

**SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS,
NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA RECAIDO EN LOS PROYECTOS DE LEY
QUE ADECUAN LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA A LOS TRATADOS
INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.**

**BOLETÍN N° 3345-07-2
BOLETÍN N° 3959-07-2**

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía viene en informar, en primer trámite constitucional y segundo reglamentario, los proyectos de ley, iniciados en moción, de los Diputados señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Saffirio, Ascencio y Rossi y de los ex Diputados señores Navarro, Riveros y Tapia, que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el primero y de la Diputada señora Soto, doña Laura y los Diputados señores Bustos y Leal, que interpreta el artículo 93 del Código Penal en materia de prescripción de la acción penal en el caso de delitos especialmente sancionados por el derecho internacional.

La Cámara de Diputados, en su sesión 91ª ordinaria, celebrada el día 31 de octubre de 2006, aprobó en general el proyecto de ley de la referencia.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 130 del Reglamento, el proyecto de ley con todas las indicaciones cursadas durante su tramitación, fue remitido a esta Comisión para segundo informe reglamentario, el que fue discutido durante su sesión celebrada el día 8 de noviembre del presente año.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 del Reglamento de la Corporación, en este informe se debe dejar constancia de lo siguiente:

I.- ARTÍCULOS QUE NO HAN SIDO OBJETO DE MODIFICACIONES.

No existen artículos en tal sentido, atendido a que la Comisión aprobó una indicación sustitutiva del artículo único del proyecto.

II.- ARTÍCULOS CALIFICADOS COMO NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.

No existen normas que revistan el carácter de orgánica constitucional o de quórum calificado.

III.- ARTÍCULOS SUPRIMIDOS.

No existen artículos en tal sentido.

IV.- ARTÍCULOS MODIFICADOS.

Discusión Particular

Antes de iniciar la discusión particular, vuestra Comisión recibió, en forma excepcional, al profesor de Derecho Constitucional, don Humberto Nogueira, al profesor de Derecho Penal, don Jean Pierre Matus, a la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, representada por doña Lorena Pizarro (Presidenta) y a la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, representada por don Mario Silva (Vicepresidente), quienes hicieron los siguientes planteamientos respecto del proyecto de ley en informe.

El profesor de Derecho Constitucional, don Humberto Nogueira señaló lo siguiente:

1. El D.L. 2191 de Amnistía de 19 de abril de 1978.

El tema central que nos ocupa deriva de la dictación del D.L. 2191 de Amnistía con fecha 19 de abril de 1978, concedido a favor de personas que hubieren intervenido en hechos delictuosos acontecidos durante la vigencia del Estado de Sitio comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el cual ha sido interpretado por nuestros tribunales en el sentido de ser aplicable a homicidios, torturas, desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad o crímenes contra los derechos humanos, cometidos dentro de dicho período.

2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Almonacid Arellano y otros vs. Chile de 26 de septiembre de 2006.

Dicho D.L. 2191 de Amnistía ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo Almonacid y otros Vs. Chile de 26 de septiembre de 2006, vulnera principios de *ius cogens*, de derecho consuetudinario internacional y derecho convencional internacional vinculantes para el Estado de Chile, de acuerdo con lo cual la Corte establece la responsabilidad del Estado por vulnerar los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud:

a) Del fallo de la Corte Suprema que confirió competencia a los tribunales militares, en la medida que estos no son los jueces naturales ni son tribunales idóneos para juzgar civiles, ni son tribunales imparciales.

b) Los fallos del Juzgado Militar y la Corte Marcial por no ser tribunales imparciales y por aplicar el D.L. de Amnistía, no aplicable a crímenes de lesa humanidad.

c) Por que el Estado no ha dado cumplimiento a la obligación de hacer efectivos directamente los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, como estándar mínimo a cumplir en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a su obligación contenida en el artículo 1.1 de la CADH.

La Corte Interamericana ha precisado que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1.1. impone el deber a los Estados Partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que las personas puedan disfrutar plenamente de los derechos que la Convención asegura. En tal perspectiva, la Corte ha precisado que “es deber de los estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹.

La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 14 preciso que “Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las comunidades Greco – Búlgaras (1930), serie B, N° 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzing (1931), Serie A/B, N° 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), serie A/B, N° 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación de arbitrar bajo el convenio de sede de las Naciones Unidas (Caso de la misión del PLO) (1988) 12 a 31-2, párrafo 47). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969”².

d) Por que el Estado no ha adecuado su ordenamiento jurídico a los estándares mínimos de respeto de los derechos a garantías judiciales y protección judicial establecidos en los artículos 8 y 25 de la CADH.

Asimismo, ha establecido la obligación del Estado de no aplicar el D.L. 2191 de Amnistía a crímenes contra la humanidad, adecuando su ordenamiento a tales efectos. Por último, ha señalado que la sentencia emitida en el caso Almonacid esta revistada sólo de cosa juzgada aparente, ya que no puede ser una sentencia con tal carácter aquella dictada por un tribunal que carece de la característica de juez natural y de tribunal imparcial, donde no es aplicable, por

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 11/90, párrafo 23.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 14/94 de 9 de Diciembre de 1994, punto III.35.

tanto el principio non bis in idem, ya que en la materia no ha habido una sentencia conforme a derecho, sino una mera situación de hecho.

Cabe señalar que esta sentencia constituye una obligación vinculante y de resultado para el Estado de Chile, de acuerdo al artículo 68 de la CADH.

3. Normas de derecho internacional vinculantes para el Estado de Chile a 1978.

Para los efectos del análisis del proyecto de ley interpretativo del artículo 93 del Código Penal que nos ocupa, es necesario precisar las normas vinculantes de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos ya establecidas y vinculantes para el Estado de Chile al momento de la dictación del D.L. de Amnistía.

A 1978, cabe preguntarse, cuales eran las obligaciones del Estado encuadradas dentro del Derecho Internacional y frente a la comunidad de naciones.

En primer lugar, el Estado chileno suscribió la Carta de Naciones Unidas de 1945, cuyo artículo 55.c, dispone que la organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, como asimismo, trabajará para la efectividad de tales derechos. A su vez, el artículo 56 determina que todos los miembros de la organización se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos precisados en el artículo 55. Tales normas establecen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones³.

A su vez, el Estado chileno hizo suya la Declaración Universal de Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948, cuyo preámbulo postula el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Por otra parte, el artículo 1° precisa que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Se asume así como cúspide del derecho internacional la dignidad de la persona humana y los derechos humanos.

Desde 1948 comienza a desarrollarse un sistema internacional de protección y garantía de los derechos en base a principios de ius cogens, derecho consuetudinario internacional y derecho convencional internacional, coadyuvante y complementario del derecho interno de los estados.

El sistema internacional de protección de los derechos humanos se fundamenta en la misma dignidad del ser humano y busca excluir ciertos actos criminales del ejercicio de las funciones estatales haciendo al Estado

³ Brownlie, Ian. 1996. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press, Oxford, pág. 463.

y sus personeros responsables de tales crímenes, lo que se concreta a través de normas de ius cogens, de derecho consuetudinario y derecho convencional internacional.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, obliga al Estado de Chile desde 1948 a investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos que puedan producirse en el territorio nacional, ya que dicha declaración es fuente de obligaciones internacionales, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones. Baste al respecto recordar la Opinión Consultiva 10/89 referente a la materia.⁴

El Estado chileno ratificó los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional a través del Decreto Supremo N° 752, de 5 de diciembre de 1950 y fueron publicados en el Diario Oficial de los días 17 al 20 de abril de 1951.

El artículo 3° del Convenio IV de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra, ratificado por Chile en 1951, establece:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes,

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables para los pueblos civilizados”

⁴ Opinión Consultiva sobre valor vinculante de la declaración Americana de Derechos Humanos OC 10/89 de 4 de julio de 1989.

A su vez, el artículo 146 de dicho Convenio, determina:

“Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definido en el artículo siguiente.

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”.

El Estado de Chile ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas el 10 de febrero de 1972, el cual tiene vigor internacional para Chile, el 10 de mayo de 1972, el cual fue publicado en el Diario Oficial, el 29 de abril de 1989.

Asimismo, vale la pena recordar que el Estado chileno ha ratificado la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*, la cual se encuentra incorporada como parte de nuestro derecho y es de obligatorio cumplimiento como derecho interno y derecho internacional, cuyo artículo 27 determina que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*, lo que debe cumplirse de buena fe, como lo ha explicitado la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional chilenos, como asimismo, establece el carácter imperativo para los Estados Partes de los principios de ius cogens.

El Estado chileno así es parte de este sistema de protección de los derechos humanos al ser miembro de Naciones Unidas, signatario de la Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 y ser parte del Sistema Interamericano y de la Carta de la Organización de Estados Americanos del 30 de abril de 1948, habiendo aprobado la Declaración del Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de diciembre del 10 de diciembre de 1948, asimismo, ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1972, ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Estado chileno esta vinculado y es responsable desde 1949 por la vulneración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, desde 1951 por vulneración de los Convenios de Ginebra sobre derecho humanitario internacional; y desde 1972 es responsable internacionalmente por la violación de los derechos contenidos en las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cometidas por sus agentes u órganos. Todo ello, sin perjuicio del deber de acatar y cumplir los principios de ius cogens y derecho

consuetudinario internacional vigente y obligatorio para Chile en la década de 1970 del siglo XX.

Además, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, dichas normas forman parte del derecho internacional imperativo (*ius cogens*). Así lo ha sostenido la Corte Internacional de Justicia al precisar que los derechos básicos de la persona humana son parte del derecho internacional imperativo o normas de *ius cogens*⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el concepto de *ius cogens*, determinando que *deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir”, habiendo sido “aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas”*. La Comisión agrega que su principal característica distintiva es su *relativa indelebilidad*, ya que son normas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. La violación de estas normas *afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia*⁶.

El Estado de Chile y sus tribunales han reconocido bajo el imperio de la Constitución de 1925 la incorporación del derecho de gentes a nuestro sistema institucional en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el cual no queda limitado a la consideración únicamente de las normas locales, encontrándose interrelacionado con el sistema de convivencia internacional y regional y sus correspondientes ordenamientos jurídicos internacionales.

Tales normas se imponen a los estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos internacionales e internos. Dicho derecho no puede ser afectado por tratados en contrario y debe ser aplicado por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Este derecho imperativo internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de crímenes que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el concepto de ***ius cogens***, determinando que *deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir”, habiendo sido “aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas”*. La Comisión agrega que su principal característica

⁵ *Barcelona Traction Lights And Power Company Ltd*, ICJ Reports 190, página 32, párrafo 33.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 62/02, caso 12.285. *Michael Domínguez v. Estados Unidos*, de fecha 22 de octubre de 2002, párrafo 49. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1987 Caso 9647, *Roach y Pinkerton c. Estados Unidos*, párrafo 5.

distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son normas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. La violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia ⁷.

El carácter obligatorio de las normas de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho positivo en la Conferencia de las Naciones Unidas codificadora del derecho de los tratados de Viena del 29 de mayo de 1968 ⁸. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Chile y vigente para este Estado desde el 9 de mayo de 1981, dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

4. El derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional imperativo formaban parte integrante del derecho chileno a 1972.

Puede sostenerse asimismo, que ya en 1978, el Estado Chileno estaba vinculado por las normas de *ius cogens* y por el derecho consuetudinario internacional en vías de codificación que determinan los crímenes contra la humanidad, tanto en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención contra el delito de Genocidio, como en otros tratados similares o análogos.

Este derecho imperativo internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de crímenes que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad.

Los delitos de lesa humanidad están sujetos a las normas de *ius cogens* y del derecho convencional internacional que lo ha positivado en la Convención de imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas. Los principios de tales convenciones ya estaban vigentes en la década de los setenta del siglo XX en el derecho internacional y en Chile, como derecho consuetudinario internacional y principios imperativos de derecho internacional.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 62/02, caso 12.285. *Michael Domínguez v. Estados Unidos*, de fecha 22 de octubre de 2002, párrafo 49. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1987 Caso 9647, *Roach y Pinkerton c. Estados Unidos*, párrafo 5.

⁸ U.N. Doc. A/Conf. 39/11

La existencia del orden público reconocido por la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969 es lógicamente anterior a la entrada en vigencia del mismo tratado en cada uno de los países que lo han ratificado e incorporado o asumido en sus términos en sus respectivos ordenamientos jurídicos, ya que por su naturaleza preexiste al momento de su positivación⁹.

El castigo de crímenes como los de guerra y los crímenes contra la humanidad proviene del orden imperativo internacional y se incorpora como un derecho penal suprallegal protector de los derechos humanos que no se encuentra restringido por las limitaciones constitucionales y legales internas y locales para la sanción de los demás delitos.

La tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser efectuada desde la perspectiva que asegure tanto el deber estatal de sanción en armonía con el sistema internacional, el que establece imperativamente el castigo de dichas conductas como la protección de las víctimas frente a disposiciones del derecho local que eviten la persecución de sus autores.

Ya el artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo, según la Carta de Londres de 1945, definía como crímenes contra la humanidad *el homicidio, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, sea o no en violación del derecho doméstico del país en que hayan sido perpetrados.*

Puede sostenerse, asimismo, que *las normas penales internas, en cuyas descripciones típicas puede subsumirse los homicidios, ejecuciones extrajudiciales, torturas, secuestros, desapariciones forzadas, adquirieron para los efectos de los imputados por tales delitos la condición de crimen contra la humanidad, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, entre ellas la imprescriptibilidad, como lo ha reconocido la jurisprudencia comparada*¹⁰.

A su vez, en 1969 se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor internacional en julio de 1978, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990 y con vigor internacional para Chile desde 21 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991. Chile reconoce asimismo la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También es responsable por la eventual violación de las

⁹ Cherif Bassiouni, 1996. *Internacional crimes: Jus Cogens and Obligation erga omnes*, 59 Law and Contemporary Problems, 56.

Cassese, Antonio. 2002. *International Law*, Londres, Oxford University Press, reimpresión. Páginas 178 y 370.

¹⁰ Corte Suprema Argentina, Fallos: 318:2148; y la reciente sentencia en recurso de hecho Simón, Julio y otros /privación ilegítima de libertad, Causa 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005.

obligaciones asumidas de respeto y garantía de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su sistema de protección, desde 1990.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 4° y la Convención Americana, en su artículo 27, prevén que hay *derechos inafectables en situación de guerra, conflicto interno y otro grave motivo*.

Los tratados multilaterales de derechos humanos imponen obligaciones a los Estados Partes que no son sólo las de respetar o no vulnerar los derechos asegurados por ellos, sino que determinan también la obligación de los Estados Partes de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción. Estas obligaciones están consignadas específicamente en el sistema regional de protección de derechos humanos en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La *obligación de garantía* ya fue precisada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras sentencias, lo cual se ha mantenido uniformemente hasta el presente, señalando por todas, el caso Velásquez Rodríguez, cuya sentencia de 29 de julio de 1988 determina:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹¹.

En el caso Barrios Altos, la Corte Interamericana ha precisado más las implicancias de esta obligación de garantía en relación con los derechos inderogables contenidos en la Convención, de acuerdo al artículo 27.2 de la Convención. En dicho caso, la Corte determinó que el deber de *investigar y sancionar* a los responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la *prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada*, pronunciándose sobre un caso de autoamnistía peruano¹². De dicha doctrina se genera el principio o *“ratio decidendi”*, de que la prohibición rige tanto para los

¹¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1988, Serie C Nº4. Ver asimismo *Caso Godínez Cruz* de 20 de enero de 1989, Serie C Nº5, párrafo 175; *Caso El Amparo*, sentencia de reparaciones, 14 de septiembre de 1996, Serie C Nº28, párrafo 61.

¹² *Caso Barrios Altos*, Sentencia de 14 de marzo de 2001; como asimismo, sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, art. 67 de la CADH, del 3 de septiembre de 2001.

gobiernos que dictaron las amnistías para autoprotegerse como para los gobiernos democráticos posteriores.

La doctrina emanada también del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es similar, en el caso de las leyes de amnistía y punto final argentinas, examinadas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló la insuficiencia de la mera derogación de las leyes 23.492 y 23.521, determinando que: *“Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de los autores”*¹³.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya había afirmado en 1995, en el caso argentino: *“El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares son inconsistentes con los requisitos del Pacto (PIDCP)”*, manifestando además la preocupación por dichas leyes *“pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo de gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del pacto (PIDCP)”*¹⁴

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su informe de 1999, en sus observaciones finales, se pronunció sobre el caso de Chile, determinando:

“...El Comité reitera la opinión expresada en su Observación General 20, de que las leyes de Amnistía respecto de las violaciones de derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro”.

*El mismo Comité en el año 2004 ha sostenido que “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos, la defensa basada en la obediencia de órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos que sean aplicables tales prescripciones”*¹⁵.

¹³ Sesión 1893 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 1° de Noviembre de 2000, párrafo 9°. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3/11/2000 CCPR/CO/70/ARG.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Comentarios sobre Argentina adoptados en sesión N° 53 de fecha 5 de abril de 1995, párrafo 3.

¹⁵ Observación general N° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sesión 2187, 29 de marzo de 2004, 80° periodo de

5. La aplicación actual del D.L. 2.191 de amnistía y la institución de la prescripción en materia de crímenes contra la humanidad vulnera gravemente las obligaciones internacionales de garantizar los derechos humanos que el Estado chileno debe cumplir de buena fe.

El Decreto Ley 2.191 de amnistía si se aplica a graves violaciones de derechos humanos y a delitos de lesa humanidad o a delitos contra la humanidad, se encuentra en contradicción y es violatorio:

A) de los artículos 2 (2,3), 9 (5) y 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

B) del artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,

C) de los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como asimismo

D) de los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional,

E) además de los principios de ius cogens y de derecho consuetudinario internacional, todos ellos vigentes y obligatorios para el Estado Chileno a la fecha de la dictación de dicho decreto ley de amnistía en 1978.

El Estado que no ejerce su jurisdicción en este tipo de delitos omite gravemente ejercer un atributo de su soberanía, la jurisdicción, convirtiéndolo en un ente disminuido, con una grave capitis diminutio en la comunidad internacional, se encuentra en falta frente a todos los demás estados de la comunidad internacional, los que subsidiariamente pueden ejercer la jurisdicción que el Estado no quiso o no pudo ejercer.

6. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

Desde el término mismo de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de naciones tuvo interés que los crímenes de guerra y lesa humanidad fueran debidamente juzgados y sancionados, en tal perspectiva se encuentran los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Chile en 1951, como asimismo, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de diciembre de 1948, que entró en vigor el 12 de enero de 1951, ratificada por Chile el 3 de junio de 1953 y que entró en vigencia internacional para Chile el 1° de septiembre de 1953, siendo publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 1953.

sesiones (2004), párrafos 17 y siguientes.

Estas convenciones y las que le siguen en las décadas siguientes consolidan la convicción de la recepción convencional de diversos tratados que asumen el derecho consuetudinario de la noción de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Entre ellos cabe mencionar la convención de imprescriptibilidad de crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 26 de noviembre de 1968 y los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobado por la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 3 de diciembre de 1973.

Así el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad deriva tanto del derecho consuetudinario como convencional internacional. En tal sentido, parece adecuado enfatizar que las convenciones no fueron celebradas para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su propia naturaleza no son susceptibles de prescripción, como ejecuciones sin juicio, tortura, desapariciones forzadas, sino para establecer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pudiera encontrar ningún refugio espacial ni temporal. Asimismo, tales normas son imprescriptibles en virtud del principio del orden público mundial.

En el marco de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos aprobó la Resolución N°3 del periodo de sesiones 21°, en la que consideró *“que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción”*. Dicha discusión permitió aprobar por parte de la Asamblea General de la Organización Naciones Unidas la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 26 de noviembre de 1968.

Dicho principio de imprescriptibilidad sólo se positiva, *asegurando la imprescriptibilidad*, no se enuncia, ya que operaba a la fecha como derecho consuetudinario internacional. En efecto, la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en su artículo I, no enuncia sino que *asegura* su imprescriptibilidad al determinar que tales crímenes *“...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”*.

Asimismo, de los trabajos preparatorios de la Convención surge que el empleo de la formula verbal *afirmar* en vez de *enunciar*, tuvo por fin explicitar que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención solo podía positivarlo afirmándolo¹⁶.

¹⁶ Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el consejo Económico y social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966; Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea general de Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1967.

Esta perspectiva, ha sido asumida también recientemente por la Corte Suprema Argentina en el caso “Arancibia Clavel” y en el caso “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, antes mencionados, en este último, se sostiene que la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, *“no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal”*¹⁷

La Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad *“..ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro estado nacional como parte de la Comunidad Internacional”*¹⁸.

En el mismo sentido se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos¹⁹.

La imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad se encuentra asumido por el Estado chileno al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2 establece una *excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, si los hechos al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales reconocidos por la comunidad internacional* (crímenes iuris gentium).

El castigo de crímenes como los de guerra y los crímenes contra la humanidad proviene del orden imperativo internacional y se incorporan como un derecho penal suprallegal protector de los derechos humanos que no se encuentra restringido por las limitaciones constitucionales y legales internas y locales para la sanción de los demás delitos. *La tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser efectuada desde la perspectiva que asegure el deber estatal de sanción en armonía con el sistema internacional, el que establece imperativamente el castigo de dichas conductas como la protección de las víctimas frente a disposiciones del derecho local que eviten la persecución de sus autores.*

En base a estas prácticas concordantes de las naciones, el derecho convencional internacional y la jurisprudencia de Cortes internacionales, puede afirmarse que la imprescriptibilidad era, con anterioridad a la década de los

¹⁷ Corte Suprema Argentina. Sentencia “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad”, sentencia de fecha 14 de junio de 2005, voto Ministro Voto Ministro Raúl Zaffaroni, considerando 27.

¹⁸ Corte Suprema Argentina. Causa A.533.XXXVIII, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita, causa N°259, sentencia de 24 de agosto de 2004.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N°4; *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C n°5; *caso Blake*, sentencia de 24 de enero de 1988, Serie C N°36.

años 70 del siglo XX, reconocida por la comunidad internacional como un atributo de los crímenes contra la humanidad en virtud del derecho Internacional imperativo (*ius cogens*), por tanto, vinculante para todos los estados y para el Estado de Chile. En efecto, los delitos contra la humanidad no dependen de los estados sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional, además de constituir una costumbre internacional, no habiendo prescripción para tales delitos.

La condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad no pueden impugnarse ni obviarse, ya que el principio de legalidad material se proyecta con distinta intensidad en los diversos campos del derecho penal, siendo relativo a los aspectos específicos del objeto que debe ser regulado.

A su vez, se puede cometer el error de que la exigencia de ley formal en el derecho interno se traspase automáticamente al proceso creador de normas del derecho internacional aplicable a la actividad de los estados. El carácter de norma escrita está asegurado por el conjunto de declaraciones, resoluciones e instrumentos convencionales que forman el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos y que dio origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Sin perjuicio de ello, al momento de los hechos, las conductas delictivas no solo estaban previstas en el ordenamiento jurídico internacional *como derecho consuetudinario y derecho convencional* sino también estaba prevista como *conducta típica y delito en el Código Penal chileno*. El encuadramiento de las conductas punibles en los tipos penales nacionales no implica eliminar ni desconocer el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes, como señala la Corte Suprema argentina, en el caso Simón²⁰.

El encuadramiento de los ilícitos internacionales en el derecho penal como tipos penales locales preserva adecuadamente el principio de legalidad que posibilita a cualquiera que vaya a cometer un ilícito conocer anticipadamente por la norma jurídica penal que dicha conducta lleva aparejada una pena.

El principio de legalidad no viola el principio de culpabilidad, ya que las normas legales sobre prescripción no forman parte del enunciado normativo en que se apoya el reproche penal.

En efecto como lo ha reconocido la jurisprudencia comparada, la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado esta asentada, dicho principio fue adoptado por los países que juzgaron crímenes de esta naturaleza en Estados Unidos²¹, en

²⁰ Corte Suprema Argentina. *Recurso de Hecho, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de libertad*, causa 17.768. Sentencia de fecha 14 de junio de 2005, voto Ministro Juan Carlos Maqueda, considerando 83.

²¹ Caso United States v. Calley (22 U.S.C.M.A., 543, December 21, 1973).

Israel, en el caso Eichmann y en Grecia, en el juicio seguido contra la Junta Militar que gobernó el país hasta 1974.²²

Es conveniente señalar, además, que el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de Estrasburgo tuvo que resolver la denuncia contra Alemania de diversos altos funcionarios de la Ex República Democrática de Alemania que habían sido los autores del “plan de seguridad” e impartieron las órdenes de aniquilamiento de quienes cruzaran la muralla que dividía Berlín, los cuales fueron condenados luego de la reunificación alemana por el delito de homicidio. Estos recurrieron ante el Tribunal Europeo argumentando que fueron condenados por conductas que no eran delito al tiempo de su comisión por la ley alemana, por lo que su condena vulneraba diversos derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos, los artículos 7° , 1° y 2° que establecen el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

El Tribunal de Estrasburgo falló que los tribunales alemanes no habían violado el artículo 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que dicha norma no podía ser interpretada para proteger acciones que vulneraran derechos humanos básicos protegidos por innumerables convenciones e instrumentos internacionales, entre ellos el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo la labor de los tribunales alemanes consistente con el deber de los Estados Partes de salvaguardar la vida dentro de su jurisdicción, utilizando para ello el Código Penal. Agregando que la conducta y prácticas de los funcionarios de la ex Alemania Oriental infringieron valores supremos de jerarquía internacional. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que al momento de cometerse tales actos por los reclamantes, dichas conductas constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsión por los tratados internacionales, y que el derecho a la vida y a la libertad se encontraban protegidos, entre otros instrumentos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, ratificado por la ex República Democrática Alemana en el año 1974, con anterioridad a los actos imputados, descartando cualquier violación de los principios de legalidad e irretroactividad*²³.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, por considerar que *dichas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, en la década de los setenta del siglo XX*²⁴.

Puede concluirse entonces que ya al producirse los hechos ilícitos considerados en la década de los setenta del siglo XX, había normas de derecho internacional general de carácter imperativas que eran vinculantes para el Estado chileno y que lo son con mayor fuerza hoy día.

²² Ver Ratner, Steven R. y Abrams, Jason. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, pág. 168.

²³ Caso Streletz, Kessler y Krentz v/s Alemania, sentencia de 22 de marzo de 2001.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Serie C N° 118, sentencia de tres de noviembre de 2004, párrafo 104. *Caso Velásquez Rodríguez*, Serie C N°4, de 29 de julio de 1988.

Asimismo, la *Corte Suprema Argentina*, en la sentencia sobre *recurso de Hecho, Simón, Julio Héctor, privación ilegítima de libertad, de fecha 14 de junio de 2005*, ha señalado que el reproche internacional respecto de tales delitos, privación ilegítima de libertad o desaparición forzada, “*así como el carácter de ius cogens de los principios que obligan a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan a desestimar el planteo de supuesta violación del principio de irretroactividad y de legalidad*”²⁵

Así puede sostenerse que la imprescriptibilidad de la desaparición forzada de personas o secuestros, homicidios calificados o ejecuciones sumarias sin juicio constituyen derecho válido y vinculante para el Estado chileno, incluso como “*lex previa*” a 1978.

7. La correcta interpretación del art. 6.5 del protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra.

Se ha argumentado en sentencias de primera o segunda instancia, a favor de la amnistía, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1979, ratificado por el Estado de Chile en 1991, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 6 N°5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder *la amnistía mas amplia posible* a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Respecto de la correcta interpretación del art. 6.5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario que posibilita “*la amnistía mas amplia posible*”, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha precisado que *no puede interpretarse la disposición aludida en el sentido de que apoya amnistías que vulneran el derecho humanitario sino que dichas amnistías deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no siendo aplicable la amnistía para aquellos que han vulnerado el derecho internacional humanitario*, como lo ha reiterado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

Así, el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra no autoriza amnistías que generen impunidad sobre las conductas delictivas que determinan los mismos Convenios ni sobre graves violaciones de derechos humanos.

²⁵ Corte Suprema Argentina. Recurso de hecho *Simón, Julio Héctor y otros, privación ilegítima de libertad*, sentencia de 14 de junio de 2005, voto del juez Juan Carlos Maqueda, considerando 89; voto juez Boggiano, considerando 43.

²⁶ *Informe N°1/99, Lucio Parada Cea y otros*, El Salvador, 27 de enero de 1999, párrafos 114-115 y sus citas.

8. El proyecto de ley sobre interpretación del artículo 93 del Código Penal.

De acuerdo con todos los fundamentos anteriores, El Estado de Chile, a través de sus órganos, uno de los cuales es el Congreso Nacional, el cual opera a través de su potestad legislativa, tiene el derecho y el deber, de acuerdo con el artículo 2 de la CADH de adecuar su ordenamiento jurídico a los derechos asegurados y garantizados como estándar mínimo, posibilitando la correcta interpretación por parte de sus tribunales del derecho vigente, el cual incluye tanto las fuentes internas como las fuentes internacionales, dando seguridad de que los tribunales interpretarán correctamente el derecho.

Para ello, el artículo 9° del Código Civil permite la interpretación de leyes que posibilita determinar el sentido y alcance de preceptos legales acorde con el derecho vigente, incluidas sus diversas fuentes, lo que, de acuerdo a preceptos imperativos de *ius cogens*, de derecho consuetudinario internacional y de derecho convencional internacional ratificado y vigente, implica acotar los alcances de la amnistía y de la prescripción a delitos comunes, no siendo aplicable para delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. Este sentido y alcance del artículo 93 del Código Penal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9°, inciso 2° del Código Civil, se entenderá “incorporado” al artículo 93, aún cuando no puede alterar los efectos de sentencias ejecutoriadas en los tiempo intermedio.

La necesidad de concretar esta ley interpretativa se deriva del hecho que algunos tribunales superiores de justicia realizan una interpretación del ordenamiento jurídico chileno, que ignora como fuente del derecho, el derecho internacional en su dimensión de *ius cogens*, derecho consuetudinario internacional y que mantienen una concepción de que el derecho convencional internacional válidamente incorporado al derecho interno, no es aplicable si no está publicado en el Diario Oficial. Posición que hace incurrir al Estado de Chile en responsabilidad internacional y en grave violación de derechos humanos, como expresamente lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La interpretación del artículo 93 del Código Penal por el proyecto de ley en análisis, posibilita la clara determinación y precisión de los alcances de dicho enunciado legal, sin alterar en nada su contenido habitual de aplicarse a delitos comunes, como fue el objeto y fin de la norma al dictarse. Dicha norma nunca tuvo por objeto su aplicación a crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, ya que tal categoría de crímenes no existía al momento de su generación en 1874.

Dicha interpretación del artículo 93 del Código Penal, no atenta contra el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que *el carácter de ius cogens de los principios que obligan a investigar, enjuiciar y sancionar los delitos de lesa humanidad tiene vigencia anterior a los hechos imputados, lo que obliga a desestimar el planteo de supuesta violación del principio de irretroactividad y de legalidad.*

Como señaló la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de los “guardianes del muro”, dichas conductas constituían delitos

definidos con suficiente accesibilidad y previsión por los tratados internacionales, y que el derecho a la vida y a la libertad se encontraban protegidos, entre otros instrumentos, por el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, ratificado por la ex República Democrática Alemana en el año 1974, con anterioridad a los actos imputados, descartando cualquier violación de los principios de legalidad e irretroactividad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso de las Hermanas Serrano” ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, por considerar que *dichas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, en la década de los setenta del siglo XX*²⁷.

La imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad se encuentra asumido por el Estado chileno al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2 establece una *excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, si los hechos al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales reconocidos por la comunidad internacional* (crímenes iuris gentium).

La doctrina emanada también del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señala la insuficiencia de la mera derogación de las leyes de amnistía o auto perdón determinando que: *“Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de los autores”*²⁸.

A su vez, en el plano de Naciones Unidas, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Impunidad, Louis Joinet, ha precisado que la situación de *impunidad surge del hecho de que los estados dejan de cumplir la obligación de investigar y adoptar, especialmente en el ámbito de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y, en su caso, castigados*²⁹.

La modificación de la prescriptibilidad no implica cambio alguno en el carácter de ilícito penal que el autos tuvo en cuenta al momento de desarrollar el acto o conducta delictiva que se analiza (homicidios, ejecuciones extrajudiciales, torturas, secuestros), por lo que no se sanciona por actos que hubieren sido lícitos al momento en que ellos se cometieron, ni tampoco se aplican penas mas graves a las que correspondían en dicho momento. Asimismo, no hay frustración en la seguridad del derecho garantizada a todo ciudadano que cumple fielmente las normas jurídicas del Estado, ya que la prescripción de la acción

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Serie C N° 118, sentencia de tres de noviembre de 2004, párrafo 104. *Caso Velásquez Rodríguez*, Serie C N°4, de 29 de julio de 1988.

²⁸ Sesión 1893 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 1° de Noviembre de 2000, párrafo 9°. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3/11/2000 CCPR/CO/70/ARG.

²⁹ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

penal no es posible considerarla como una expectativa al momento de cometer los delitos, ni mucho menos puede ser considerada una especie de garantía constitucional.

El deber estatal de sanción existía en Chile al momento de cometidos los hechos delictuales (entre septiembre de 1973 y la dictación del D.L. de Amnistía en 1978), tanto de acuerdo con el derecho interno como en el derecho internacional vinculante para Chile, el que establece imperativamente el castigo de dichas conductas como la protección de las víctimas frente a disposiciones del derecho local que eviten la persecución de sus autores.

No debe olvidarse que el Estado de Chile y sus órganos (Gobierno, Congreso Nacional, tribunales de justicia, entre otros) deben cumplir de buena fe las obligaciones emanadas del derecho internacional, más aún cuando se trata de asegurar un estándar mínimo de garantía de derechos humanos, los cuales según nuestra Carta Fundamental, artículo 5° inciso 2°, constituyen límites a la soberanía, por lo tanto, límites a la actuación de los poderes instituidos.

El artículo 5° inciso 2° de la Constitución no constituye una disposición programática, es una regla constitucional de aplicación directa e inmediata, de acuerdo con la cual debe interpretarse todo el ordenamiento jurídico nacional, la que exige a los órganos del Estado como “deber” y no como facultad, “respetar” y “promover” los “derechos”, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

El límite de la soberanía y de la potestad de los órganos instituidos está en los derechos fundamentales o humanos, ellos están contenidos en normas jurídicas como son la Constitución y el derecho convencional internacional, además del *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, son tales derechos los que deben ser respetados y promovidos, vale decir, los órganos del Estado no pueden realizar actos que vayan en su detrimento, como asimismo, tienen la obligación positiva de promoverlos, desarrollando las normas y actos jurídicos necesarios para su efectiva vigencia. Toda acción contraria constituye la vulneración de un deber constitucional expresamente establecido.

Debe tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la interprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados Parte se han obligado a cumplir las sentencias de dicha Corte como obligación de resultado. Asimismo, los derechos internos de cada Estado Parte en materia de derechos debe entenderse y aplicarse de acuerdo al estándar mínimo fijado por ella, de allí la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos para los órganos de los Estados Parte de adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones emanadas de la Convención, garantizando adecuadamente la protección de los derechos cuyo contenido esencial está configurado por dicho estándar mínimo.

Con este proyecto el Estado de Chile cumple una parte del fallo *Almonacid Arellano vs Estado de Chile*, ya que la otra parte del cumplimiento corresponde a los tribunales de justicia chilenos, los que deberán seguir (doctrina del seguimiento) los principios determinados por el fallo en la resolución de los

próximos casos, como asimismo, posibilitar que un juez natural conozca, resuelva y sancione el crimen de lesa humanidad del señor Almonacid Arellano.

9. Necesidad de establecer una normativa legislativa que permita revisar fallos de jurisdicción interna que implican responsabilidad por vulnerar derechos humanos.

Asimismo, pensando en la protección y garantía efectiva de los derechos precisados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es imprescindible que el legislador se preocupe de aprobar una normativa sobre cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posibilitando revertir los fallos en jurisdicción interna que sean considerados vulneradores de derechos humanos. Con ello se asegura el efectivo cumplimiento de las sentencias de acuerdo al artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En Europa ya hay diversas legislaciones estatales sobre la materia. Sólo a manera ejemplar pueden señalarse los siguientes casos:

a) Malta. Ley XIV de 19 de agosto de 1987, sección sexta.

Toda sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos afectada de declaración de jurisdicción por parte de Malta, puede ser ejecutada por el "Tribunal Constitucional de Malta, de la misma forma que las sentencias dictadas por este Tribunal y ejecutables por él". Para ello debe formularse una demanda ante el Tribunal Constitucional, que debe notificarse al Fiscal General solicitando que se ordene la ejecución de tal sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Antes de dictar sentencia sobre dicha demanda, el Tribunal Constitucional debe examinar si dicha sentencia sobre la que se pide ejecución está amparada por el reconocimiento maltés de jurisdicción de la Corte Europea. Si el referible al supuesto maltés de jurisdicción, el Tribunal Constitucional debe ordenar la ejecución de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

b) Luxemburgo. Ley de 30 de abril de 1981.

El Código de Procedimiento Criminal, en su artículo 443.5, determina que una persona tiene derecho a que se revise su causa cuando la Corte Europea de Derechos Humanos ha decidido que su condena ha sido emitida en contravención del Convenio Europeo de Derechos. En tal perspectiva, las sentencias de la Corte Europea adquieren carácter ejecutivo en derecho luxemburgués, en cuanto afecten a una causa penal.

c) Suiza. Ley de revisión de la administración federal de justicia de 29 de mayo de 1985.

El artículo 139 de la Ley establece que "serán admisibles las demandas de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de un tribunal inferior si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa hubiera aceptado las alegaciones de una reclamación

individual denunciando una infracción del Convenio ... o uno de sus protocolos, y si la reparación no pudiere ser obtenida por otros medios”.

d) Bélgica.

El Código de Procedimiento Criminal, en su artículo 441, otorga al Fiscal General la facultad de denunciar ante la Corte de Casación las sentencias definitivas de tribunales belgas contrarias a derecho, el cual establece la reapertura de la causa, en forma similar a lo que ocurre en Austria.

El Código de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1088, posibilita al ministro de Justicia denunciar sentencias realizadas con exceso de poder ante el Tribunal de Casación.

Estos son solo algunos ejemplos de legislación comparada que ha permitido la ejecución de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos en dicho continente, los cuales pueden servir de antecedentes para redactar la disposición legal pertinente en el caso chileno.

Por su parte, **el profesor de Derecho Penal, don Jean Pierre Matus** señaló que el proyecto de ley en discusión pretende “cumplir con lo resuelto por la “Corte Interamericana de Derechos Humanos” en el caso Almonacid, cuyo fallo de 26 de septiembre del corriente, dispone, en lo pertinente, que:

“5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables...

“6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile...”.

Sobre el particular, el profesor Matus estimó de absoluta necesidad introducir alguna modificación legal que impida se siga considerando al Estado de Chile como incumpliendo la normativa internacional a que estamos sometidos, según lo declaró la misma sentencia recién citada.

En efecto, una de las preocupaciones del CIDH es que las sentencias en Chile tienen *efecto relativo*, y por tanto, aunque reconoce que la jurisprudencia desde 1998 no aplica el D.L. 2.191, tal como lo informó en su calidad de perito en la audiencia pública respectiva³⁰, señaló:

“Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer la exigencia del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente (Considerando 121).”.

Ante esta aprehensión, y con independencia de lo ajustada a derecho o no que nos parezca la sentencia del caso *Almonacid*, parece ser absolutamente necesario un acto del Estado que ponga término a los temores de la CIDH, que “encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma” (Considerando 122).

En cuanto a los efectos de una regulación como la propuesta en el proyecto de ley informado, en el entendido de que la Comisión está de acuerdo con la idea de legislar para adecuar nuestra normativa interna a nuestras obligaciones emanadas del Derecho internacional vigente y, particularmente al mandato de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid*, corresponde en este lugar preguntarse si el propósito que se persigue se consigue eficazmente con la norma interpretativa del artículo 93 del Código Penal, ya aprobada, y sus indicaciones que, en general, representan mejoras técnicas sobre la misma idea: declarar que las causales de extinción de la responsabilidad penal de amnistía y prescripción no son aplicables a los delitos contemplados en la legislación nacional que puedan considerarse, conforme al Derecho Internacional, crímenes de guerra o de lesa humanidad.

A este respecto, señaló que el conjunto de las aprehensiones manifestadas por el Instituto Libertad y Desarrollo recogidas en el primer informe de esta Comisión no apuntan sólo a divergencias “políticas” con el proyecto de ley (desde luego, en dicho informe se reconoce la imposibilidad de amnistiar tales delitos o de que éstos puedan prescribir), sino a aspectos “técnicos” que pueden ser perfectamente planteados ante los órganos jurisdiccionales competentes, los cuales, según su composición ocasional, podrían o no acogerlos sin infringir la normativa propuesta en caso de que ésta llegase a ser ley, dado que el proyecto y sus indicaciones no declaran directamente al D.L. 2.191 fuera de nuestro sistema jurídico ni que los delitos cometidos por los

³⁰ El Informe completo está en MATUS A., Jean Pierre. “Informe pericial ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos, sobre aplicación jurisprudencial del D.L. 2.191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 2006”. *Ius et Praxis*. Año 12, n° 1, p. 275-296.

agentes del Estado entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990 deben considerarse imprescriptibles.

Las principales vías de ataque a la operación práctica del proyecto propuesto y sus indicaciones, son las siguientes:

1.- Efectos de la ley en el tiempo.

Respecto de la amnistía, la ley interpretativa habría de considerarse vigente desde la fecha de dictación del Código, esto es, 1874, y con carácter general. Luego, nada impediría que una ley posterior y específica, estableciera otra cosa. Y ese sería precisamente el caso del D.L. 2.191.

Además, una ley interpretativa, conforme a lo dispuesto en el art. 9º del Código Civil, no afecta a los procesos ya afinados y, por esta vía, indirectamente, no sólo se le estaría dando valor al D.L. 2.191, sino se infringiría directamente la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, que exige, como se ha citado, que se adopten las medidas para que el D.L. 2.191 no constituya un obstáculo para investigar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de ese año.

2.- La cuestión de constitucionalidad y la amnistía.

A lo anterior cabe agregar que si lo que se pretende es sustraer la nueva norma del debate de la retroactividad (resuelto en el informe del Profesor Nogueira), dándole valor superior a la interpretación del artículo 93 por sobre disposiciones posteriores y especiales, como sería el D.L. 2.191, el proyecto de ley parece estarse arrogando pretensiones de superioridad normativa que parecen corresponder únicamente al Constituyente y, en ese sentido, la crítica manifestada por el Instituto Libertad y Desarrollo de que una disposición de esta naturaleza debería ser materia de reforma constitucional (art.63 N° 16 CPR), podría fundamentar un recurso ante el nuevo Tribunal Constitucional y una sólida defensa ante los Tribunales Ordinarios.

3.- La cuestión del derecho internacional “vigente en Chile” y de los hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad y la prescripción.

Por otra parte, superados los obstáculos anteriores, no se debe descartar la posibilidad, ya planteada en algunos fallos aislados de nuestros Tribunales Superiores, de discutir si al 11 de septiembre de 1973 se encontraba o no “vigente en Chile” la Convención de 1968 que declaró imprescriptibles los crímenes de guerra y contra la humanidad, la cual no ha sido todavía ratificada por nuestro Estado, 15 años después de la restauración democrática. Este aspecto técnico es muy importante, pues una cosa es que conforme al Derecho internacional público esa vigencia sea indiscutible y otra que también lo sea en el derecho interno, particularmente si en la ley interpretativa se hace referencia a los tratados “vigentes en Chile”.

Debemos aceptar que el ordenamiento interno pueda ser divergente de la regulación internacional, lo que precisamente es la fuente de la responsabilidad internacional del Estado, particularmente en este caso, conforme a la expresa declaración de la Corte Interamericana de Justicia.

Además, aún aceptando la vigencia del Derecho internacional entre nosotros y, particularmente, de las Convenciones de Ginebra III y IV, es posible, como han hecho ya algunos fallos aislados, discutir si nos encontramos al 11 de septiembre de 1973 ante un conflicto armado no internacional y cuáles serían precisamente las obligaciones que ello impone, dadas las limitaciones de los artículos 3° de cada una de dichas convenciones, respecto de las obligaciones de los Estados Parte en tales casos. Bastaría con declarar, como se ha hecho, que no estábamos ante un conflicto armado no internacional y, por tanto, no son aplicables las reglas del Derecho internacional al respecto, particularmente las prohibiciones de amnistía y prescripción.

Otro tema al que hizo referencia es que el verdadero problema es la invalidez *ab initio* del D.L. 2.191 y la *imprescriptibilidad* de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos ocurridas en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.

Sobre ello es necesario considerar lo siguiente:

1.- La naturaleza del D.L. 2.191 y su aplicabilidad en el derecho chileno

El citado D.L. establece lo siguiente:

“Artículo 1°- Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2°- Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

Artículo 3°- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

Artículo 4°- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieran responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

Artículo 5°- Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 81, de 1973, para reingresar al país.”

Este Decreto Ley fue dictado por la autoridad de hecho que había asumido el “Mando Supremo de la Nación”, según el D.L. N° 1 de 11.09.1973, arrogándose los poderes ejecutivo, legislativo y constituyente, sin sujeción a la hasta entonces vigente Constitución Política de 1925.

Al momento de su dictación se encontraban vigentes en el ámbito internacional y suscritos y vigentes en Chile los Convenios de Ginebra III y IV, de 12 de agosto de 1949, sobre tratamiento de los prisioneros de guerra y sobre protección de civiles en tiempos de guerra, promulgados por decreto No. 752 publicado entre el 17 y el 20 de abril de 1951. Además, se había suscrito recientemente por Chile, con fecha 12 de diciembre de 1977, el Protocolo II de dichos Convenios, acordado el 8 de junio de 1977 en Ginebra por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los Conflictos Armados, sobre “Conflictos Armados de Carácter no Internacional”. Este Protocolo fue aprobado por el Congreso Nacional en 1990 y promulgado por Dto. 752 de 28.10.1991.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este D.L. 2.191 es contrario, desde su origen al Derecho internacional vigente en ese momento, dado que la amnistía no sería admisible por crímenes de lesa humanidad, como serían los asesinatos, torturas y secuestros cometidos por agentes del Estado en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990, “cometidos dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil” (Considerandos 103 a 109).

Sin embargo, estas categóricas afirmaciones deben matizarse, pues si bien podemos estar de acuerdo en la conclusión, respecto de que el D.L. 2.191 es contrario al Derecho Internacional vigente en el momento de su dictación y, por tanto, inoponible como excusa para dejar de cumplir las obligaciones del Estado, según la Convención de Viena de los Tratados de 1969; no lo estamos en cuanto a que cualquier amnistía (no sólo el D.L. 2191, sino cualquier otra) sería, *per se*, contraria al Derecho Internacional vigente.

En efecto, lo que se consideraba y se considera contrario al Derecho Internacional, vigente a la época de dictarse el D.L. 2.191 y ahora, es según los artículos 131 y 148 de los Convenios III y IV de Ginebra, aplicables a los prisioneros de guerra y los civiles, que:

“Ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte Contratante de responsabilidades

incurridas por ella o por otra Parte Contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, esto es, “homicidio intencional (adrede), tortura o tratos inhumanos.”

Tal es precisamente el caso del D.L. 2.191, el cual, según el Informe Valech, aunque había sido:

“Esgrimido por sus partidarios como un elevado aporte a la pacificación de una sociedad dividida en el pasado, en la práctica buscaba preservar en la impunidad las anteriores violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o personas a su servicio, aun cuando ese fin también haya supuesto beneficios para personas identificadas con el gobierno de la Unidad Popular o la disidencia política. El ministro del Interior de la época, al referirse a esta ley en un discurso pronunciado el 15 de junio de 1978, definió cuál era la posición oficial respecto a los “excesos” previos y a sus responsables: “Es necesario que el país comprenda que derrotar una subversión violenta y organizada, [...] constituye un desafío que ha exigido la acción constante, abnegada y preventiva de los organismos de seguridad, en términos que ella no puede ser enjuiciada pretendiendo aplicarle criterios propios de una época de normalidad”³¹.

Al respecto, ya en 1925 la Corte Internacional de Justicia de la Haya había resuelto que “nadie puede ser juez de sus propios actos” y, conforme a este principio, al Art. II. 5 de la LCC 10 dispuso que no podía alegarse como defensa en los juicios contra los nacionalsocialistas las amnistías y cualquier excepción de punibilidad otorgadas por el régimen Nazi, fuentes que “en realidad, hacen evidente que el derecho internacional no reconoce en principio las auto amnistías decretadas por los ex gobernantes o dictadores”³².

Otra cosa es la dictación, una vez cesadas *efectivamente* las hostilidades o, después de impuestas las condenas por los hechos, de *amnistías, reducciones de condena o indultos* por parte de las autoridades legítimas, particularmente si provienen de los cuerpos legislativos democráticamente electos.³³ De hecho, todos los condenados sobrevivientes de los Juicios de Nüremberg vieron reducidas sus condenas por la gracia del Alto Comisario Americano para Alemania Occidental, en resoluciones de 12.12.1949 y de 31.01.1951.³⁴

³¹ Informe, p. 203.

³² **Ambos 1999**. *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires 1999, p. 130. El fallo que se cita es el de la Opinión Consultiva sobre el Tratado de Luisiana (que regulaba las fronteras entre Irak y Turquía).

³³

³⁴ En ambos casos es posible afirmar que se trataba de formas de *amnistías impropias*, por afectar sólo las penas ya impuestas (**Politoff/Matus/Ramírez 2004a**, p. 575). Este no es el caso de nuestro criollo D.L. 2.191 de 1978, según ya se explicó arriba en el texto, al contrario de lo que opina la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, **Clara Szczaranski C. 2003**. *El perdón social*, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 10 (diciembre 2003), para quien si se aplica el D.L. 2.191 en la forma de amnistía impropia, esto es, para liberar de la pena a quienes resulten condenados por los delitos que pretende cumplir, no se infringiría ninguna disposición de derecho interno o internacional.

Este es el sentido del Art. 5.5. del Protocolo II de las Convenciones de Ginebra, específicamente referido a los conflictos no internacionales, el cual fue acordado y suscrito por Chile en diciembre de 1977, pero que no entró a regir (en el derecho interno) sino hasta 1991. Según dicha disposición:

“5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

A este respecto, cabe añadir que aunque fuese discutible la legitimidad del Gobierno de la época, dado que su reconocimiento internacional no estaba en duda e incluso suscribió precisamente el Protocolo citado, y se afirmase su capacidad para dictar actos legislativos (la propia Constitución de 1980 es un Decreto Ley, No. 3.465), lo que debería examinarse es si el D.L. 2.191 cumpliría con las condiciones previstas en el Protocolo II de las Convenciones de Ginebra para ser calificado de legítimo o se parece más bien a los actos que procuran la inmunidad de quienes los dictan.

Si efectuamos un análisis material del D.L. 2.191 descubriremos que, efectivamente, no está concebido en los términos permitidos por el Protocolo II, sino en los términos prohibidos por el Derecho internacional. En efecto:

a) No extiende su aplicación a quienes se encontraban procesados al 11 de marzo de 1978, en un momento en que los Tribunales se encontraban bajo control directo o indirecto del Gobierno al momento de su dictación (esto es, opositores al régimen), según su Art. 1º;

b) Aunque concede la amnistía a los condenados por “tribunales militares” entre el 11 de septiembre y el 10 de marzo de 1978 (art. 2º), a quienes dichos tribunales habían condenado a extrañamiento, esto es, al exilio, no les permite volver al país, sometiéndolos al régimen de autorización por el Ministerio del Interior (art. 5º); y tampoco beneficia a quienes sólo estaban “procesados” (en juicio) por dichos tribunales (Art. 1º);

c) No extiende su aplicación a ciertos delitos especiales de que se acusaban a los funcionarios del Gobierno derrocado (malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, art. 3º).

Por lo tanto, efectivamente el D.L. 2.191 es ilegítimo, tanto en su origen, finalidad y materialidad y no puede ser aplicado por nuestros Tribunales sin que nuestro Estado infrinja obligaciones internacionales reconocidas con anterioridad a su dictación.

En efecto, ya hemos señalado que, conforme al Derecho de los Tratados, no puede esgrimirse el derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales, a lo que debemos agregar que el Derecho Internacional, en cuanto contiene normas para cuya aplicación no es necesaria

una implementación adicional, como sucede con los citados artículos 131 y 148 de las Convenciones de Ginebra III y IV, respectivamente, las cuales además sí estaban vigentes en Chile en 1978 (y por tanto, no podían ser desconocidas por el Gobierno sin previa denuncia de los Convenios), es directamente aplicable por los tribunales chilenos, según desde antiguo ha declarado el propio Andrés Bello:

“La legislación de un Estado no puede alterar el derecho de gentes, de manera que las alteraciones obliguen á los súbditos de otros Estados; y las reglas establecidas por la razón ó por consentimiento mutuo, son las únicas que sirven, no solo para el ajuste de las diferencias entre soberanos, sino también para la administración de justicia de cada Estado en todas aquellas materias que no están sujetas á la legislación doméstica”.³⁵

2.- El problema de la prescripción.

En un *ober dictum*, la sentencia del CIDH que se cita como fundamento del proyecto de ley hace referencia a que tampoco se debiera admitir el alegato de la prescripción, tratándose de hechos cometidos durante el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, pues se obtendría por esta vía el mismo efecto que por aplicación del D.L. 2.191, esto es, la impunidad de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en ese período (Considerando 114).

Al respecto, cabe señalar que la calidad de *imprescriptibles* de los *delitos contra la humanidad* se encuentra *reconocida* ya desde el Estatuto de Nuremberg³⁶, y naturalmente en la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 1968³⁷. Sin embargo, como la citada Convención sobre la imprescriptibilidad de tales delitos no ha sido ratificada por Chile, podría alegarse una suerte de aplicación de la *analogía in bonam partem* para extender las reglas de prescriptibilidad del derecho interno a los crímenes contra el Derecho internacional cometidos en Chile³⁸.

Sin embargo, *desde el punto de vista del Derecho internacional*, el que Chile haya suscrito o no esta Convención no es oponible a la norma de *ius cogens* que establece ese carácter a esta clase de delitos. En efecto, amén de las fuentes antes citadas, en su *Preámbulo*, la propia *Convención sobre la imprescriptibilidad* aclara que su función es únicamente reconocer o declarar la regla de derecho internacional ya existente, según la cual “en ninguna de las

³⁵ BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Paris: Garnier Hnos., 1844, p. 19.

³⁶ Cfr. Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal; la Resolución 488 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1950, "Formulación de los principios de Nuremberg"; y las Resoluciones 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

³⁷ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

³⁸ Sobre estas reglas, cfr. **Gonzalo Yuseff S. 1994. *La prescripción penal*, 2ª ed., Santiago 1994, *passim*.**

declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”,

En su Art. I b) remarca este principio al afirmar que “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946”.

Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de “carácter simplemente declarativo... pues las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”³⁹.

La cuestión se plantea también en la jurisprudencia analizada por el Profesor Kai Ambos, particularmente en el caso *Barbie*, seguido en Francia, por haber el acusado realizado “actos inhumanos y de persecución... cometidos de forma *sistemática*, no solamente contra personas en razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también a quienes eran adversarios políticos”. El Tribunal de Casación francés declaró que esos hechos “constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad, en el sentido del Art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg” (p. 193). Por lo tanto, no afecta al principio de irretroactividad de la ley penal la aplicación de esta regla del derecho internacional, con independencia de que la fecha en que la ley francesa, para efectos del cumplimiento de los compromisos internacional de Francia, “reconoció la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad” (en este caso, el 26.12.1964)⁴⁰.

Si a lo anterior agregamos, como bien señala el Profesor George P. Fletcher, que si bien es cierto que las personas tienen derecho a saber lo que está sancionado penalmente en el momento que deben decidir el curso de sus actos, no lo es menos que no parece moralmente admisible sostener que ellos puedan “contar” en ese momento con un cierto derecho a sustraerse de la acción de la justicia un tiempo determinado;⁴¹ podemos concluir que nos encontramos en similar situación a la descrita con respecto a la amnistía: el plazo interno de prescripción, aunque no ha sido fijado por el régimen militar, sino por el Código de 1874, no puede invocarse como defensa válida respecto de hechos que el Derecho Internacional ha declarado, con posterioridad a 1874, pero con anterioridad a los hechos que originan este proyecto de ley, que ellos “han prescrito”: tal alegación no encuentra fundamento en el Derecho nacional.

³⁹ “Cuarto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172.

⁴⁰ Ambos, 2004, p. 196.

⁴¹ Fletcher 1997, p. 30s

En estos casos, una ley simplemente declarativa de dicha imprescriptibilidad no podría ser objetada desde el principio de la irretroactividad de la ley penal, pues los propios tratados internacionales que establecen este derecho lo limitan para los crímenes contra el Derecho Internacional, en tanto nuestra Constitución sólo lo hace extensivo al hecho de que la conducta está previamente sancionada y la pena a imponer, no afectando el término de prescripción, como expresamente se reconoce en el inciso final del art. 250 del Código Procesal Penal de 2000, según el cual: “El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1º [muerte] y 2º [cumplimiento de condena] del artículo 93 del Código Penal”

Finalmente, concluyó que una norma como la propuesta y sus indicaciones, aunque constituye un avance importante en la discusión de la materia, es insuficiente para dar cumplimiento al requerimiento de la Corte Interamericana de eliminar formalmente de nuestro sistema al D.L. 2.191 y, además, no asegura que su discusión esté ajena al control de constitucionalidad ni que de ser aprobada, los Tribunales de justicia dejen de aplicar, según su composición ocasional, la amnistía y la prescripción.

Sugirió estudiar la posibilidad de proponer una indicación que agregue al artículo único propuesto dos artículos adicionales que declaren precisamente lo que se pretende hacer:

a) Que en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, es y se declara absolutamente nulo el D.L. 2.191 y los actos jurídicos fundados en sus disposiciones; y

b) Que en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, son y se declaran imprescriptibles los delitos cometidos por agentes del Estado entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, descritos como una forma masiva y sistemática de violaciones a los derechos humanos en los Informes Rettig y Valech.

Por su parte, la **Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos**, representada por su Presidente, doña Lorena Pizarro, señaló que su organización debió concurrir en repetidas oportunidades ante el Congreso Nacional para expresar su oposición a proyectos de ley que tenían por objeto consagrar la impunidad en el país para los violadores a los Derechos Humanos.

Por ello, señaló que es particularmente satisfactorio para ellos que se les haya invitado a participar en la discusión de un proyecto de ley como éste.

Hizo presente que el fallo emitido por la Corte Interamericana de Justicia considera que es inaceptable que se aplique en el país el Decreto Ley de Amnistía, del año 1978.

Ese tribunal internacional otorga la razón a lo que ha sostenido la Agrupación desde un principio.

Agregó que cuando se enteraron que en España se había abierto una causa en contra de Augusto Pinochet, enviaron un dossier de información de cada uno de los detenidos desaparecidos que existe en el país. Muchas personas en ese momento les dijeron que dicha gestión no tenía sentido, porque todo ello terminaría en nada. Lo mismo les decían cuando presentaban recursos de amparo durante la Dictadura Militar.

Como es por todos sabido, Pinochet finalmente fue detenido en Londres, hecho que permitió que aquí en Chile se iniciaran juicios en contra de los violadores de Derechos Humanos, al menos respecto de quienes participaron en la detención y posterior desaparición de personas.

Sin embargo, recalcó que además de los detenidos desaparecidos, en Chile también existen muchos ejecutados políticos que hoy no tienen justicia.

Los tribunales de justicia han acogido la tesis del secuestro respecto a los detenidos desaparecidos, lo que ha permitido que se les haga justicia. Con todo, las causas judiciales referidas a los ejecutados políticos no registran mayor avance, en circunstancias que esos delitos también constituyen crímenes contra la humanidad.

Para que hechos como ese no se repitan es necesario que los responsables sean juzgados y sancionados.

Hoy sólo existen veinte agentes de la Dictadura cumpliendo condena, número ínfimo si se considera la magnitud de las violaciones a los Derechos Humanos cometidas en el país.

Asimismo, hoy existen cerca de cuatrocientas causas abiertas en los tribunales de justicia. Por su parte, el Estado ha reconocido que existen cerca de treinta y dos mil víctimas.

Informó que hoy se sigue aplicando la ley de amnistía. El mejor ejemplo de ello es el juez Víctor Montiglio.

Añadió que este proyecto ayudará a evitar la impunidad. Aquellos jueces que creen que pueden seguir aplicando la ley de amnistía encontrarán una señal que los llama a detenerse.

Hizo presente que los diputados de la Concertación están de acuerdo en legislar sobre esta materia. Sin embargo, la Alianza por Chile continúa oponiéndose a iniciativas como éstas.

Joaquín Lavín afirmó que él no sabía lo que pasaba en el país y que le horroriza lo que ocurrido.

Por ello, para evitar que hechos como ese ocurran en el futuro es necesario apoyar esta moción.

Añadió que valoró la actitud de la diputada Karla Rubilar, quien fue la única diputada de oposición que votó a favor de este proyecto de ley en la Sala de la Cámara.

Agregó que para ellos es muy importante que este proyecto sea apoyado transversalmente, a fin de que se demuestre que es todo el país el que rechaza los crímenes que se cometieron durante la Dictadura.

Iniciada la discusión particular la señora Rubilar y los señores Accorsi, Aguiló; Ascencio; Bustos; Díaz, don Marcelo; Farías; Jiménez; Ojeda y Silber formularon indicación para sustituir el artículo único por el siguiente:

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

Sometida a votación la indicación se aprobó por nueve votos a favor, uno en contra y una abstención.

Votaron a favor la señora Rubilar, doña Karla y los señores Accorsi, Ascencio, Bustos, Díaz; Farías; Jiménez; Ojeda y Silber.

Votó en contra el señor Von Mühlenbrock.

Se abstuvo el señor Salaberry.

V.- ARTÍCULOS NUEVOS INTRODUCIDOS.

No existen normas en tal sentido.

VI.- ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA.

No existen normas en tal sentido.

VII.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADOS.

Se encuentran en esta situación las siguientes indicaciones:

1.- De la señora Muñoz, doña Adriana y los señores Accorsi, Ascencio, Aguiló, Bustos, Duarte, Leal, Lorenzini, Jarpa, Jiménez y Paredes para sustituir el artículo único por el siguiente:

“Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se contemplan en el artículo 93 del Código Penal, en el sentido de que deberá entenderse que no será aplicable a los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra conforme a las normas internacionales que obligan al Estado de Chile.”

2.- De los señores Espinosa, don Marcos; Jarpa; Meza; Pérez; Sule y Venegas para sustituir el artículo único por el siguiente:

“Artículo único.- La interpretación de las causales contenidas en los números 3, 4, 6 y 7 del artículo 93 del Código Penal no podrá desconocer las obligaciones internacionales del Estado de Chile, especialmente cuando determinan la imprescriptibilidad y el carácter inamnistiable de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.”

3.- Del señor Ascencio, para reemplazar en el artículo único la frase “en los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes” por “en las normas internacionales que vinculan a Chile.”

VIII.- DISPOSICIONES LEGALES QUE EL PROYECTO MODIFIQUE O DEROGUE.

Se encuentra en esta situación el artículo 93 del Código Penal.

IX.- TEXTO ÍNTEGRO DEL PROYECTO TAL COMO HA SIDO APROBADO POR LA COMISIÓN.

Por las razones señaladas y por las que expone oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el siguiente:

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

derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”

**Se designó como Diputado Informante al señor
Bustos, don Juan.**

Sala de la Comisión, a 8 de noviembre de 2006.

Tratado y acordado según consta en el acta correspondiente a la sesión de 8 de noviembre de 2006, con la asistencia de la Diputada señora Rubilar, doña Karla y los Diputados señores Accorsi, don Enrique; Ascencio, don Gabriel; Bustos, don Juan; Chahuán, don Francisco; Díaz, don Marcelo; Farías, don Ramón; Jiménez, don Tucapel (Presidente); Ojeda, don Sergio; Salaberry, don Felipe y Von Mühlenbrock, don Gastón.

JUAN PABLO GALLEGUILLOS JARA
Abogado Secretario de la Comisión