

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° 3345-07-1
BOLETÍN N° 3959-07-1**

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía viene en informar, en primer trámite constitucional y primero 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.

I.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1) La idea matriz o fundamental del proyecto es la de precisar el sentido y alcance de las normas del derecho interno o nacional que dicen relación con la extinción de la responsabilidad penal, a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

2) Normas de carácter orgánico constitucional.
No hay.

3) Normas de quórum calificado.
No hay.

4) Requiere trámite de Hacienda.
No.

5) El proyecto fue aprobado en general y particular por 7 votos a favor y 2 en contra, en su sesión 31^a de fecha 18 de octubre del año en curso.

Votaron por la afirmativa los señores Accorsi, Aguiló, Farías, Ojeda, Olivares, Paredes y Silber.

Por la negativa votaron los señores Salaberry y Von Mühlenbrock.

6) Se designó Diputado Informante al señor Bustos, don Juan.

I.- ANTECEDENTES GENERALES.

Cabe hacer presente que la Comisión, al inicio de la discusión de la moción de los Diputados señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Saffirio, Ascencio y Rossi y de los ex Diputados señores Navarro, Riveros y Tapia, acordó discutirlo conjuntamente con la moción 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, cuyos autores son la Diputada señora Soto, doña Laura y los Diputados señores Leal y Bustos.

Dicho acuerdo se adoptó en virtud de que ambas iniciativas pretenden resolver el conflicto que se genera entre los llamados “crímenes de lesa humanidad”, los que se caracterizan por no ser susceptibles de la aplicación de amnistía, indulto o prescripción como formas de extinguir la responsabilidad penal y la existencia en nuestro país de mecanismos de extinción de ella, que se han aplicado en forma específica y directa a esta clase de crímenes, como ocurre con la llamada “ley de amnistía”. Por estas razones, y por observarse en ambas mociones, en líneas generales, una unidad de fundamentos y objetivos es que se ha acordado su trato en conjunto.

1.- Fundamentos de las mociones.

La moción presentada por los señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Saffirio, Ascencio y Rossi y de los ex Diputados señores Navarro, Riveros y Tapia sostiene que se ha entendido como causas de extinción de responsabilidad penal al “conjunto de circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y destruyen la acción penal o la pena”, pues si la responsabilidad penal es el corolario jurídico de la reunión, en un acto determinado, de todos los elementos del delito, tales circunstancias la suprimen en lo que tienen de característico y la materializan, esto es, la obligación del delincuente de sufrir una pena. No obstante lo anterior, las reflexiones dogmáticas señalan importantes limitaciones a su aplicación y el caso más importante estado por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Por ello, afirman los autores, es que mediante el proyecto en informe, se pretende dictar una norma interpretativa para precisar el verdadero sentido y alcance de las actuales normas internas que dicen relación con la extinción de la responsabilidad penal a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

Agrega la moción que a partir de la segunda mitad del siglo pasado surge una vigorosa noción en el Derecho Internacional Público, tendiente a salvaguardar la protección Internacional en materia de Derechos

Humanos, como una forma de respuesta a los horrores de la criminalidad del Estado, pues las tradicionales formas de imputación existentes a la fecha no estaban en condiciones de responder a delitos como el genocidio, crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, entre otros, que en palabras de Zaffaroni: “cobraron particular impulso dentro del derecho internacional público el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, con considerable grado de autonomía”.

En este contexto, y sobre la base del principio de universalidad que emana del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, es que la jurisdicción nacional se extiende a los delitos contemplados en la Convención sobre Prevención y sanción del delito de Genocidio (1953) y en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratamientos crueles humanos y degradantes (1984). En estos casos, aun si se trata de un delito que no tiene su equivalente preciso en la legislación nacional -como el genocidio-, no podría excusarse el juez de inculpar por falta de *lex certa*, ya que el homicidio calificado, la aplicación de tormentos, las lesiones corporales, el secuestro y demás delitos comunes, comprendidos en la definición del genocidio, si están previstos por la legislación nacional, así como las reglas aplicables para el concurso de delitos, lo decisivo es que el tratado internacional obligue al Estado a la persecución del hecho, aunque cometido fuera de sus fronteras y no solamente a tipificarlo en la legislación interna.

Este es el criterio que ha seguido la Sala Penal de la Corte Suprema, al otorgar plena aplicación a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pues ha señalado que: “los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa renuncia de los Convenios respectivos”.

El presente proyecto busca establecer claramente un asunto de orden semántico en relación a la interpretación de las leyes penales y el Derecho Internacional Penal, referidas a un especial grupo de conductas delictivas, de las peores que la historia de la humanidad conoce, aquellas que encierran la máxima cobardía y que se refieren a la utilización de la organización del Estado en la modalidad de aparatos de seguridad encargado de la represión de la disidencia, bajo el reiterativo y burdo pretexto del enemigo interno, que, en palabras del jurista Carl Schmitt: “la necesidad de pacificación interna conduce al Estado (el que como unidad esencialmente política corresponde el *ius belli*) a decidir por sí mismo mientras subsista, quién es el enemigo interno”.

Este actuar antijurídico a que se hace referencia y que a partir de un jefe del aparato de poder es quien tiene el dominio del hecho en la realización de los delitos. El profesor Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, pero es en el dominio de voluntad el que adquiere relevancia en este contexto, donde se puede distinguir: si éste es por coacción, error o en virtud de aparatos organizados de poder. Esta última modalidad que también se denomina dominio por organización, consiste en: “el modo de funcionamiento específico del aparato que está a

disposición del hombre de atrás, quién “tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”.

De esta manera el autor mediato sufre una importante revisión, pues Roxin cree posible indicar otra forma en que no hay miedo, no hay engaño y es el caso del “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”; se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan para una organización jerárquicamente organizada, por ejemplo, puede tratarse de una banda de gánsters, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (régimen de Hitler o Stalin). Quién actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción y precisamente, aquí se manifiesta, el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, puede cambiar a los ejecutores a discreción, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca.

En ese sentido, se puede considerar autor mediato a cualquiera que este incardinado en un aparato de organización de tal modo que pueda dar órdenes a personas subordinadas a él y haga uso de esa facultad para la realización de acciones punibles. De esta manera, el que no puede ser cambiado es aquel que tiene que decidir cuándo y cómo y que tiene que decidir el sí del delito, el que se encuentra detrás de los autores.

Esta modalidad de autoría no es novedosa en el caso de Alemania pues ya el autor de escritorio, es decir quién no tuvo participación directa en los crímenes pero que si tenía el dominio del hecho por la responsabilidad en la deportación de miles de judíos a los campos de exterminio, como ocurre con el caso Eichmann, quién en el interrogatorio sentado frente al Tribunal de Jerusalén, sostuvo que: “yo no tuve nada que ver con ninguna clase de horrores, yo hacía mi trabajo de manera decente” (anständig, la palabra alemana que el usa; que significa “decente”, “honorable”), la decencia justamente estaba en no estar presente detrás de las alambradas, pero cuya distancia del lugar de los hechos era irrelevante para el castigo, pues el poder de realización de los delitos estaba en sus manos, y es precisamente aquí donde nace la noción que como sostiene el profesor Schroeder, consiste en que “la medida de la responsabilidad no disminuye sino crece con la mayor lejanía o distancia del lugar del hecho” (el dominio del hecho situado más allá de las alambradas).

De todo ello nace la necesidad para la realidad latinoamericana de tomar los resguardos necesarios en la interpretación de la legislación penal, para lograr una efectiva sanción de estos crímenes abominables, especialmente en el caso chileno.

Es así como, con razón, señala el profesor Novoa Monreal: “a poco que se profundice en el enfoque jurídico, sin embargo, se advierte que la gravedad especial del desaparecimiento de personas es mucho más que una suma de violaciones separadas de diversos derechos humanos, ya que precisamente todas ellas en su conjunto -dada la forma en que tienen lugar los

desaparecimientos- adquieren una intensidad especial, que excede a una suma y se convierte en una multiplicación aumentada y progresiva de males derivada precisamente del modo y combinación agravados que dentro del conjunto adquieren las diversas violaciones tradicionales que podrían contarse separadamente”, de lo expuesto se demuestra que el desaparecimiento de personas, realizado en forma masiva y sistemática, constituye un hecho para cuya prevención y represión no resultan bastantes las disposiciones tradicionales de normas internacionales y de preceptos penales internos. Las implicancias jurídicas, por el vasto número de sujetos afectados y las deliberadas dificultades que el hecho mismo pone a su esclarecimiento y punibilidad, son razones suficientes al decir de Novoa que “cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente”.

Por ello, el legislador no puede estar de espaldas a la realidad y aquí radica su misión de constante revisión de por qué se ha seleccionado una determinada relación social y se la ha fijado de una forma específica.

Por su parte, la moción de los señores Bustos y Leal señala que el difícil y farragoso camino de reconstrucción de un ordenamiento jurídico democrático en que esta empeñado Chile desde el año 1.990, uno de los puntos axiales ha sido el perfeccionar los mecanismos y procedimientos destinados a asegurar la vigencia de los derechos humanos y pagar la deuda de verdad y justicia que pesa sobre la sociedad chilena por los crímenes atroces cometidos durante la época del Régimen Militar, con la finalidad de plasmar un sistema de convivencia centrado en el reconocimiento de la dignidad del ser humano. En ese sentido, la plena integración a nuestro ordenamiento jurídico de los contenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una adecuación necesaria y fundamental.

Añade que la norma del artículo 5° de la Constitución Política de la República, después de su última reforma, le da un rango calificado a esta orientación e impone criterios que exigen reformar todo el orden jurídico. Sin embargo, la subsistencia de resabios legislativos del período autoritario ha generado tensiones y problemas de interpretación que no siempre han sido resueltos con adecuación a los principios superiores por instancia judiciales.

Una de estas tensiones se da con la aplicación de institutos como la amnistía o prescripción a juicios por graves violaciones a los derechos humanos, que son constitutivas de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en desprecio de su estatuto en el Derecho Internacional que establece la obligación de castigarlos, sacándolos de la esfera dentro de la cual es lícito a un Estado abdicar a su *ius punendi*.

Los crímenes contra la humanidad y las normas que los regulan forman parte del '*ius cogens*' y, por ello, son reglas imperativas del

Derecho Internacional general que, tal como lo reconoce el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, desde 1969, no pueden ser modificados por tratados o leyes nacionales. Dicha disposición prescribe expresamente que: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma 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 sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”.

Por lo tanto, el trato tanto dogmático como procesal que cada nación observe con respecto a estos ilícitos no puede soslayar el deber internacional y el compromiso asumido para ello, con independencia de la voluntad de cada estado en la forma en que regula su derecho interno.

Sobre la existencia de una norma consuetudinaria referida a la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, aun con anterioridad a la firma de la Convención, también se pronuncia el autor Vinuesa al afirmar: “Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU N°2391 (XXIII) no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre” (Ob cit. Vinuesa, Raúl Emilio, 'La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario', Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998).

La existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho en cuya virtud los crímenes contra el derecho de gentes deben considerarse imprescriptibles, más allá de la vigencia de una obligación convencional para los estados que han suscrito tratados al respecto, parece surgir, además de lo ya expuesto, de un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas dictadas luego de la aprobación de la Convención de 1968. En ellas la Asamblea General de la ONU exhortó a los estados miembros a observar los principios afirmados en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incluso cuando no fueran parte en ella. Así exhortó a los estados a cumplir el deber de observar estrictamente sus disposiciones y, por último, afirmó que “la negativa de un Estado a cooperar con la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas” (Cfr. resoluciones de la Asamblea General n. 2583 -XXIV- del 15/12/69, n. 2712 -XXV- del 15/12/70 y n. 2840 -XXV- del 18/12/71 relativas a la 'Cuestión del Castigo de las Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad')”.

En este sentido cabe referir que la norma de imprescriptibilidad ha sido incorporada a los Proyectos de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1986 (artículo 5°) y de 1994 (artículo 7°). Por su parte el artículo 29 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece que "Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán". En el ámbito regional, también fue establecida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. VII).

Sobre la necesidad de persecución de las graves violaciones de los derechos humanos, más allá de toda barrera temporal y de amnistía o perdón, es insoslayable traer a colación la reciente resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" (sentencia del 14 de marzo de 2001).

A su vez se ha afirmado que las infracciones internacionales que revisten el carácter de "*jus cogens*" constituyen "*obligatio erga omnes*" y son inderogables. Entre las consecuencias de este estatuto legal de los crímenes establecidos por reglas de "*jus cogens*" se cuentan, según M. Cheriff Bassiouni, las siguientes obligaciones imperativas de los Estados: "(...) el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la "obediencia debida" (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, etc"

Asimismo, no debe soslayarse que el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sienta expresamente que "nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional estados de excepción y la jurisdicción universal."

Añade que, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, se confirma claramente en el Preámbulo y el articulado de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. En especial, debe tenerse en cuenta el Artículo IV de la Convención, según el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención "y, en caso de que exista, sea abolida".

Que por tanto es indiscutible entonces esta caracterización y su vigencia en nuestro Derecho. En este sentido, es que hace la moción en comento una propuesta de ley interpretativa que resuelva estos problemas, reconociendo claramente la primacía de los principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en orden a la inadmiabilidad e imprescriptibilidad de los crímenes tipificados por estas normas.

Agrega, finalmente, que con esta propuesta que se estructura sobre la base de un artículo único, se está traduciendo un concepto central del Derecho Internacional en nuestro sistema jurídico doméstico, sin que en ningún caso esto signifique una trasgresión a los principios de legalidad o irretroactividad dado que esta prohibición era preexistente en nuestro derecho, simplemente lo que se está haciendo es evitar interpretaciones erróneas, obsoletas o inadecuadas

2.- Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional.

A.- Nociones generales.

A raíz del desarrollo de la conciencia del mundo civilizado y de los horrores cometidos durante la II Guerra Mundial, se originó un cambio de paradigma del derecho en los países civilizados.

La Carta de la Organización de Naciones Unidas genera un nuevo acuerdo histórico y político, por medio del cual el derecho internacional se transforma, estructuralmente, en un ordenamiento supraestatal, en el cual son sujetos no sólo los estados y organismos internacionales, sino que pasa a ser también sujeto internacional la persona humana.

El Derecho Internacional de Derechos Humanos impone dos grandes órdenes de obligaciones al Estado: Un Deber de Abstención de conculcar los derechos humanos y un Deber de Garantía respecto de estos derechos.

El primero, está integrado por aquel conjunto de obligaciones que tienen que ver directamente con el Deber de Abstención del Estado de violar - por acción u por omisión - los derechos humanos, que implica, asimismo, asegurar mediante las medidas necesarias, el goce y disfrute de estos derechos.

El segundo, se refiere a las obligaciones del Estado de prevenir las violaciones, investigarlas, procesar y sancionar a sus autores y reparar los daños causados. En ese orden de ideas el Estado se coloca en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y garantía de éstos. Es sobre esta base, que la jurisprudencia y la doctrina han elaborado el concepto de Deber de Garantía, como noción nuclear de la posición jurídica del Estado en materia de Derechos Humanos.

El Deber de Garantía puede sintetizarse como el conjunto de "obligaciones de garantizar o proteger los derechos humanos y consiste en su deber de prevenir las conductas antijurídicas y si éstas se producen, de investigarlas, de juzgar y sancionar a los culpables y de indemnizar a las víctimas".

La declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 marcó el punto de inicio del proceso histórico de *generalización* de la protección internacional de los derechos de la persona humana.

Con todo, ya en el año 1945, en la carta de Naciones Unidas se establecía que las N.U. 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.

Por su parte, el preámbulo de la ya mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos, postula el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. El artículo 1° de la misma 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.

En palabras del profesor Humberto Nogueira¹ *“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 éste 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.”*

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”*

B.- Algunas características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

a) Se ocupa de consagrar catálogos de derechos humanos que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción. Además se encarga de establecer mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.

b) El conjunto de derechos que compone el catálogo constituye el mínimo exigible al Estado. Nada obsta a que éste agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíen el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes.

¹ Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. XVIII N°2, Diciembre 2005

c) El sistema de supervisión internacional es subsidiario y presupone la existencia de un sistema nacional, de protección de los derechos humanos y de prevención de las violaciones.

d) Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos también regulan su posible restricción por parte del Estado. Con todo, la referida restricción está limitada por el derecho internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima, y por lo tanto, violatoria de las obligaciones internacionales del Estado. Estas limitaciones son las siguientes:

i) Las condiciones generales y circunstancias que autorizan una restricción del ejercicio de un derecho humano deben estar establecidas por ley.

ii) La causa que se invoque para justificar la restricción debe ser de aquéllas posibles de invocar de acuerdo con el derecho internacional.

iii) En el sistema interamericano y en el sistema europeo existe una tercera limitación: Sólo se permiten restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. La Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

- La restricción debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada a “satisfacer un interés público imperativo”;
- Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”,
- Toda restricción debe ser “proporcionada al interés que la justifica y ajusta estrechamente al logro de este legítimo objetivo.”

e) El derecho internacional permite a los Estados suspender sus obligaciones emanadas del tratado respectivo cuando existe en el país una situación excepcional. Para ello se deben fijar las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado; los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten y la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias.

C.- Tratados Internacionales suscritos por Chile relativos a los Derechos Humanos.

En este sentido se pueden distinguir dos etapas:

a) Antes de la reforma constitucional de agosto de 1989, el profesor Emilio Pfeffer menciona 26 tratados relativos a los Derechos Humanos suscritos por nuestro país, a saber:

	TRATADO	FECHA DE PUBLICACIÓN DIARIO OFICIAL
1.-	Declaración Universal de los Derechos Humanos	
2.-	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá, Colombia, 1948	
3.-	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	25.05.1989
4.-	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	29.04.1989
5.-	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,	26.11.1988
6.-	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	26.11.1988
7.-	Convenio internacional destinado a asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de "Trata de Blancas",	18.06.1935
8.-	Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas	18.06.1935
9.-	Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y niños	20.05.1930
10.-	Convención internacional relativa a la represión de la trata de mujeres mayores	15.04.1935
11.-	Convención sobre condiciones de los extranjeros	14.09.1934
12.-	Convención sobre el estatuto de los refugiados	20.07.1972
13.-	Protocolo sobre el estatuto de los refugiados	20.07.1972
14.-	Convención sobre nacionalidad de la mujer	12.11.1934
15.-	Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer	26.05.1975
16.-	Convención sobre los derechos políticos de la mujer	30.09.1967
17.-	Convención sobre asilo político	17.05.1935
18.-	Protocolo referente a un cierto caso apatridia	16.04.1935
19.-	Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	12.11.1971
20.-	Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza	30.11.1971
21.-	Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio	11.12.1953
22.-	Convención para la prevención y el castigo contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos	29.03.1977
23.-	Convenio para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña	17, 18, 19 y 20.04.1951
24.-	Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar	17.04.1951
25.-	Convención sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra	18.04.1951
26.-	Convención sobre la protección a las personas civiles en tiempos de guerra	19 y 20.04.1951

b) Con posterioridad a la citada reforma constitucional (agosto de 1989) se han publicado los siguientes tratados:

	TRATADO	FECHA PUBLICACIÓN DIARIO OFICIAL
1.-	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	20.08.1992
2.-	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	09.12.1989
3.-	Convención sobre los derechos del niño	27.09.1990
4.-	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)	05.01.1991
	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales	28.10.1991
5.-	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo II)	28.10.1991
6.-	Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Para)	11.11.1998
7.-	Convención sobre esclavitud; protocolo que modifica la convención y convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud	07.11.1995
8.-	Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores	17.06.1994
9.-	Convención sobre traslado de personas condenadas	03.11.1998
10.-	Competencia del Comité de derechos humanos del pacto internacional de derechos civiles y políticos	24.10.1991

D.- Principales Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que Chile aún no ha ratificado.

Boletín	TRATADO	ESTADO DE TRAMITACIÓN	OBSERVACIONES
3350-10	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	1° trámite constitucional. Para informe en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados desde el 09.09.2003	

1265-10	Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la O.N.U.	1° trámite constitucional. Para informe en la Comisión de RREE del Senado desde el 07.07.1994	
2293-10	Aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.	2° trámite constitucional. Para informe en la Comisión de RREE del Senado desde el 05.03.2002	Su tramitación está suspendida desde el fallo dictado por el Tribunal Constitucional. Existe un proyecto de reforma constitucional en trámite para salvar las observaciones del citado tribunal.
233-10	Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la OIT	2° trámite constitucional. Para informe en la Comisión de RREE del Senado desde el 12.04.2000	
2667-10	Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	2° trámite constitucional. Para informe en la Comisión de RREE del Senado. Para informe desde el 21.08.2001	
	Protocolo facultativo de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes	Aún no ha sido enviado al Congreso Nacional	La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes fue publicada en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988. Este protocolo que la complementa aún no ha ingresado al Congreso Nacional.

E.- El decreto ley de amnistía N°2.191 y los instrumentos internacionales que el país ha suscrito.

El citado decreto 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 aparecieren 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.”

El Estado chileno es signatario de la Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 y de la Declaración Universal de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. Asimismo, ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Por otra parte, el Estado chileno es parte del Sistema Interamericano y de la Carta de Organización de Estados Americanos del 30 de abril de 1948.

Además el Estado de Chile ratificó los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional a través del Decreto Supremo N°752, de 5 de diciembre de 1950, los que fueron publicados en el Diario Oficial de los días 17 al 20 de abril de 1951 (a mayor abundamiento se puede consultar la

nómina de tratados internacionales suscritos por Chile mencionados en páginas anteriores).

Algunos autores, como el profesor Humberto Nogueira Alcalá han señalado que:

“1.- El Decreto Ley 2191 de 10 de marzo de 1978 de amnistía debe ser interpretado conforme al bloque constitucional de derechos y en armonía con el derecho internacional, por tanto, su interpretación debe realizarse excluyendo los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones del derecho internacional imperativo, ya que es dable presumir que el legislador no ha intentado derogar el derecho internacional consuetudinario y soslayar el derecho imperativo. En situación de eventual conflicto entre dicho decreto ley y las normas de ius cogens y derecho consuetudinario internacional y derecho convencional de los derechos humanos, deben aplicarse preferentemente estas últimas; por tanto, el decreto ley no es aplicable a los casos de tortura (apremios ilegítimos), desapariciones forzadas (secuestro), ejecuciones sumarias u otros delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad. Todo ello en el entendido que el legislador de la época dictó una legislación conforme a sus obligaciones internacionales, de buena fe y con la voluntad efectiva de cumplir los compromisos internacionales del Estado. Ello permite salvar la norma cuestionada y hacerla aplicable sólo a los casos que no correspondan a crímenes de lesa humanidad o delitos contra la humanidad y que no vulneren gravemente derechos humanos.

2.- Considerar que el Decreto Ley 2.191 de Amnistía fue establecido con deliberada mala fe y la voluntad de incumplir las obligaciones internacionales del Estado de Chile, vale decir, con la voluntad de producir una autoamnistía de quienes dentro de una política estatal represiva del régimen militar habían desarrollado sistemáticamente crímenes contra la humanidad o delitos de lesa humanidad, como son las desapariciones forzadas (secuestros), la tortura (apremios ilegítimos), las ejecuciones sumarias, entre otros. En tal caso, el Decreto Ley 2.191 está viciado de nulidad absoluta con efecto retroactivo (ex tunc) o es, utilizando una expresión castiza, “inexequible”, vale decir, inejecutable, y no puede producir efectos en el derecho chileno, en la medida que vulnera abiertamente los artículos 2.1 y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ya ratificado en 1972, y la Declaración Americana de derechos y Deberes del Hombre, artículo 18, además del derecho internacional consuetudinario y los principios de ius cogens, que consideraban como delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad las desapariciones forzadas practicadas como métodos represivos, las cuales ya estaban prohibidas al momento en que se dictó el Decreto Ley 2.191, lo cual tiene mayor fuerza aún en el presente, producto de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en aplicación de los artículos 8 y 25 en armonía con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial atendiendo a que los secuestros (desapariciones forzadas) constituyen delitos permanentes.”.

F.- Evolución de la jurisprudencia en causas sobre violación a los derechos humanos en Chile. Amnistía y prescripción.

Sobre esta materia se pueden distinguir los siguientes hitos:

a) Desde 1978 a 1998 como regla general se aplicaba el Decreto Ley de Amnistía tan pronto se advertía que el hecho investigado revestía el carácter de delito comprendido en el período que cubre el Decreto Ley (a excepción de un fallo del año 1994).

i) A vía de ejemplo, en un fallo de la Corte Suprema de fecha 24 de agosto de 1990², al pronunciarse sobre un recurso de inaplicabilidad, ésta señalaba lo siguiente:

“...en conformidad a los artículos 2º y 3º que son comunes a los cuatro Convenios promulgados (de Ginebra), resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos, que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes Contratantes, y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones...”

De esta forma *“...no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa, por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio que cubre la Amnistía, no parece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto interno, de las características anteriores”*.

Por esta vía se desechaba rápidamente cualquier intención por parte de los abogados recurrentes de lograr hacer primar el Derecho Internacional Humanitario por sobre la aplicación del DL 2191.

Así, conforme a los artículos 197 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, los jueces deben declarar de pleno derecho la aplicación de la amnistía, sin que tenga obligatoria aplicación el artículo 413 del Código de procedimiento Penal (C.P.P), que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación destinada a comprobar el delito y determinar la persona del delincuente.

ii) Sin embargo, en un fallo de fecha 30 de septiembre del año 1994 la Corte de Apelaciones de Santiago da primacía a los tratados internacionales (especialmente los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención de Viena y las Convenciones contra la Tortura que nombramos arriba) por sobre la ley interna, en este caso, el decreto ley de amnistía de 1978.

² Revista Derecho y Jurisprudencia, Vol LXXXVII, Tomo 2, sección 4, página 64.

Se trata de una sentencia referida al proceso por el delito de secuestro en contra de Osvaldo Romo Mena, ex agente de los servicios de seguridad del Gobierno militar.

Al respecto la revista la Gaceta Jurídica,³ señaló:

“Doctrina.

“1.- El secuestro es un delito de carácter permanente y, en consecuencia, se ha continuado cometiendo con posterioridad al lapso cubierto por el D.L. N° 2.191-78, sobre amnistía. (Consid. 1°).

“2.- Los Convenios de Ginebra de 1949, que sancionan crímenes de guerra, son normas obligatorias para el Estado de Chile desde su publicación, en 1951, y declaran imprescriptibles y no sujetos a amnistía los crímenes de guerra, entre los cuales los cometidos en Chile, en estado de guerra interna, con posterioridad al D.L. N° 5, de 22 de septiembre de 1973. (Consids. 3° a 5°). Lo propio establece la Convención contra la Tortura, vigente desde 1988 (Consid. 10°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo reconoce la amnistía respecto de la pena de muerte. (Consids. 11° y 12°).

“3.- Los tratados internacionales tienen primacía sobre la ley interna, tanto bajo la Carta de 1925 como bajo el imperio de la actual, sin que el Estado pueda invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, como lo estipula la Convención de Viena, vigente en Chile desde 1980. (Consid. 6°).

“4.- La Corte se encuentra vinculada positivamente a la Constitución (artículo 5°, inciso 2°), no pudiendo sustraerse de las obligaciones impuestas en orden a promover y respetar los derechos humanos, sin incurrir en ‘notable abandono de deberes’ y exponer la seguridad y el honor del Estado de Chile en el campo internacional. (Consid. 15°)”.

iii) Esta sentencia fue posteriormente revocada por la Corte Suprema de Justicia el 26 de octubre de 1995, aplicó el decreto ley N° 2.191, de 1978, acogiendo el recurso de queja y dictó sobreseimiento definitivo y parcial.

La Gaceta jurídica al respecto publicó lo siguiente:

“Doctrina.

“I. Esta Corte Suprema, lejos de no aplicar los Convenios de Ginebra les atribuye a sus normas el real alcance y sentido en referencia a la exacta realidad fáctica que vivía el país en esa época. (Consid. 14°).

“II. De los antecedentes del proceso resulta muy improbable que el inculpado al haber abandonado el país por un largo período,

³ *“Gaceta Jurídica”*. Asociación de Magistrados del Poder Judicial de Chile. Año 1994/Septiembre/N°171. p. 126.

haya podido continuar su participación en el secuestro que se le imputa por lo que corresponderá dar aplicación al D.L. N° 2.191 de 1978. (Consid. 18°).⁴

b) De septiembre de 1998 en adelante (a excepción de un fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema, de fecha 4 de agosto de 2005)

i) La sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Justicia en el llamado “caso Almonacid” reproduce en parte los dichos del perito de la Comisión Interamericana, profesor Humberto Nogueira, quien señaló lo siguiente: *““En septiembre de 1998 se abre una segunda etapa con el caso Poblete y Córdoba, que determina que para aplicar la amnistía debe haberse investigado y determinado en forma indubitable, como única manera de extinguir la pena. Esta segunda etapa no dice que se va a sancionar, sino que el Decreto Ley de Amnistía se aplicará al momento de determinar la identidad del responsable. Por lo tanto el responsable no será sancionado”*.

“El 7 de enero de 1999 en la causa contra Gómez Segovia en caso de detenidos-desaparecidos calificados generalmente como secuestro calificado o como detención ilegal, se señala en este sentido que no corresponde aplicar el Decreto Ley de Amnistía en la medida en que el secuestro calificado o la detención ilegal constituye un delito permanente, y como delito permanente sí trasciende el período comprendido en la amnistía. En definitiva, la amnistía no puede ser aplicada porque se trata de un delito que permanece en el tiempo”.

“La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema del 17 de noviembre de 2004 va a confirmar una sentencia ya dictada por la Corte de Apelaciones donde además de mantener la tesis del secuestro permanente, agrega un elemento muy trascendente que es la aplicación y el reconocimiento por primera vez de los Convenios de Ginebra de 1948, y reconoce explícitamente que había un estado de guerra en el año 1973, período donde ocurren también los presentes hechos” (Corte Suprema de Justicia de Chile, Sala Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 2004, casación en caso delito de secuestro de Miguel Sandoval Rodríguez).

“En una sentencia de la Sala Penal de 4 de agosto de 2005, en el caso del Coronel Rivera revoca la Sala Penal de la Corte Suprema la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco que acoge el derecho internacional utilizando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y al mismo tiempo el derecho consuetudinario y los principios de jus cogens”. En este caso “la Sala Penal de la Corte Suprema vuelve sobre sus pasos y dice que no había estado de guerra en Chile y sostiene, por lo tanto, que no son aplicables los Convenios de Ginebra [...], que además no es aplicable [...] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no porque no estuviera ratificado, sino simplemente por el hecho de no estar publicado en el Diario Oficial.”

⁴ *“Gaceta Jurídica”*. Asociación de Magistrados del Poder Judicial de Chile. Año 1995/Noviembre/ N° 185. p. 120.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia del máximo tribunal está lejos de ser uniforme y consistente sobre esta materia.

G.-Sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano versus el Estado de Chile”.

Durante la discusión de los proyectos de ley en informe, los diputados miembros de vuestra Comisión tomaron conocimiento de la dictación, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de un fallo que condenaba al Estado de Chile precisamente por la aplicación del decreto ley N°2.191, sobre amnistía y por otorgar competencia a la jurisdicción militar, violando el artículo 8.1 de la Convención, y que en su parte resolutive dispone lo siguiente:

“a) Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191.

b) El Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

c) Por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

d) Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, la Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General, que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

e) En lo que respecta al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

f) Si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

En el presente caso, se cumplen dos de los supuestos señalados. En primer lugar, la causa fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad.

g) El Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conocerá el caso del señor Almonacid Arellano y, en consecuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene.”.

3.- Normas legales que se propone modificar.

El proyecto de ley propone introducir una norma interpretativa, fijando el sentido y alcance del artículo 93 del Código Penal, que establece los modos de extinguir la responsabilidad penal, en lo relativo a los crímenes de lesa humanidad.

III.- DISCUSIÓN GENERAL Y PARTICULAR DEL PROYECTO.

Por tratarse de la discusión sobre la base de un artículo único, ésta se realizó en general y en particular a la vez.

El señor **Bustos** expresó que la auto amnistía del año 1978, no tiene validez. Informó que en el Senado se presentará un proyecto de ley que tiene por objeto declarar la nulidad del Decreto Ley que la consagró.

Lo expuesto se ve reafirmado por lo resuelto por la Corte Interamericana de Justicia, quien señaló que el Estado de Chile se obligó a adecuar su legislación y sus resoluciones a lo dispuesto en la Convención Americana de los Derechos Humanos y, justamente, por no haber cumplido con este compromiso fue condenado en la sentencia recaída en el caso Almonacid.

Ese fallo reitera que el Decreto Ley de Amnistía del año 1978 es inválido y por tanto, no se puede aplicar desde el año 1990 en adelante. Vale decir, la resolución judicial que lo aplique viola gravemente la convención y

todos aquellos instrumentos que consagren la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Agregó que presentará, junto a otros diputados, una indicación sustitutiva, para refundir ambos proyectos, en un solo texto.

La indicación tiene por objeto adecuar nuestra legislación a lo dispuesto en la mencionada Convención. Ésta dispone que deberá entenderse que lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal no rige respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad contemplados en los tratados suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Consultado cuáles son los efectos del fallo respecto al principio de cosa juzgada sostuvo que la sentencia establece que a partir del año 1990, año en que Chile suscribió la Convención Interamericana, no se puede aplicar el Decreto Ley de auto amnistía.

La Corte Interamericana no se pronuncia respecto de los fallos dictados con anterioridad. Sin perjuicio de ello, existen otros tratados suscritos y ratificados por Chile, como la Convención de Ginebra, que permiten perseguir la responsabilidad de los autores de crímenes de guerra o de lesa humanidad. Dicha Convención establece que tales conductas son imprescriptibles e inamnistiables.

Ésta fue suscrita por nuestro país en 1949 y rigió hasta mediados del año 1975, en atención a que existió un estado de guerra decretado formalmente, lo que motivó, entre otras cosas, la presencia de la Cruz Roja internacional en el país y tribunales militares de tiempos de guerra.

Por ello, los crímenes de guerra cometidos hasta esa fecha no se pueden amnistiar y tampoco se les aplica la prescripción.

En cuanto a los hechos producidos entre el año 1975 y el año 1978 la Corte Interamericana no se pronuncia. Lo que si señala es que desde el año 1990 en adelante el citado Decreto Ley no se puede aplicar, porque se infringe lo dispuesto en la Convención.

Respecto a aquellas resoluciones pronunciadas después del año 1990 que sobreseían definitivamente a los imputados por hecho ocurridos antes de 1978 en virtud del decreto ley de amnistía, afirmó que la Corte entiende que la cosa juzgada dentro de los principios del derecho procesal penal es un principio "débil". Prueba de ello es que en materia penal existe el recurso de revisión, que permite revisar sentencias firmes o ejecutoriadas.

En cambio, todo aquello que diga relación con los derechos humanos y su violación si es un principio fuerte. Por tanto, priman estos últimos principios frente al de cosa juzgada, lo que permitiría revisar las mencionadas resoluciones.

En caso de conflicto el principio “débil” cedería frente a aquellos más fuertes.

Aclaró que es el Estado de Chile el que debe cumplir con la sentencia, no sólo su gobierno. Por tanto, el Poder Judicial también debe adoptar las medidas para cumplir con lo resuelto por la Corte Interamericana.

El Poder Legislativo por su parte, a través de esta iniciativa está procurando cumplir con lo resuelto por la Corte.

La importancia de la modificación que se propone, radica en que por ser una ley interpretativa se entenderá incluida en la norma interpretada desde sus inicios.

Añadió que no debiera sorprender el contenido de la mencionada sentencia, en atención a que existen dos fallos previos de la Corte Interamericana, uno respecto a Argentina, que llevó al Presidente Kirchner a promover la nulidad de las leyes que impedían la acción de la justicia, y otro referido al caso denominado “Barrios Altos”, de Perú.

Informó que respecto de Chile la Corte Interamericana ha pronunciado sólo tres fallos de importancia.

La escasez de sentencias en materia de resguardo de las garantías individuales se debe en parte a lo engorroso del procedimiento.

El señor **Accorsi** sostuvo que de todas las causas abiertas sobre violaciones a los derechos humanos, sólo tres están falladas y hay más de mil quinientas en espera, las que se verán favorecidas con la eventual aprobación de este proyecto, que impedirá se aplique el Decreto Ley de Amnistía del año 1978.

Si el Estado chileno firmó un convenio internacional éste debe ser respetado.

Recordó que la propia Presidenta de la República en un acto desarrollado en Villa Grimaldi conminó a los legisladores a adecuar nuestra normativa a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Hizo presente que por muchos años debido a su especial composición el Senado no reflejaba la opinión mayoritaria del país, lo que impedía votar las mociones sobre el tema.

Manifestó que sería una inconsecuencia no votar un proyecto como éste ahora que las condiciones han cambiado.

El señor **Salaberry** expresó que el reciente fallo de la Corte Interamericana marca un antes y un después en la discusión de este proyecto. Con todo, hizo presente que existen diversas visiones respecto de lo que ese fallo significará.

Manifestó sus dudas respecto de la conveniencia de discutir este proyecto en este momento y de la posibilidad que puedan efectivamente refundirse.

Señaló que los parlamentarios de la UDI en esta Comisión han actuado con visión de futuro. Al respecto recordó que este tema fue discutido con ocasión de los proyectos de ley que surgen a partir de los documentos que se redactaron a propósito de los 30 años del golpe militar.

Rechazó la imputación que se les hace en el sentido de obrar con un doble estándar en esta materia. Hizo presente que una de las mociones prohíbe otorgar el indulto presidencial a quienes hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Al respecto recordó que a través de una moción de parlamentarios de la Concertación se otorgó beneficios a personas que habían incurrido en conductas terroristas.

Respecto a las afirmaciones del diputado señor Accorsi, en el sentido que antes no se habían votado proyectos que tenían estos objetivos, afirmó que ello respondió más bien a que existía desidia y no a la composición del Senado en el período anterior.

Manifestó que estaban disponibles para tratar de alcanzar un acuerdo en la redacción de una de las dos mociones, pero ello no fue posible debido a la premura de su discusión.

El señor **Aguiló** manifestó que el fallo de la Corte Interamericana de Justicia, además de los aspectos jurídicos a los que hizo referencia el diputado señor Bustos, implica una sanción al Estado chileno.

Corresponde recurrir ante dicha Corte cuando los tribunales del propio país han denegado la justicia. Manifestó que genera un escenario complejo para nuestro país el que se haya dictado un fallo de estas características.

Recordó que mociones similares a la que hoy se discute se habían presentado anteriormente en nueve oportunidades. Ninguna de ellas fue votada en su oportunidad.

Expresó que se siente en deuda como parlamentario por no haber votado antes un proyecto de ley de esta naturaleza.

El señor **Von Mühlenbrock** señaló que si bien es bueno zanjar la discusión sobre esta materia pronto, indicó que prefiere escuchar la opinión de expertos en derecho penal antes de pronunciarse.

El señor **Paredes** afirmó que hasta el día de hoy criminales de guerra nazis son buscados por el mundo, lo que constituye una muestra patente que para la humanidad no cabe la amnistía ni la prescripción para delitos de esta naturaleza.

Tal como ocurrió con la detención de Pinochet en Londres, a raíz de la acción de la justicia española, nuevamente un tribunal internacional nos llama la atención respecto de lo que sucede en el país.

El señor **Farías** recalcó que las mociones en discusión llevan demasiado tiempo radicadas en la Cámara de Diputados. No hay excusa válida para no votarlas.

El señor **Ojeda** indicó que el proyecto que se discute es de gran relevancia.

Se han presentado en esta Comisión diversas iniciativas que tienen por objeto dejar sin efecto la llamada ley de amnistía. Sin embargo, ninguna de ellas fue siquiera discutida.

Manifestó que los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno, por lo que nada obsta a que se apliquen las normas contenidas en ellos.

Chile debe acatar el fallo de la Corte Interamericana de Justicia.

Expresó que para ser consecuente con lo que ha sostenido a lo largo de estos años, votará a favor del proyecto de ley en discusión.

El señor **Director del Instituto Libertad y Desarrollo, don Axel Buchheister**, en minuta escrita que hiciera llegar a la Comisión, expresó que las iniciativas tienen por objeto, resumidamente:

a) Interpretar el artículo 93 del Código Penal con el objeto de declarar imprescriptibles y no susceptibles de amnistía diversos tipos de delitos tipificados en la legislación internacional.

b) Impedir la extinción de la responsabilidad penal por cualquier causa legal, cuando el delito hubiere consistido en torturas, secuestro, detención ilegal, y que según los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Para ello, además, impide el indulto –modificando la ley 18.050- en los mismos casos.

1.- Comentario general. Los proyectos pretenden –por vía de una de interpretación o modificación- eliminar, para determinados delitos, ciertas causas de extinción de la responsabilidad penal. En particular se pretende interpretar la facultad de otorgar amnistías, la cual se encuentra regulada en el N° 16 del artículo 63 de la Constitución Política de la República. Si se pretende limitar el alcance de la procedencia de la amnistía, ello entonces debe hacerse mediante una reforma constitucional y no procede hacerlo por ley, porque una ley no puede condicionar o impedir la dictación de otra.

Dicho en términos simples, aquí se pretende aprobar por ley algo que es materia de reforma constitucional, cuyo quórum de aprobación es de 3/5 de los miembros en ejercicio de cada cámara, puesto que la amnistía no es una materia que se encuentre entre aquellas que según el artículo 127 de la Constitución deba ser reformada por el quórum de 2/3 de los miembros en ejercicio de cada rama del Congreso.

2.- Fundamento de las iniciativas. Los proyectos realizan un largo análisis de los antecedentes de derecho internacional y doctrinarios que consagran que los delitos de “lesa humanidad” son inamnistiables e imprescriptibles -tendencia respecto de la cual hoy no cabe duda- y, se sostiene además, que ello ha sido recogido y es plenamente aplicable en nuestro derecho. Si esto fuera efectivo, no se comprende la necesidad de este proyecto, por lo que resulta contradictorio afirmar por una parte la imprescriptibilidad en nuestro derecho y por otro, proponer la necesidad de legislar para este propósito.

Aparentemente, la necesidad estaría en la subsistencia de “resabios legislativos del periodo autoritario”, que los autores del proyecto 3959-07 no identifican. Es, entonces, contradictorio decir que esa normativa internacional es plenamente aplicable, pero que hay aspectos que lo impiden; el rigor cuando menos exigiría identificar cuáles son éstos.

3.- Fundamentos discutibles. Del contexto pareciera que tales aspectos están constituidos por las instituciones de la amnistía y de la prescripción penal. Sin embargo, ello no puede ser efectivo, puesto que tales causales de extinción de la responsabilidad penal están consagradas desde antiguo en nuestro derecho y, cuando menos, desde 1874, año en que se aprobó el Código Penal, que las ha regido sin ninguna modificación desde esa fecha.

Lo único que puede imputarse en esta materia al Gobierno Militar, es haber dictado una ley específica de amnistía, como se ha hecho en diversas ocasiones en el país. Este perdón, que fue amplio -y del cual se beneficiaron muchas personas, y no solo militares-, tuvo por objeto iniciar un proceso de pacificación del país, que había vivido una ya larga época en que el odio y la violencia habían sido considerados un método legítimo de acción política; y ello comenzó aproximadamente una década antes que los militares tomaran el poder. Sobre la prescripción en materia penal, el Gobierno Militar no dictó norma alguna.

4.- Objeciones a la proposición. Si bien la tendencia del Derecho Internacional de eliminar la amnistía y la prescripción -como ya se dijo- es firme y clara, no es igualmente categórico que ella rija y deba ser aplicable en Chile.

En efecto, de acuerdo con el artículo 5° de la carta Fundamental -que se invoca por los autores de la moción- dispone en lo pertinente que: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (esenciales que emanan de la naturaleza humana), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados ratificados y que se encuentren vigentes”.

De la simple lectura de la norma transcrita, fluye que no es su intención fijar la vigencia de normas internacionales o darles preeminencia sobre las normas internas, sino que hacer una declaración de principios y consagrar la obligación genérica de los órganos del estado de propender al respeto de los derechos esenciales de la persona humana.

Incluso en el caso que se entendiera que el objeto de la norma indicada fuera dar eficacia jurídica al derecho internacional o darle preeminencia sobre el derecho interno, es nítido conforme a ella que los tratados al respecto para que rijan es necesario que se encuentren ratificados por nuestro país. Además, esa ratificación debe haberse producido con anterioridad a la comisión de los delitos, porque es un principio universal de derecho, recogido por la Carta Fundamental (Art. 19 N° 3) que las leyes en materia de responsabilidad penal deben estar vigentes con anterioridad a la perpetración del hecho.

5.- Aplicación de los tratados. En relación con este tema, hay dos convenciones internacionales que pueden resultar aplicables. En primer lugar, la convención de Ginebra sobre derecho de la Guerra, cuya mención se omite en las mociones, que distingue entre guerra exterior, en las cuales no se admite la amnistía, y guerra interna, en las cuales no solo no proscribire la amnistía, sino que sugiere su pronta aplicación, una vez cesadas las hostilidades. No puede caber duda alguna que los sucesos de 1973 y 1978, época que abarca la "Ley de Amnistía", solo puede admitir, en el peor de los casos, la calificación de guerra interna, no estando prohibida, sino que por el contrario recomendada la dictación de una amnistía.

En segundo lugar, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1968, que no permite la prescripción en caso alguno de los delitos a que hace referencia, pero que no estaba ratificada por Chile al momento de cometerse los supuestos delitos y que, por lo demás, no lo ha sido hasta la fecha, encontrándose pendiente su aprobación por el Congreso Nacional.

El hecho de no encontrarse vigente la última convención ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema en un reciente fallo que condenó a diversos militares en retiro por el delito de "secuestro permanente", aunque paradójicamente la utilizó para "ilustrar" el derecho interno que establece la prescripción penal, concluyendo que debe entenderse entonces que no correspondía aplicar prescripción en ese caso en mérito de tal "ilustración", en una suerte de pleonasma interpretativo. Algo que no está vigente se usa para interpretar lo que está vigente y permite concluir que ya no lo está.

Finalmente, aun en el caso que la citada convención fuere ratificada por Chile y entrare a nuestro respecto en vigencia, ella solo regiría para el futuro y no podría abarcar casos del pasado, en virtud del principio de la irretroactividad de la ley penal. Ello es especialmente válido incluso en el caso de que se impusiera tal criterio por una declaración de un organismo internacional.

6.- Las normas penales solo pueden regir para el futuro. La moción 3959-07 que pretende interpretar el artículo 93 del Código Penal, que se refiere a la extinción de la responsabilidad penal y entre cuyas causales figuran la amnistía y la prescripción puede resultar sorprendente para quien no sea experto en materias jurídicas, puesto que se interpreta esa norma en vez de modificarla para establecer la inamnistabilidad e imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

Similar es la situación de la moción 3345-07 que también interpreta el artículo 93 del Código Penal y la ley 18.050 sobre indulto.

La razón de aquello reside –y los autores sin duda lo saben- en que al introducir propiamente tales conceptos en nuestro derecho, las nuevas disposiciones regirían únicamente para el futuro, en virtud de la irretroactividad de la ley penal y en ningún caso para situaciones pasadas (salvo que se favorezca al reo). Sin embargo, la aplicación de la ley penal por sobre la ley de amnistía es precisamente, lo que los proyectos de ley pretenden.

Por lo anterior, dicen “interpretar” las normas sobre amnistía y prescripción, asilándose así en la institución de la interpretación mediante ley de los preceptos legales, conforme a la cual “las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio” (Art. 9º, inciso segundo del Código Civil), lo que se reconoce como una excepción al principio que “la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo” (Art. 9º, inciso primero del Código Civil). Al aclararse legalmente lo que se expresó en una ley anterior, se entiende que ella dispuso desde un comienzo lo que indica la aclaración.

7.- Improcedencia de una interpretación. Ahora bien, para que pueda recurrirse a una interpretación legal, es necesario que haya un indefinición en la norma que se aclara, lo que no ocurre en el artículo 93, que taxativamente y sin restricción consagra la prescripción y la amnistía como causales de extinción de la responsabilidad penal, como tampoco existe en la ley que regula el indulto. Tan evidente es que el significado ha sido unívoco, que la pretendida interpretación regiría desde 1874, año en que se aprobó el Código Penal, en circunstancias que en aquella época nadie había concebido la noción de delitos de lesa humanidad ni se había planteado que existieran casos de inamnistabilidad e imprescriptibilidad, lo que recién ocurre hacia el final de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo demás, tan manifiesto resulta que no hay tal mentada interpretación, sino una modificación que excede el alcance de la norma original, cuando el proyecto menciona –por ejemplo- que la obediencia debida no será causal de exculpación, la cual jamás ha estado prevista en el artículo 93, que supuestamente se interpreta, como causal de extinción de la responsabilidad penal.

Por otra parte, es necesario insistir en que, aunque se tratare válidamente de una interpretación de la ley, ella no puede producir el efecto antes explicado en materia penal, en razón que la irretroactividad de la ley penal

es un principio constitucional –es decir, impide la aplicación del inciso segundo del Art. 9° del Código Civil- y solo cabe que los Tribunales de Justicia hagan interpretaciones de ella para los casos concretos. Cualquier interpretación de una ley penal solo regiría desde el momento que se dicte y para el futuro. En efecto, el artículo 19, N° 3, de la Constitución dispone que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”. Siendo la amnistía y la prescripción causales de extinción de la responsabilidad penal, ésta se encuentra ya extinguida en casos concretos acontecidos entre 1973 y 1978, porque les beneficia una ley de amnistía y porque han transcurrido largamente los plazos de prescripción. En consecuencia, si se pretendiere penar conforme a la nueva ley interpretativa, se lo estaría haciendo conforme a una ley posterior a la perpetración de los hechos, que habría tenido la virtud de hacer renacer la responsabilidad penal, lo que la Carta Fundamental prohíbe.

En suma, si los autores son partidarios de establecer delitos inamnistiables e imprescriptibles, pueden proponer la modificación del Código penal y la Constitución en tal sentido, pero pretender interpretar la ley como que siempre lo ha dicho, no tiene base y solo busca darle efecto retroactivo, que está vedado por la norma constitucional. Mejor aún, la forma más apropiada de hacerlo es instar por la aprobación de la Convención de 1968, lo que se encuentra pendiente en el Congreso desde hace largo tiempo.

8.- Conclusión. El proyecto persigue introducir modificaciones al derecho interno en materia de amnistía, prescripción penal y otras instituciones que pudieran conducir a la extinción de la responsabilidad criminal, mediante una interpretación del Código Penal, lo que atenta contra la normas Constitucionales. Si se quiere hacer aquello, habrá de hacerse mediante reforma constitucional –la facultad de otorgar amnistía en la Carta Fundamental no reconoce el límite que pretenden los autores de los proyectos- y la modificación complementaria de las normas legales pertinentes, pero ello no tendrá efecto ni aplicación para casos pasados, de conformidad con claros principios constitucionales y de derecho universal.

Cerrado el debate, los señores Accorsi, Aguiló, Bustos y Farías, formularon indicación que refunde ambas mociones, fijando un artículo único cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo único: Declárese interpretado el artículo 93 del Código Penal en el siguiente sentido:

Lo dispuesto en los números 3, 4, 6 y 7 del artículo 93 del Código Penal no regirá respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, contemplados en los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.”

Sometidas a votación en general y en particular con la indicación propuesta se aprobaron por siete votos a favor y dos en contra.

Votaron a favor de la indicación los señores Accorsi, Aguiló, Farías, Ojeda, Olivares, Paredes y Silber.

Votaron en contra los señores Salaberry y Von Mühlenbrock.

IV.- DOCUMENTOS SOLICITADOS Y PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 del Reglamento de la Corporación, vuestra Comisión invitó a las siguientes personas o instituciones, las que, sin embargo, excusaron su asistencia a la sesión destinada para tales efectos:

- 1.- Abogado señor Hernán Montealegre Klenner,
- 2.- Al Instituto Libertad y Desarrollo, y
- 3.- Al Instituto Libertad.

No obstante, en el caso de Instituto Libertad y Desarrollo, éste hizo llegar sus planteamientos por escrito, los que se incluyen en la discusión general del proyecto.

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

De conformidad a lo establecido en el N° 4 artículo 287 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia que no hay artículos que deban ser conocidos por la Comisión de Hacienda.

VI.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADOS.

No hay artículos ni indicaciones en tal sentido.

VII.- TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN.

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

“PROYECTO DE LEY

doña Karla y de los señores Accorsi, don Enrique; Aguiló, don Sergio (Presidente Accidental); Farías, don Ramón; Paredes, don Iván; Olivares, don Carlos; Ojeda, don Sergio; Salaberry, don Felipe; Silber, don Gabriel y Von Mühlenbrock, don Gastón.

Asistieron, además, los señores Errázuriz, don Maximiano y Bustos, don Juan.

JUAN PABLO GALLEGUILLOS JARA
Abogado Secretario de la Comisión