos los individuos que por haber tomado parte en los acontecimientos políticos de 1851, hubieran sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren el país [...]”*.<sup>58</sup>

Luego, a propósito de la guerra civil del año 1891 se aprobó una ley de amnistía durante dicho año, en virtud de la cual se concedió amnistía a *“los que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1º de enero hace el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indican”*.<sup>59</sup> En febrero de 1893 se promulgó otra ley de amnistía concedida a ciertos militares que no fueron comprendidos anteriormente y en agosto de 1894 fue promulgada una nueva ley de amnistía de carácter general y final.<sup>60</sup>

Durante el segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, hubo tres leyes de amnistía referentes a delitos políticos vinculados a la ley Nº8.897 de septiembre de 1948 denominada de Defensa Permanente de la Democracia (conocida como “Ley Maldita”).<sup>61</sup> Estas amnistías tuvieron por objeto perdonar a los responsables de infracciones o delitos políticos.

Por su parte, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva se presentaron dos proyectos de amnistía que tuvieron por objeto beneficiar a periodistas

---

<sup>58</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales, p. 11.

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 14.

<sup>60</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 15.

<sup>61</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 18 y siguientes.

procesados por infracciones a la ley N°15.576 sobre Abusos de Publicidad (conocida también como “Ley Mordaza”).<sup>62</sup>

De lo expuesto, es posible advertir que durante la historia de nuestro país, se han concedido amnistías que han tenido por objeto condonar ciertos delitos, basándose en el cumplimiento de ciertos supuestos (hechos constitutivos de delitos en el contexto de un conflicto político o social por ejemplo), y no enfocándose en el “caso a caso”.

Explicado lo anterior, cabe referirnos S.S. Excma. a los Considerandos 4º y 5º del Decreto Impugnado que señalan lo siguiente:

*“4º Los hechos ocurridos durante el denominado `Estallido Social`, que derivó en una crisis política e institucional, en el cual se produjeron hechos de violencia y violaciones a los derechos humanos, por los cuales se deberán adoptar acciones extraordinarias que permitan restablecer la paz social.*

*5º El nivel de conflictividad en el país que configuró un contexto excepcional enmarcado, en masivas manifestaciones públicas. En este contexto y con el objeto de propender a la cohesión social, reencuentro nacional y de mirar hacia el futuro con mayor dignidad y paz”.*

De lo expuesto, S.S. Excma. queda de manifiesto que las consideraciones planteadas en el Decreto Impugnado son propias de la institución de la amnistía, y no de un indulto particular, en el que se debe analizar de manera reflexiva, prudente y “caso a caso” cada solicitud.

De esta manera, el **Presidente de la República incurrió en una clara desviación de poder, utilizando la atribución privativa y excepcional de conceder un indulto particular con el objeto de realizar una verdadera amnistía encubierta o un indulto general, que como ya se señaló, se aprueban por ley, y no en virtud del ejercicio discrecional de la facultad presidencial.**

---

<sup>62</sup> Ver en la Biblioteca del Congreso Nacional (2021). Ob. cit., p. 21 y siguientes.

v. Vulneración del principio de separación de poderes, y específicamente la facultad exclusiva del Poder Judicial (artículo 76 de la Constitución)

Como ya hemos señalado, y de acuerdo con lo ya asentado en nuestra jurisprudencia constitucional, la actividad jurisdiccional está definida como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.<sup>63</sup>

En la misma línea, y de acuerdo a lo expuesto y desarrollado en acápites anteriores, es claro que la declaración de absolución o condena, de culpabilidad o inocencia, corresponde a un ejercicio jurisdiccional propio y exclusivo de los tribunales de justicia. De esta manera, S.S. Excm., queda en evidencia que se encuentra constitucionalmente vedado “entrar a ejercer jurisdicción” por parte de órganos diversos (a los tribunales de justicia), como sería la Administración del Estado y por cierto como es el propio Presidente de la República.<sup>64</sup> Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ya ha declarado contrario a la Constitución todo intento del legislador tendiente a otorgar facultades discrecionales de índole jurisdiccional a dichos órganos, precisamente por las razones antedichas.<sup>65</sup>

Que en este sentido (y tal como fue expuesto en los acápites anteriores), pareciera que la real motivación y voluntad del Presidente de la República no ha sido la expresada formalmente en el Decreto Impugnado (como corresponde de acuerdo a la Constitución y la ley), la cual procede para conmutar penas dictadas por el Poder Judicial, sino que tal como ha declarado pública y detalladamente el propio Presidente, **ha sido proclamar la inocencia de los indultados (incluyendo, por cierto al señor Rojas) vía medios de comunicación y declaraciones públicas.**

En esta argumentación, el Presidente Boric da a entender que su investidura, como Jefe de Estado le permite poner término anticipado no solo a la pena, sino que determinar si la persona debe seguir teniendo el carácter de “condenado”, cuando al Presidente le cabe la convicción de la inocencia. Esto no solo es grave por cuanto el Primer Mandatario se estaría considerando omnipotente en esta materia, sino porque está quebrando un principio democrático básico y establecido en la Constitución, cual es que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que

---

<sup>63</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 176-1993, c.4; Rol N°513-2006, c.12; y STC 4012-2017, c.36.

<sup>64</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°4012-2017, c.36.

<sup>65</sup> Ver en Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 198-1994, c.10.

expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7º inciso segundo de la Constitución).

Además, y como ya fue desarrollado en acápites anteriores, estamos frente a **un caso manifiesto de desviación de fin o desviación de poder, donde se ha utilizado la letra y el texto del artículo 32 numeral 14 de nuestra Constitución, para una finalidad distinta a la establecida por el poder constituyente originario y derivado, procediendo inconstitucionalmente a una verdadera revisión de sentencias judiciales, actividad que como hemos señalado es privativa de los órganos que constitucionalmente se encuentran habilitados para ejercer jurisdicción, y que en materia penal, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia.**

#### **4. Vulneración de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 numeral 2 de la Constitución)**

- i. El Decreto Impugnado puede constituir el ejercicio de una facultad discrecional pero no arbitraria

La facultad del Presidente de la República de indultar puede ser ejercida de manera discrecional, pero no arbitraria. Esto quiere decir que el Presidente puede tomar libremente la decisión de indultar o no a una determinada persona que lo haya solicitado, pero nunca puede adoptar dicha decisión de manera caprichosa, irracional o injustificada.

En este sentido, el profesor Cea, ha señalado que *“el término arbitrario quiere decir contrario a la justicia, injusto, irracional prejuiciado, desproporcionado, para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad”*.<sup>66</sup>

La obligación de motivar el acto, se justifica porque se busca evitar que existan actos arbitrarios o carentes de razonabilidad, dictados por mero capricho o carentes de lógica; pero, además, la motivación se exige como elemento del debido proceso. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la motivación es *“connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio”*. Constituye, *“a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento*

---

<sup>66</sup> Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno (Ediciones UC, segunda edición actualizada, Tomo. II),, p. 669.



*racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado*".<sup>67</sup>

Por su parte, los tribunales superiores de justicia se han encargado de señalar que *"lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario"*.<sup>68</sup> Puesto que *"al carecer de toda fundamentación un acto... ello hace concluir al tribunal que ... constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada"*.<sup>69</sup> En definitiva, *"La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera [...] En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión."*<sup>70</sup>

Es decir, **sin perjuicio que la decisión del Presidente Boric de indultar al señor Rojas estaba dotada de cierta libertad producto de la discrecionalidad de su función, esto no obsta a que debía incluir el proceso lógico que lo condujo a tal decisión, con especial referencia a los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión determinada.** Esto reviste especial importancia si se considera que, de acuerdo al artículo 6º de la Ley de Indultos, al calificar este caso como excepcional, la exigencia de motivación excede, en virtud de un mandato legal, la motivación que regularmente se exige para una acto administrativo. Sin embargo, haciendo caso omiso de la relevancia de dicha fundamentación –especialmente para este caso– el Presidente Boric se limita simplemente a exponer y citar disposiciones legales y ciertos informes poco detallados en el texto del Decreto Impugnado.

En línea con lo anterior, la Corte Suprema ha indicado que *"en el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que*

---

<sup>67</sup> Ver en Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Rol Nº 1373-2009, c. 15.

<sup>68</sup> Corte Suprema (1991), Sentencia Rol Nº 16.790, c. 16.

<sup>69</sup> Ver en Muñoz Echeverría, Cecilia (2001). Universidad del Desarrollo, Revista de Actualidad Jurídica Nº4, p. 427.

<sup>70</sup> STS de 7 de febrero de 1987. Citado, a su vez, en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol Nº 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

*motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor.”.*<sup>71</sup>

Desde esa perspectiva, el **Decreto Impugnado otorgado al señor Rojas no es fundado; no lo es formalmente, al no señalar los motivos que inducen a la decisión de indultar ni los antecedentes tenidos a la vista que explican lo dispositivo del Decreto Supremo, ni desde una perspectiva sustantiva, al no estar revestido dicho acto administrativo de razones serias que motiven su decisión, evidenciando que es una consecuencia de la mera voluntad caprichosa de su autor.**

Por último, cabe recordar un elemento central de los actos administrativos, cual es que *“la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”.*<sup>72</sup> En este caso en particular, existe una ausencia total de fundamentación, por lo que no es posible realizar el examen de pertinencia asociado a su finalidad. Si en el futuro, el Decreto Impugnado fuera corregido, corresponde hacer un segundo nivel de análisis, para verificar que los fundamentos o motivos se corresponden con la finalidad perseguida por dicho acto administrativo.

En suma, los poderes públicos en general, y el Presidente de la República en particular, deben obrar de manera racional, motivada, y no arbitraria, con independencia de si la facultad que ejercen es discrecional o no. En el caso en cuestión, el Presidente pretende acogerse a la discrecionalidad para respaldar su decisión contenida en el Decreto Impugnado, sin embargo –y tal como se ha desarrollado precedentemente– no estamos frente a un acto discrecional, sino que arbitrario, al no existir fundamentación alguna en el Decreto Impugnado.

## ii. Vulneración de la igualdad ante la ley

El Decreto Impugnado vulnera directamente la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, al tratar de manera diferente, y sin justificación, al señor Rojas en comparación con otros condenados que se encuentran en las mismas circunstancias. En este sentido, es pertinente recordar que la igualdad ante la ley consiste en que las *“normas*

---

<sup>71</sup> Corte Suprema (2001). Sentencia Rol N°4533-2000, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

<sup>72</sup> Corte Suprema (2017), Sentencia Rol 7025-2017, c. 12. Citado en el considerando 13 del voto de minoría de la Sentencia Rol N° 8574-2020 del Tribunal Constitucional.

*jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo*".<sup>73</sup> Dado lo anterior, "[...] no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares".<sup>74</sup>

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, para efectos de determinar si en un caso en particular se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, "es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental".<sup>75</sup> Así:

*a) El trato al señor Rojas es diferente al dado a personas en una situación similar*

En primer lugar, el Decreto Impugnado trata de manera distinta al señor Rojas que al resto de los condenados por los mismos delitos. Al contrario del resto de la población penal, que deben cumplir íntegramente su condena o bien postular a beneficios intrapenitenciarios cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al señor Rojas se la ha conmutado por remisión condicional de la pena el saldo de las penas privativas de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de las tres penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo. A pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada como autor de graves delitos, el Presidente de la República, a través de una gracia especial, le libera. Aunque la Constitución señala que en Chile "no hay personas ni grupos privilegiados" (artículo 19 numeral 2), el indulto al señor Rojas claramente se configura como un privilegio arbitrario.

En segundo lugar, el Decreto Impugnado trata al señor Rojas de manera distinta al resto de las personas que han solicitado indultos durante el gobierno de presidentes anteriores. En efecto, en gobiernos anteriores los indultos han sido

---

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles N° 1254 considerando 46, N° 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, N° 1812 considerando 26, N° 1951 considerando 15.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, c. 18.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.340-09, considerando 30. En el mismo sentido, este criterio se ha confirmado en las sentencias roles N° 790, 825, 829 y 834 del Tribunal Constitucional.

otorgados principalmente por motivos humanitarios (enfermedades terminales por ejemplo). Tanto las solicitudes de los propios indultados como los decretos supremos que se pronuncian respecto a las mismas incluyen extensas consideraciones relativas al estado de salud de los condenados. En el caso en particular del indultado Rojas no se incluyen dichas consideraciones, que podrían eventualmente motivar o fundamentar adecuadamente el otorgamiento del indulto. El Decreto Impugnado solo hace referencia un "Informe médico" de 15 de noviembre de 2022 que se encuentra completamente tachado.

Adicionalmente, en todos los casos de personas que anteriormente han solicitado y se les ha otorgado indultos en los que procedía alguna de las causales de denegación del artículo 4º de la Ley de Indultos, el decreto respectivo ha incluido una referencia a las mismas. En el caso del señor Rojas, se omite totalmente una referencia a la causal del artículo 4º letra c (delincuente habitual), no cumpliendo con el requerimiento de la debida fundamentación.

*b) La diferencia de trato al señor Rojas es arbitraria*

El diferente trato dado al señor Rojas y descrito en el acápite anterior pugna directamente con el artículo 19 numeral 2 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, garantía que, tal como ha indicado la doctrina "[...] se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias".<sup>76</sup>

Al estudiar la diferencia que hace el Presidente Boric con el señor Rojas debe determinarse si dicha distinción "carece de un fundamento razonable que pueda justificar y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador".<sup>77</sup> El privilegio otorgado al señor Rojas, por sobre todo el resto de los condenados a sentencia ejecutoriada y los indultados, claramente no tiene fundamento razonable alguno, y tampoco es idóneo para el fin que el legislador ha tenido a la vista a la hora de regular la institución.

Como señala Beca Frei, "tratándose del indulto particular, comúnmente llamado 'indulto caso a caso', el nexo con la igualdad se torna aún más crítico, ya que

---

<sup>76</sup> Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Estudios Constitucionales Año 9, N° 1, 2011, p. 210.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1340-2007. También ver en Roles N° 790, N° 825, N° 829, N° 834, entre otros.

*mediante esta facultad, el Presidente de la República deja en libertad a un determinado individuo vía decreto supremo, o bien reduce la pena o la conmuta por otra menos gravosa. Lo complejo de indultar de esta forma consiste en que bajo el amplio y valórico argumento de la necesidad de calmar la agitación social, se otorga un verdadero privilegio, contradiciendo de esta manera lo prescrito en nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 2 inciso primero: `En Chile no hay persona ni grupo privilegiados`, por lo que el Primer Mandatario debería otorgarlo restrictivamente sólo en casos muy calificados, al carecer estos indultos de la objetividad y generalidad indiciarias del respeto al principio de igualdad ante la ley. La constitucionalidad de la medida depende únicamente, a nuestro juicio, de la razonabilidad y pertinencia de los argumentos [...]" (subrayado agregado).<sup>78</sup>*

- iii. La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 19 numeral 2 aplica a todos los poderes públicos, incluido el Presidente de la República

Tal como ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional en la Sentencia de Derechos de la Niñez, todos los órganos del estado, sin excepción, están sujetos al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Así, volvamos brevemente al Considerando 51º ya citado en esta presentación. En lo relevante:

**"QUINGUAGÉSIMO PRIMERO:** *Que el análisis anteriormente señalado, resulta perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento constitucional, y que por tanto, una vez evidenciado de que la finalidad perseguida por el legislador resulta contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales, esta **no puede ser tolerada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución así como del principio de la interdicción de la arbitrariedad, contenido en el artículo 19 Nº2. Para ello debemos dar cuenta de un interpretación armónica de las disposiciones constitucionales antes señaladas.***

(...)

---

<sup>78</sup> Beca Frei, Juan Pablo. Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica Hacia la Protección de Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales [online]. 2013, Año Nº.11, Nº1, p. 483.

*En tercer lugar, el artículo 7º hace referencia a `todo acto` para tratar su anulabilidad, sin que quepa duda de que la nulidad que opera para el acto administrativo, en caso de actos del legislador se denomina `inconstitucionalidad`, cuyo conocimiento y fallo es conocido por esta magistratura constitucional. **Pero lo relevante, es que la norma del artículo 7º es omnicomprensiva de todo tipo de actos sean estos administrativos, legislativos, o emanados de cualquiera de los demás órganos contemplados en la Constitución**, sean estos actos terminales – como una ley– o trámite –como lo es un acuerdo de Sala de alguna de las cámaras Congreso–" (énfasis y subrayado agregado).*

Este argumento, planteado por el Excmo. Tribunal Constitucional chileno no es nuevo en el derecho extranjero. Así, en España, el Tribunal Supremo Español **precisamente anuló un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo**,<sup>79</sup> y lo hizo habida cuenta de una vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en su artículo 9.3, del mismo modo que sistémicamente lo hacen los artículos 6º y 7º en relación con el artículo 19 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De ello se deriva que se deben expresar las razones –reales para no caer en desviación de fin– que le han llevado a decidir en un determinado sentido, las cuales deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos y suficientemente sólidas.<sup>80</sup>

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Español consideró que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, y pese a no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, **sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**. A saber:

*"El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], **pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión**, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo*

---

<sup>79</sup> Ver en el STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 20 de noviembre de 2013.

<sup>80</sup> Ver en Domenech Pascual, Gabriel (2014). Lecciones de Derecho Administrativo con Ejemplos. Lección 4: El principio de Legalidad y las Potestades Administrativas. Universitat de València, p. 125.

*Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».*

[...]

*En fin, **que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE**, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. **Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...** Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente:*

***«Visto el expediente de indulto en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar ».***

*En consecuencia, el **citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública», exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes— no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad**, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «no procede la concesión del indulto».*” (énfasis agregado).

Como podrá apreciar S.S. Excma., **la similitud con el caso del señor Rojas es clara**. En efecto, estamos frente a un Decreto Supremo que (i) no manifiesta en su texto fundamento alguno que permita considerar el caso del señor Rojas como “calificado” o que habilite para acreditar que nos encontramos frente a un decreto “fundado”, (ii) en donde además las razones o motivaciones reales del Presidente de la República no se condicen con los hechos, pues pretende declararlo inocente o realizar control jurisdiccional de una sentencia ejecutoriada por convicciones personales respecto de la supuesta inocencia de estos “jóvenes” que “no son delincuentes”, y (iii) en donde a pesar de estar frente a un acto de gobierno o político, igualmente procede declararse su inconstitucionalidad fundada en una vulneración prístina a la interdicción de la arbitrariedad, tal cual el propio Tribunal Supremo Español procedió a anular un indulto precisamente en consonancia con dicho principio.

Finalmente, tal como ha sostenido el Excmo. Tribunal Constitucional: *“La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción. Pero **arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple ‘porque sí’; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos. La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad”** (énfasis agregado).*<sup>81</sup>

**POR TANTO,** con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero N°16 e inciso décimo noveno de dicho artículo de la Constitución Política de la República y de acuerdo con lo indicado en los artículos 31, 110 y siguientes de la LOC del Tribunal Constitucional,

**A S.S. Excma. PEDIMOS,** se sirva tener por interpuesto este requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando la

---

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1341 c. 14. En el mismo sentido, la Sentencia Rol N° 3770 c. 21.



inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°3214 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022 y publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 6 de enero de 2023, por contravenir los artículos 6º, 7º, 19 numeral 2, 32 numeral 14 y 76, todos de la Constitución Política de la República.

**PRIMER OTROSÍ:** Pedimos a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña el Decreto Supremo N°3214 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de diciembre de 2022, y su publicación.
- b) Acta N°1-2023, Pleno Corte Suprema, 3 de enero de 2023.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Pedimos a su S.S Excma. tener por acompañada la certificación del señor Secretario General del Senado, de fecha 16 de enero de 2023, acreditando tanto las identidades de nosotros, Honorables Senadores de la República que patrocinamos el presente requerimiento, como también el que constituimos más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio de la Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 inciso décimo noveno de la Carta Fundamental en relación al numeral 16 del inciso primero del referido precepto.

**TERCER OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., en este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la LOC del Tribunal Constitucional disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a su S.S Excma., tener presente que para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al **Honorable Senador Javier Macaya Danús**, domiciliado para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n Comuna de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas**, cédula de identidad 15.103.562-0, **Constanza Hube Portus**, cédula de identidad 16.319.645-K, y **Felipe Hübner Valdivieso**, cédula de identidad 16.939.451-2, todos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, para que nos representen, pudiendo actuar conjunta o separadamente. Asimismo solicitamos de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOC del Tribunal Constitucional, se sirva notificar las resoluciones que se dicten en el presente requerimiento al correo

electrónico [jorgebarrerarojas@gmail.com](mailto:jorgebarrerarojas@gmail.com), [cvhube@gmail.com](mailto:cvhube@gmail.com) y  
[fhubner@uc.cl](mailto:fhubner@uc.cl)