

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS

“Análisis Histórico de la Aplicación de los Tratados
Internacionales de Derechos Humanos por la Jurisprudencia
Chilena.”

Nombre: Chris Schofield Rios

Profesor Guía: Aldo Topasio Ferreti

INDICE

PAGINAS

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I : RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	
EN LO UNIVERSAL.....	4
1-Reconocimiento de los derechos humanos a través de la historia.....	4
2-De las Declaraciones hacia los Tratados.....	7
CAPITULO II : RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	
EN LO REGIONAL.....	8
1-La Convención Europea de Derechos del Hombre.....	8
2-El sistema Interamericano.....	9
CAPITULO III : RECEPCION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR	
LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS NACIONALES.....	11
1-Recepción de los tratados por el derecho interno.....	11
2-Tratados self-executing y non self-executing.....	14
3-Interpretación de los tratados internacionales.....	15
4-Jerarquía de los tratados internacionales.....	17
5-Los derechos esenciales en la Constitución.....	21
6-Delitos de Lesa Humanidad.....	24

CAPITULO IV : APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR LA JURISPRUDENCIA CHILENA.....	26
1-Aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	33
A)-Delito de giro fraudulento de cheque.....	33
B)-Apremio por incumplimiento de obligaciones previsionales.....	40
C)-Delito de robo.....	45
D)-Otras aplicaciones del Pacto.....	53
2-Aplicación de los Convenios de Ginebra.....	56
3-Aplicación de la ley de Amnistía (Decreto Ley 2.191).....	65
4-Delitos de Lesa Humanidad.....	76
CONCLUSION.....	80
BIBLIOGRAFIA.....	82

INTRODUCCIÓN

La importancia de los tratados internacionales de derechos humanos, como fuente de aplicación por parte de los tribunales chilenos, es una materia que ha sido dejada de lado en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, y como se demostrará en la presente investigación, esta es una materia fundamental para nuestro ordenamiento, ya que en muchos casos, las normas contenidas en los tratados internacionales, vienen a complementar e incluso a consignar garantías no contenidas en nuestra legislación.

El artículo 5 inciso 1° de la Constitución Política de la República de Chile dispone que “ *la soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece*”.

Entre las autoridades se encuentran los tribunales de justicia, pues el artículo 73 de la Constitución prescribe en su inciso 1° que “ *la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*”.

Esa ley es, fundamentalmente, el Código Orgánico de Tribunales, cuyo artículo 5 inciso 1° se encarga de precisar que “ *a los tribunales mencionados en ese artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan*”; a continuación menciona los tribunales que integran el poder judicial, los que clasifica en ordinarios y especiales; y sujeta, también, a sus disposiciones generales, a otros especiales que no le pertenecen, los que se rigen “*por las leyes que los establecen y reglamentan*”.

Por lo tanto, en Chile el ejercicio de la soberanía se realiza por el pueblo a través, entre otras autoridades, de los tribunales ordinarios y especiales.

Ahora bien, el inciso 2° del artículo 5°, delimita el ejercicio de la soberanía, al establecer que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”*

Por consiguiente, cuando el pueblo ejercita la soberanía a través de los tribunales, no puede hacerlo desconociendo tales derechos humanos.

Más adelante la norma expresa *“es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Con esta frase el límite que se hace al ejercicio de la soberanía, reconocido en el respeto a los derechos esenciales de las personas, pasa a ser una obligación para los tribunales, así puede señalarse que es obligación de los tribunales de justicia someter su acción propia, al respeto de los derechos humanos.

Asimismo, el artículo 5 de la Constitución Política ha elevado los tratados internacionales, en particular sus normas que consagran derechos humanos, a rango constitucional, dando certeza jurídica al reafirmar la categoría constitucional de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales vigentes en Chile.

Dada las consideraciones anteriores es que resulta fuera de toda justificación la no aplicación por parte de los tribunales chilenos de los tratados internacionales de derechos humanos.

El presente trabajo pretende demostrar la falta de dicha aplicación, y por consiguiente, de jurisprudencia en materia de derechos fundamentales.

Haciendo la salvedad de que, en estos últimos años, podríamos decir que existe jurisprudencia en materia de derechos esenciales, mas se encuentra en plena formación.

Con tal fin, y para contextualizar la presente investigación, es que se comienza haciendo una referencia a la noción de derechos humanos, específicamente , a su consagración en la historia, que ocurre en torno a su recepción por parte del ordenamiento jurídico, para luego analizar la jurisprudencia chilena, a partir de 1989, año en que se introdujo la reforma al inciso 2°, artículo 5° de nuestra Carta Fundamental.

CAPITULO I

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LO UNIVERSAL

1.- Reconocimiento de los Derechos Humanos a través de la historia.

Es posible señalar que desde la antigüedad existen derechos del hombre que se afirman más allá de toda ley, orden o autoridad, pero el proceso de protección de los derechos humanos no comienza a manifestarse sino hasta el siglo XVIII.

Ahora bien, dentro de la historia constitucional de occidente el primer documento significativo que establece limitaciones jurídicas al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos es la Carta Magna de 1215, que constituye un antecedente de positivización de los derechos del hombre, lo que no significa una garantía y protección judicial de los mismos.

Lo mismo ocurre con el habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, que pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos.

Hasta el siglo XVIII la sociedad de esa época vivía la ruptura de la unidad religiosa, lo que trae una consecuencia tan importante como lo es la creación del nuevo Estado Moderno, en 1648.

Asimismo, aparecen las primeras garantías procesales como una respuesta a los abusos de la monarquía absoluta.

Luego con la independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa aparecen manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales, fundadas

sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que el Estado debe respetar y proteger.

Estas declaraciones se diferencian de sus antecesoras inglesas, en ellas hay un reconocimiento y protección de los derechos del hombre y no de un pueblo, se reconocen derechos del hombre, inherentes a su condición misma, de modo que las reglas en ellas contenidas están por encima de todo poder legislativo ordinario; y esto no por una cuestión de simple rango formal entre las fuentes del derecho, sino que porque son obra y creación de un Legislador superior.¹

En la independencia Latinoamericana se acudió a las declaraciones de derechos como una expresión fundamental de su ideario, para así lograr la tan ansiada emancipación.

De esta forma los derechos individuales ingresaron al Derecho Constitucional, lo que implica un gran logro, puesto que el reconocimiento de los derechos fundamentales en las constituciones trae consigo limitaciones al alcance de las competencias del poder público.

A nivel constitucional los derechos protegidos, en un primer momento, fueron los derechos civiles y políticos, que son derechos que le otorgan a su titular medios para defenderse frente al ejercicio abusivo del poder público.

Más tarde apareció la noción de derechos económicos, sociales y culturales, que apuntan a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en relación con la dignidad de las personas. Así esta noción de derechos aparece recogida en variadas constituciones, como la mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución española de 1931, la Constitución de URSS.

¹ Pedro Nikken, La Protección Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Civitas, S.A, 1987

No es hasta la aparición del derecho humanitario que se establece un sistema jurídico que protege a las personas con base en consideraciones de humanidad. Esto ocurre con la Convención de la Haya de 1907, así como las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977.

Posteriormente aparecieron indicios de un régimen internacional de protección de los derechos humanos, así la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, ha sido un instrumento fundamental para el reconocimiento y la protección de los derechos del trabajador.

La constatación por parte de la comunidad internacional de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el nazismo y el fascismo, condujo a la instauración, en definitiva, de un sistema internacional de protección de los derechos del hombre.

Lo que se tradujo en la creación de la Comisión de derechos Humanos, en 1946, que aprobó el 10 de Diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Así mismo, meses antes, en la IX Conferencia Internacional Americana, la Organización de Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2.- De las declaraciones hacia los tratados

Como fuente de derecho internacional las declaraciones no poseían una fuerza vinculante equiparable a los tratados. Es así como tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, establecieron en forma expresa su falta de fuerza obligatoria.

Es por ello que una vez proclamadas las primeras declaraciones, el camino para avanzar en el desarrollo de un régimen internacional de protección de los derechos de las personas imponía la adopción y puesta en vigor de tratados internacionales a través de los cuales las partes se obligaran a respetar los derechos en ellos proclamados y que establecieran, al mismo tiempo, medios internacionales para su tutela en caso de incumplimiento.

Ahora bien, hasta hace un tiempo se sostenía que la Declaración Universal de Derechos Humanos no era obligatoria para los Estados miembros de la ONU, no así los pactos y convenciones sobre derechos humanos, que se tenían como jurídicamente obligatorios para los Estados que los hubieren ratificado.

Hoy se manifiesta la tendencia que la Declaración Universal ha sido afirmada y reafirmada posteriormente por muchos acuerdos internacionales y legislaciones nacionales y que ha recibido aplicación por parte de la jurisprudencia internacional y nacional, por lo que no cabe duda que debiera ser acatada universalmente.²

² .Eduardo Novoa, Obras Escogidas Una crítica al derecho tradicional, Ediciones del Centro de estudios políticos latinoamericanos Simón Bolívar, 1993, p.86.

CAPITULO II

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LO REGIONAL

1.- La Convención Europea de Derechos del Hombre

A fines de los cuarenta Europa occidental se encontraba devastada producto de las consecuencias de la guerra recién finalizada. Estaba presente el efecto de las dictaduras de Alemania e Italia, las cuales habían fundado su poder, en gran medida, sobre el desprecio a la dignidad humana.

Es por ello que se vio en la necesidad de establecer mecanismos de protección de los derechos, así se creó el Consejo de Europa, en Septiembre de 1949, organismo regional que fue quien aprobó más tarde la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Esta Convención es el primer pacto especial sobre derechos humanos de carácter regional, en vigor desde septiembre de 1953, en virtud de haber sido ratificado por el número de estados requeridos.

Comienza señalando que tiene por objeto asegurar el reconocimiento y la aplicación efectiva de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Define las libertades individuales que los estados miembros están obligados a respetar y cuyas prescripciones son aplicables de inmediato al derecho interno de los Estados miembros, que deben conformar su legislación y resoluciones judiciales a las reglas establecidas por la Convención, para garantizar los derechos del hombre instituidos por la misma.

Por su parte, lo que destaca a esta Convención y la hace notable es la forma de hacer efectivos en el ámbito jurisdiccional los derechos humanos que allí se proclaman. En efecto, ante la ineficacia práctica de la Declaración Universal en lo que respecta a su exigibilidad, establece con caracteres de permanencia, la obligatoriedad de jurisdicción y acceso indirecto de los particulares interesados, a la Corte Europea de los Derechos del Hombre, quien conoce de las denuncias y reclamaciones interpuestas por los sujetos, individuales o colectivos, que se consideren lesionados en sus derechos, por acciones u omisiones de Gobiernos, propios o extraños, pero que fueron miembros del Consejo de Europa.

2.- EL Sistema Interamericano

En lo interamericano, y casi coetáneamente a los Proyectos de las Naciones Unidas, la Conferencia de Chapultepec de 1945, proporcionó a los Estados americanos la posibilidad de que formalizaran sus puntos de vista referentes a la futura organización internacional, y en especial, al sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

Pero no fue hasta la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos en Bogotá, 1948, que se redactó la Carta de la OEA, en donde se ubicaron expresamente los derechos humanos entre los principios sobre los cuales se fundamentaba la Organización. A demás, la Conferencia de Bogotá adoptó también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración fue aprobada por una simple resolución de la conferencia, por lo que quedo fuera de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de modo que carecía de fuerza obligatoria, siendo una mera recomendación.

En 1959, en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, se resolvió preparar un proyecto de convención sobre derechos humanos y a demás la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro, en 1965, se ampliaron las facultades iniciales de la Comisión, y en la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, de Buenos Aires, en 1967, se aprobó el Protocolo de reformas a la carta de la Organización, el que incluyó a la Comisión entre los órganos permanentes de ésta.

En lo que respecta la convención sobre derechos humanos, en 1969, en San José de Costa Rica, se adoptó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que entró en vigencia, luego de las ratificaciones necesarias, el 18 de julio de 1978.

CAPITULO III

RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS POR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES

1.- Recepción de los tratados por el derecho interno

En el ámbito internacional el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifiesta mediante la ratificación o la adhesión, con el respectivo canje de los instrumentos de ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado. Desde la fecha de dicho canje o depósito, el tratado es obligatorio para el Estado que lo ha efectuado, a menos que el tratado disponga otra cosa.

En Chile la Constitución Política dispone como una atribución especial del Presidente de la República “*Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales , y llevar a cabo las negociaciones; concluir , firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.*” (artículo 32 N° 15)

Para que un tratado pueda producir efectos en el derecho interno es necesario que sus disposiciones sean introducidas en el orden jurídico nacional por medio de un acto expreso. Esta incorporación puede efectuarse dictando una ley que reproduzca el contenido del tratado y lo transforme, en definitiva, en normas internas obligatorias.

El mismo resultado puede obtenerse mediante un acto interno, como la promulgación, la publicación o la proclamación del tratado.

El tratado que ha sido debidamente incorporado en el derecho interno podrá ser invocado por los particulares y deberá ser aplicado por los tribunales nacionales.

Para la jurisprudencia chilena los requisitos que deben cumplirse para la recepción de un tratado en el orden interno son la aprobación legislativa, la promulgación del tratado por el Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio.

Específicamente, la promulgación y la publicación son trámites reiteradamente exigidos por los tribunales como requisitos para que los tratados sean incorporados en Chile. Todo ello aún cuando en el texto de la Constitución no exista norma alguna que haga referencia expresa a estos requisitos.

Como base jurídica se invocaba el Decreto N°132 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1926, que se refería a la promulgación de los tratados y el Código Civil chileno en cuanto a la vigencia de la ley.

Posteriormente los trámites de promulgación y publicación fueron expresamente requeridos por las normas del decreto ley N°247 de 1974.

Luego con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, que no contiene exigencia expresa en esta materia, la Corte Suprema consideró en 1984 que se encontraba vigente dicho Decreto Ley.

En esta materia, el caso que ha producido mayor revuelo ha sido el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile el 10 de Febrero de 1972 y vigente internacionalmente desde el 23 de Marzo de 1976. El Pacto se publicó en Chile con fecha 29 de Abril de 1989, trece años después de su promulgación el 30 de Noviembre de 1976.

Los tribunales chilenos negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable en las instancias judiciales por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado, por falta del segundo trámite.

Es así como en la sentencia de 22 de octubre de 1984, recaída en el caso *Ortega Rodríguez, Leopoldo y Otro* sobre recurso de amparo, que la Corte Suprema examinó detalladamente el requisito de la publicación en el Diario Oficial como condición de su aplicabilidad interna. A la época el Pacto había sido promulgado, pero no publicado en el Diario Oficial³.

La Corte de Apelaciones rechazó los recursos interpuestos y apelada esta resolución la Corte Suprema estimó que la materia se encontraba regida por el Decreto Ley N° 247, de 1973, que exigía la publicación en el Diario Oficial del decreto promulgador del Pacto y su texto.

Ahora bien, cabe preguntarse acerca de si el Decreto Ley N°247 estaba vigente a la época de la sentencia, puesto que de así serlo, habría sido derogado tácitamente por la Constitución de 1980.

Posteriormente, el Decreto fue expresamente derogado por la Ley N°18.903, publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de Enero de 1990.⁴

³ Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N°2 y 3.Tomo I, pp 281.

⁴ Santiago Benavada Cattán, Nuevos enfoques del derecho internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

2.- Tratados self-executing y tratados non-self-executing.

Se consideran tratados self-executing a aquellos cuyas cláusulas contienen todos los elementos necesarios para su aplicación, sin necesidad de un desarrollo normativo ulterior, puesto que contienen una precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente por los tribunales internos de un país. Por el contrario si las cláusulas carecen de esta precisión normativa, nos encontramos frente a tratados non-self-executing, que requieren de la dictación de normas para su desarrollo.

Ahora bien, si las disposiciones de un tratado tienen el carácter de non-self-executing, los estados deben dictar una normativa complementaria para dar aplicación a tales disposiciones en el ordenamiento interno.

En Chile la Corte Suprema en su sentencia de 22 de Octubre de 1984⁵, después de declarar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no tenía en esa fecha valor de ley en Chile por no haber sido publicado en el Diario Oficial, expresó que tampoco podía ser aplicado en el país por no haberse dictado aún la legislación nacional para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.

En su sentencia de 24 de Agosto de 1990, que se pronunció sobre un recurso de inaplicabilidad presentado por don Alfredo Insunza Bascuñan, la Corte Suprema reconoció que la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, de 1948, se encuentra incorporada como ley interna en virtud del Decreto Supremo promulgatorio de 5 de junio de 1953.

⁵ Sentencia comentada en pág 13, Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N°2 y 3.Tomo I.

Sin embargo, agregó, las disposiciones de dicha Convención no tienen actual aplicación por cuanto no se han establecido en la legislación nacional sanciones específicas para castigar esa figura penal.⁶

3.- Interpretación de los tratados internacionales

La Corte Suprema ha sostenido “ *las convenciones internacionales requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional*”.⁷

Tradicionalmente los tribunales chilenos han interpretado por sí mismos los tratados internacionales que han considerado relevantes en los casos sometidos a su conocimiento y han sostenido que se guían por las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil sobre la interpretación de la ley.

Esta tradición se quebró en 1987, en un fallo sobre recurso de protección en contra del ministro de Relaciones Exteriores por interpretación de un tratado sobre reconocimiento de exámenes y títulos profesionales con Ecuador, la Corte Suprema sostuvo en definitiva que correspondía al ministro el interpretar las disposiciones del Acuerdo Internacional .

La Corte señaló : “5) *Que frente al examen de un Acuerdo internacional como el de la especie, no puede olvidarse que, en conformidad a lo establecido en el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política del Estado, son atribuciones especiales del Presidente de la República, entre otras, la de conducir las relaciones*

⁶ Santiago Benavada, Nuevos Enfoques del derecho internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág 43.

⁷ Fallos del mes, 1985, N°65, página 31.

*políticas con potencias extranjeras y organismos internacionales y que, según el artículo 33 de la misma Carta Fundamental, los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del presidente de la República en el gobierno y administración del Estado. Por otra parte, debe también tenerse presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –la que ha sido ratificada por Chile-, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido que haya de atribuirles a los términos del tratado teniendo en cuenta su objeto y fin “.*⁸

En esta sentencia la Corte Suprema da algunas indicaciones para la interpretación del Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y Títulos Profesionales, señalando que el ministro al aplicar el Convenio, ha debido ceñirse a las normas de interpretación de tratados contenidas en la convención de Viena, por lo que se puede concluir que un tribunal chileno, al interpretar un tratado, debe aplicar las normas del derecho internacional sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por otra parte la Constitución Política exige a todos los órganos y agentes del Estado, respetar y promover los derechos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo que significa que los valores, principios y fines del capítulo de Bases de la Institucionalidad, en materia de derechos, son reglas jurídicas directamente aplicables en el ordenamiento jurídico, que se complementan con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

⁸ Rol N° 21.919.Revista Chilena de derecho, Vol 23, N° 2 y 3, Tomo I, pág 283.

A su vez, todo el sistema de derechos debe ser interpretado de manera tal que se aplique en cada caso la norma que mejor proteja a la persona y a sus derechos esenciales, y de conformidad con el contenido de los derechos asegurados por los tratados de derechos humanos del cual el Estado es parte.

4.- Jerarquía de los tratados internacionales

En los casos en que se producen conflictos entre estipulaciones de un tratado y normas internas, el tribunal debe tratar de evitar el conflicto dando a la ley interna, si ello es posible, una interpretación que la concilie con las estipulaciones del tratado, pues se presume que el legislador no ha dictado leyes contrarias a las obligaciones internacionales del Estado.

Los tribunales chilenos han decretado que, en el plano interno, las disposiciones de la Constitución prevalecen sobre las de un tratado internacional en caso de conflicto entre unas y otras.

Así, el Tribunal Constitucional se pronunció, en 1987, sobre la aplicabilidad del hoy derogado artículo 8 de la Constitución Política respecto al ex canciller Clodomiro Almeyda, quien había sostenido que dicho artículo transgredía la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este último aunque no había sido publicado aún en el Diario Oficial, era aplicable en la especie.

El Tribunal Constitucional afirmó la tesis de la supremacía constitucional, y rechazó los argumentos del recurrente sosteniendo:

“26) Que la argumentación del señor Almeyda en este orden de ideas plantea diversas cuestiones jurídicas, tales como la incorporación de aquellos instrumentos internacionales en el orden positivo interno; la naturaleza jurídica de la Declaración

Universal de Derechos Humanos; el punto de si el artículo 8 de la Constitución efectivamente infringiría los señalados instrumentos internacionales y, en fin, determinar la norma que debe prevalecer en el derecho interno ante una eventual contradicción entre una regla de Derecho Internacional convencional y un precepto de la Constitución política de la República.

27) Que, sin embargo, resulta oficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la legitimidad del artículo 8 de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional, resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen 'sobre la base del derecho nacional correspondiente'⁹, esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6°, 32 N°17, 50 N°1 y 82 N°2, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

28) Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario".¹⁰

⁹ *Principios de Derecho Internacional Público*, página 359.

¹⁰ *Diario La Nación* de 23 de Diciembre de 1987, página 13.

En este caso el tribunal consideró que su deber era aplicar la disposición de la Constitución, aunque esta fuera contraria a obligaciones derivadas para Chile de un tratado internacional en que era parte.

Ahora bien, el argumento entregado por el Tribunal de que la prevalencia, en el orden interno, de las normas constitucionales internas sobre las normas internacionales significaría permitir la reforma de la Constitución por un modo distinto del establecido en ella, no dice relación con este caso, puesto que habiendo Chile ratificado el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, dicho Pacto no podría haber modificado una Constitución que aún no existía.¹¹

Asimismo, en lo que respecta a la compatibilidad entre el ejercicio del recurso de protección fundado en la Constitución de 1980 y las normas del derecho diplomático y consular cuyo fundamento es consuetudinario y convencional y que establecen una serie de inmunidades, inviolabilidades y privilegios, la Corte Suprema sostuvo la tesis de la preeminencia constitucional en 1988.

En dos recursos de protección, uno en contra del Primer Consejero de la república Federal de Alemania en Chile, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Chillán, y otro en contra del Cónsul de la misma República en Concepción, que podían estar en colisión con las normas previstas en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre relaciones consulares de 1963, respectivamente.

El primero de los recursos interpuestos se fundaba en el quebrantamiento por parte del funcionario de la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N°4

¹¹ Santiago Benavada Cattán, Nuevos enfoques del derecho internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

de la Constitución Política, que dice relación con el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de las personas y de sus familias. La Corte de Chillán declaró carecer de jurisdicción para conocer del recurso en razón de que dicho funcionario gozaba de inmunidad de jurisdicción conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Esta sentencia fue apelada ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema decidió que la Corte de Apelaciones de Chillán tenía jurisdicción para conocer del recurso de protección interpuesto, que debía darle tramitación y, en su oportunidad, pronunciarse sobre el fondo.

En el segundo caso, la Corte de Apelaciones de Concepción había declarado carecer de jurisdicción en la especie porque los actos que motivaban el recurso habían sido realizados por dicho funcionario en el ejercicio de sus funciones, y por ende se encontraba amparado por la inmunidad de jurisdicción en virtud de la Convención de Viena de 1963. Apelada esta resolución, la Corte Suprema declaró que el tribunal de alzada tenía jurisdicción para conocer del recurso interpuesto y le ordenó darle tramitación y pronunciarse, en su oportunidad, sobre el mismo. En esta resolución existió un voto en contra que sostenía que debía aplicarse en todo caso el principio de la inmunidad de jurisdicción, tesis que en el hecho prevaleció. Posteriormente la Corte Suprema dictó una sentencia aclaratoria y rectificatoria, que limitó los alcances de la sentencia anterior.

Señaló que su sentencia : “ *en forma alguna afecta la inmunidad de jurisdicción a que se refieren las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y consulares, como quiera que sólo ha decidido admitir a tramitación un recurso de protección por supuesto agravio a derechos constitucionales amparados por el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile, recurso que por sí mismo no tiene carácter sancionatorio, sea éste penal, civil o*

administrativo, sin que se pueda en razón de la inmunidad aludida disponer medidas compulsivas en contra del Agente Diplomático”.¹²

Queda de manifiesto que la Corte Suprema, en las sentencias relativas a los dos funcionarios alemanes, afirmó la prevalencia, en el ámbito nacional, de la Constitución sobre las disposiciones de un tratado.

La reforma a la Constitución de 1989, que incorporó en el inciso 2° del artículo 5° la referencia a los “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, debió entenderse como una excepción a la tesis dominante, pero, como se analizará mas adelante, la tendencia ha sido reiterada en orden a considerar la tesis de la supremacía constitucional por parte de la jurisprudencia.

5.- Los Derechos Esenciales en la Constitución Chilena

En nuestro sistema constitucional los derechos no se constituyen en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve.

Los derechos emanan de la dignidad humana, así queda de manifiesto en el artículo 5° inciso 2° que prescribe : *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*.

¹² Sentencia 2 de agosto de 1988, Rol N°21.419

Los derechos que la Constitución asegura son los siguientes:

- Los que se explicitan en la Carta Fundamental;
- Los que asegura el Derecho Internacional a través de los principios de "ius cogens", que han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981;
- Los que asegura el Derecho Convencional Internacional de derechos humanos y derecho humanitario y los que asegura el derecho internacional consuetudinario;
- Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de los cuales no hay un reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional.

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho fundamental.

Así el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N°226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25°, determina:

"...la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales"

El artículo 5°, inciso 2°, agrega en su segunda oración : *" Es deber de los órganos de Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes"*

Esta oración, que fue incorporada por la reforma de 1989, tuvo por objeto otorgar seguridad jurídica de que los derechos esenciales garantizados por nuestra Constitución, no eran sólo los que el propio texto formal de la Constitución

señalaba en su artículo 19°, sino que se incorporaban al bloque constitucional también los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Todo lo anterior, eleva a los derechos asegurados por los tratados a la categoría de constitución material, al señalar que son límites a la soberanía, vale decir, a la potestad del estado, ellos forman parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno.

A su vez, el artículo 19 N° 26 de la Constitución, incorpora a nuestro orden jurídico la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos, disponiendo: *“ la seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza , no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*¹³

¹³ Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia, Humberto Nogueira Alcalá: págs 403-406, Revista Ius Et Praxis, año 9 N° 1.

6.- Crímenes de Lesa Humanidad

El concepto de crímenes de lesa humanidad nace a partir del Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, por el que se constituyó el tribunal de Nuremberg.

Si bien la idea ya viene de los antiguos delitos contra el derecho de gentes, es desde el proceso de Nuremberg que se va abriendo paso la concepción de una clase de crímenes que son tales para todo Estado , contra toda persona y en todo tiempo y lugar, incluso al margen o en contra de la voluntad de estados particulares.

Los delitos contra el derecho de gentes abarcaban conductas tales como la piratería o el tráfico de esclavos, careciendo de los alcances que se atribuyen hoy a los crímenes de lesa humanidad.

Hasta mediados del siglo XX el axioma de la soberanía absoluta de los Estados era incontrovertible, mas a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se fueron gestando diversos sistemas jurídicos que exceden la soberanía estatal.

En la actualidad, el Estado tiene como límite el orden jurídico internacional, por ello el Estado queda obligado aunque no haya ratificado tratado alguno, al margen de su voluntad.

Así, si bien la regla en cuanto a la vigencia de los tratados o convenciones es que rigen a partir de su ratificación, el principio se modifica en el caso que las normas contenidas en el tratado se relacionen con el Derecho Consuetudinario Internacional, hipótesis en la cual no es preciso, en caso de incumplimiento, comprobar que el estado acusado de violarla no la había aceptado. E incluso las Declaraciones de los organismos internacionales, en sí mismas no obligatorias,

adquieren obligatoriedad en la medida en que sea posible considerar algunas de sus disposiciones como interpretaciones del alcance de derechos ya reconocidos como parte del derecho Consuetudinario Internacional.

En ése orden de ideas, los crímenes de lesa humanidad no son tales por voluntad de los estados, ni requieren de su consentimiento, sino por imperio de normas universales inderogables constitutivas del ius cogens, que permiten actuar las normas contenidas en los tratados incluso en forma retroactiva y constituyen la ultima ratio en caso de inexistencia de norma convencional.

En la actualidad existen tres mecanismos de justicia en caso de crímenes de lesa humanidad: justicia nacional, justicia internacional y justicia universal.

La justicia nacional es ejercida por los tribunales ordinarios en la jurisdicción interna de los estados, la justicia internacional emana de las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional y los Tribunales Ad Hoc (Ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona), y la justicia universal puede ser ejercida en principio por cualquier tribunal de cualquier país en relación a los delitos cometidos en cualquier otro país, aunque en la práctica sólo está al alcance de naciones poderosas y con tradiciones jurídicas importantes.¹⁴

¹⁴ Marcelo Ferreira, Derechos Humanos, Capítulo XV crímenes de lesa humanidad, págs XV-1 a XV-50, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2005.

CAPITULO IV

APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR LA JURISPRUDENCIA CHILENA.

En nuestro país en el ámbito de los tribunales superiores de justicia no existen sentencias que sean concordantes entre sí, que puedan establecer el o los criterios que dichos tribunales observan en presencia de casos similares, por lo que aún no se puede considerar que exista jurisprudencia en materia de derechos esenciales.

En todo caso, en los últimos años es posible extraer algunos fallos de los tribunales superiores de justicia que van asimilando en forma gradual y progresiva una interpretación y aplicación ajustados al nuevo derecho de los derechos humanos.

Todo ello en consideración de que respecto a los derechos fundamentales, los tribunales son el único medio institucionalizado ante el cual puede reclamarse su efectividad ante actos u omisiones de los órganos públicos o de particulares que amenacen, perturben o priven de su legítimo ejercicio a sus titulares.

Es por ello que a continuación se analizarán las sentencias de los tribunales superiores de justicia, a partir de 1989, año en que se realizó la reforma a la Constitución, que introdujo el inciso segundo al artículo 5°, con el objeto de apreciar si existe una debida aplicación en Chile de los tratados internacionales de derechos humanos, los que según nuestra Constitución son una ley de la república.

Se analizará la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en materia penal y respecto de las violaciones de los derechos fundamentales.

El material utilizado corresponde a las siguientes revistas: Gaceta Jurídica, Revista Chilena del Derecho y Revista Fallos del Mes.

A continuación se expondrán gráficos explicativos de las distintas sentencias estudiadas, para luego realizar un análisis particular respecto de la aplicación de los tratados internacionales.

GACETA JURÍDICA	PÁGINA INICIO DE SENTENCIA	MATERIA
Mayo 1991	(87)	Giro Fraudulento de cheque
Junio 1991	(67)	Giro Fraudulento de cheque
Agosto 1991	(134)	Libertad Provisional Denegada (a procesado por delito contemplado en la ley N°17.798)
Agosto 1991	(102)	Libertad Provisional por delito tributario
Septiembre 1991	(85)	Giro Fraudulento de Cheques
Marzo 1992	(58)	Libertad Provisional (relación entre los artículos 19 N°7 letra a de la Constitución y el artículo 44 de la Ley de cheques)
Mayo 1993	(97)	Libertad Provisional(procesado por giro fraudulento de cheques)
Junio 1993	(92)	Libertad Provisional(procesado por giro fraudulento de cheques)
Octubre 1993	(97)	Libertad Provisional(procesado por giro fraudulento de cheques)
Octubre 1993	(92)	Recurso de Amparo Acogido(se deja sin efecto medida de apremio por cotizaciones provisionales)
Julio 1994	(84)	Recurso de Amparo rechazado(ordena de arresto impartida de acuerdo con preceptiva de la ley N°17.322)
Agosto 1994	(88)	Recurso de Amparo rechazado(ordena de arresto impartida legalmente en relación a cobros provisionales)
Septiembre 1994	(126)	Derecho Humanitario Internacional (primacía sobre ley interna)
Abril 1995	(136)	Confesión obtenida mediante apremios ilegítimos
Noviembre 1995	(120)	Amnistía(aplicación D.L.N°2.191)

GACETA JURÍDICA	PÁGINA INICIO DE SENTENCIA	MATERIA
Agosto 1996	(102)	Convenio sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas
Enero 1997	(130)	Recurso de Amparo acogido
Abril 1997	(140)	Recurso de Amparo rechazado(procedencia de orden de arresto por incumplimiento de sentencia que dispone pago de prestación)
Diciembre 1997	(93)	Recurso de Amparo rechazado(delito previsto en artículo 5° letra D Ley N°18.216)
Marzo 1998	(148)	Recurso de Casación de oficio(delito de detención ilegal)
Agosto 1998	(125)	Recurso de Casación en el fondo rechazado(responsabilidad penal extinguida por aplicación de amnistía)
Septiembre 1998	(114)	Recurso de Casación en el fondo acogido(improcedencia de decretar sobreseimiento definitivo por aplicación artículo 408 N° 5 del C. de P.P.)
Septiembre 1998	(136)	Recurso de Casación en el fondo rechazado(sobreseimiento definitivo por aplicación amnistía)
Noviembre 1998	(140)	Recurso de Casación en el fondo rechazado(causal 6° del artículo 546 del C de P.P.)
Julio 1999	(113)	Recurso de Queja rechazado
Julio 1999	(144)	Robo frustrado(derogación tácita de artículo 450 inciso 1° del Código Penal por regla de artículo 19 N°3 de la Constitución y tratados internacionales)
Octubre 1999	(159)	Libertad provisional (procesado por giro fraudulento de cheque)
Noviembre 1999	(118)	Libertad provisional en procedimiento de extradición

GACETA JURÍDICA	PÁGINA INICIO DE SENTENCIA	MATERIA
Abril 2000	(95)	Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad declarado inadmisibles
Abril 2000	(125)	Libertad provisional en proceso de extradición pasiva
Mayo 2000	(108)	Recurso de amparo rechazado(libertad provisional por delito de giro fraudulento de cheque)
Mayo 2000	(142)	Robo con violencia(alcance de los artículos 436 y 439 del Código penal)
Julio 2000	(135)	Recurso de amparo declarado improcedente(libertad provisional de procesado por giro fraudulento de cheques)
Junio 2001	(137)	Derogación tácita de artículo 450 del Código Penal por la Constitución y tratados internacionales.
Julio 2001	(102)	Delito de giro fraudulento de cheque(libertad provisional con fianza simple)
Julio 2001	(161)	Robo con violencia frustrado(derogación de artículo 450 del Código Penal por la Constitución y tratados internacionales.)
Agosto 2001	(143)	Solicitud de extradición pasiva rechazada
Octubre 2001	(174)	Robo con intimidación (derogación tácita artículo 440 inciso 1° del Código Penal por la Constitución)
Diciembre 2001	(143)	Robo con intimidación en grado de tentativa(derogación tácita inciso 1° artículo 450 del Código Penal por normativa constitucional posterior)
Febrero 2002	(179)	Convención de derechos del niño(protección privilegiada de menores)
Noviembre 2002	(113)	Recurso de amparo acogido(infracción a norma de reglamento carcelario)

GACETA JURÍDICA	PÁGINA INICIO DE SENTENCIA	MATERIA
Enero 2003	(149)	Robo en lugar destinado a la habitación(derogación tácita de artículo 450 del Código Penal por la normativa constitucional)
Marzo 2003	(163)	Robo con fuerza frustrado(derogación tácita de artículo 450 del Código Penal por la normativa constitucional)
Agosto 2003	(151)	Recurso de amparo acogido(apremio que constituye prisión por deuda)
Agosto 2003	(184)	Robo con homicidio y robo con intimidación(casación en el fondo declarada inadmisibile por errores en su planteamiento)
Agosto 2003	(196)	Sumario por presunta desgracia y posterior desaparecimiento)
Octubre 2003	(223)	Robo con intimidación frustrado(derogación tácita de artículo 450 del Código Penal por la normativa constitucional)
Diciembre 2003	(209)	Recurso de amparo rechazado(arresto decretado por retenciones provisionales impagas)
Enero 2004	(90)	Derecho Público: Participación televisiva de menores en escenas de extrema crueldad
Enero 2004	(204)	Secuestro calificado
Abril 2004	(147)	Recurso de amparo acogido(cobro de imposiciones retenidas)
Mayo 2004	(59)	Derecho Público: violación de DDHH por agentes del Estado.
Junio 2004	(190)	Robo con intimidación frustrado(derogación tácita de artículo 450 del Código Penal por la normativa constitucional)
Octubre 2004	(149)	Recurso de amparo acogido(arresto por deudas provisionales)
Octubre 2004	(160)	Secuestro calificado(carácter permanente del delito impide aplicación de la prescripción y la ley de amnistía)

GACETA JURÍDICA	PÁGINA INICIO DE SENTENCIA	MATERIA
Enero 2004	(90)	D°Público: participación televisiva de menores es escenas de extrema crueldad
Enero 2004	(204)	Secuestro Calificado
Abril 2004	(147)	Recurso de amparo acogido(cobro de imposiciones retenidas)
Mayo 2004	(59)	D°Público:violación de DDHH por agentes del Estado
Junio 2004	(190)	Robo con intimidación frustrado(derogación tácita del artículo 450 del Código Penal)
Octubre 2004	(149)	Recurso de amparo acogido(arresto por deudas provisionales)
Noviembre 2004	(146)	Recurso de amparo rechazado(órdenes de arresto decretadas por retención de cotizaciones provisionales no constituye prisión por deudas)
Noviembre 2004	(160)	Secuestro Calificado
Diciembre 2004	(179)	Robo con fuerza en lugar habitado frustrado
Abril 2005	(194)	Secuestro Calificado
Abril 2005	(238)	Nuevo procedimiento Penal:Delito de incendio
Julio 2005	(180)	Derecho Internacional de los DDHH: Secuestro Calificado
Agosto 2005	(218)	Nuevo procedimiento Penal:Quiebra Fraudulenta
Septiembre 2005	(152)	Recurso de amparo rechazado(orden de arresto por cotizaciones previsionales impagas)

GACETA JURÍDICA	PÁGINA INICIO DE SENTENCIA	MATERIA
Octubre 2005	(211)	Recurso de amparo acogido(apremio decretado por incumplimiento de pago de cotizaciones previsionales)
Marzo 2006	(228)	Homicidio Calificado
Abril 2006	(186)	Crímenes de lesa humanidad(carácter imprescriptible)
Julio 2006	(242)	Secuestro Calificado
Julio 2006	(266)	Robo con fuerza(derogación artículo 450 del código Penal)
Agosto 2006	(168)	Giro doloso de cheques
Octubre 2006	(249)	Secuestro Calificado
Noviembre 2006	(88)	D° Público: responsabilidad del Estado por violación de DDHH
Noviembre 2006	(247)	Delitos de lesa humanidad
Marzo 2007	(229)	Homicidio calificado

1.- APLICACIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

A).- Delito de giro fraudulento de cheque

SENTENCIA: Corte Suprema, 2 de Mayo de 1991.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica Mayo 1991, página 87.

Revista Chilena del Derecho Septiembre-Diciembre 1996, Vol 23 N° 2 y 3, página 602.

Se interpone recurso de queja en contra de resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que otorga libertad provisional sin exigir la caución contemplada en el artículo 44 D.F.L. 707.

Informe de los jueces recurridos : *“Revocamos la resolución apelada de 28 de Enero del año en curso, corriente a fojas 1029 y concedimos la libertad provisional a Hugo Araya Villarroel con fianza de quinientos mil pesos que deberá constituirse en alguna de las formas previstas en el artículo 361 del Código de procedimiento Penal por cuanto llegamos a la conclusión que el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques se encuentra derogado tácitamente por nuestra Carta Fundamental en la parte que exige además una caución de un monto no inferior al importe del cheque, intereses y costas.*

Lo resuelto se encuentra además en concordancia con el artículo 7 N°7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “ Pacto de San José de Costa Rica” aprobado por el congreso nacional y publicado en el Diario

Oficial, de 5 de Enero de 1991 que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5° de la Constitución Política, que establece que “nadie será detenido por deudas” y no cabe duda que si se aceptara la interpretación del recurrente, la permanencia en el recinto carcelario de Hugo Araya Villarroel habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad.”

Las disposiciones contenidas en los números 7 y 26 de la Constitución política, derogaron tácitamente el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en lo tocante a la exigencia de una caución especial para otorgar al procesado la libertad provisional.

A mayor abundamiento, esta interpretación guarda concordancia con el artículo 7° N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SENTENCIA: Corte Suprema, 25 de Junio de 1991.

UBICACIÓN: Revista Chilena del Derecho, Septiembre-Diciembre, Vol 23 N°2 y 3, pág 604.

La Corte Suprema acoge recurso de queja y deja sin efecto la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, que concedió la libertad provisional sin caución a don Alejandro Garat Gálvez.

En el delito por giro doloso de cheque, la caución en dinero no inferior al importe del cheque para obtener la excarcelación, exigida por el artículo 44 de la ley sobre Cuentas Corrientes bancarias y Cheques, no está en pugna con el derecho a la libertad provisional garantizado por el artículo 19 N°7 letra e) de la Constitución Política, por las razones que expresa el fallo de la Corte Suprema.

El referido artículo 44 tampoco contraría la Convención Americana de los Derechos Humanos, denominada pacto de San José de Costa Rica, ordenada cumplir por Decreto 873, que en su artículo 7°, numerando 7° asegura el derecho a que nadie será detenido por deudas, ello, porque la caución que establece no es propiamente la exigencia de una deuda civil sino una simple condición legal para que los individuos privados de libertad por delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio.

SENTENCIA: Corte Suprema, 30 de julio de 1991.

UBICACIÓN: Revista Chilena del derecho, Septiembre-Diciembre, Vol 23 N° 2 y 3, pág 607.

Se interpone recurso de queja ante la Corte Suprema, por estimar que la Corte de Apelaciones al confirmar la sentencia de primera instancia, añadiendo el requisito de exigir la caución exigida en el artículo 44 D.F.L. 707, ha incurrido en un grave error, puesto que, a juicio del recurrente el artículo 44 D.F.L. 707 está tácitamente derogado por el artículo 19 N°7 de la Carta de 1980, por ende, no procedería exigir la caución establecida en aquella disposición para otorgar la libertad provisional. En definitiva, la Excelentísima Corte Suprema declaró ha lugar el recurso de queja intentado.

Legislación y textos internacionales aplicados: Artículo 44 D.F.L 707, artículo 19 N°7 Constitución Política de 1980, pacto de San José de Costa Rica, artículo 7 numerando 7°.

SENTENCIA: Corte Suprema, 30 de Enero de 1992.

UBICACIÓN: Revista Chilena del Derecho, Septiembre-Diciembre, Vol 23 N° 2 y 3, pág 609.

El procesado es beneficiado con la libertad provisional sin la caución que ordena el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, por lo que se presenta recurso de queja, la Corte Suprema acoge el recurso y ordena dejar sin efecto dicha resolución, por estimar que el artículo 44 de la Ley en comento, se encuentra en total concordancia con el artículo 19 N° 7 de la Carta fundamental.

Legislación y textos internacionales aplicados: Artículo 44 D.F.L 707, artículo 19 N°7 Constitución Política de 1980, pacto de San José de Costa Rica, artículo 7 numerando 7°.

SENTENCIA: Corte Suprema, 11 de octubre de 1993.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica octubre 1993, pág 160 y ss.

La preceptiva constitucional, de acuerdo con los antecedentes de su establecimiento, no deroga tácitamente el artículo 44 de la ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

Tampoco tiene incidencia en el tema, el pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, puesto que el numerando 7° del artículo 7° no resulta contrariado por dicho artículo 44 de la Ley.

SENTENCIA: Corte Suprema, 26 de Octubre de 1999.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica Octubre 1999, pág 156 y ss.

Se rechaza recurso de amparo intentado respecto de libertad provisional de procesado, por estimar la Corte que las normas constitucionales prevalecen sobre las de rango legal.

El artículo 44 de la Ley sobre cuentas Corrientes Bancarias y cheques es de menor jerarquía que los artículos 19 N°7 y 26 de la Constitución, por lo cual debe darse a estas últimas preferencia al resolver la libertad provisional de un procesado por giro fraudulento de cheques.(considerando 3°)

Luego se señala en el considerando 9°: *que, del mismo modo, debe expresarse que el Pacto de San José de Costa Rica no se aplica a las órdenes de detención (o prisión preventiva) emanadas de los delitos de giro doloso de cheques, pues no se trata, como se ha dicho, de una prisión por deudas, sino a consecuencia del cometimiento de un hecho ilícito tipificado de la manera prevista por el inciso séptimo del número tercero del artículo 19 de la Constitución Chilena(principio de legalidad o reserva); sin perjuicio de tener a demás en consideración que el mismo tratado internacional aludido, de vigencia obligatoria en nuestro país, establece en su artículo séptimo número dos que “ nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes*

dictadas conforme a ellas”, lo cual corrobora el principio que se ha dejado señalado; por todo lo cual el recurso de amparo interpuesto en estos antecedentes no puede prosperar.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 23 de mayo de 2000.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica mayo 2000, pág 108 y ss.

Recurso de amparo rechazado, de oficio la Corte Suprema hace prevalecer disposición de rango constitucional.

El artículo 44 de la Ley sobre cuentas Corrientes Bancarias y cheques es de menor jerarquía que los artículos 19 N°7 y 26 de la Constitución, por lo cual debe darse a estas últimas preferencia al resolver la libertad provisional de un procesado por giro fraudulento de cheques.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de Agosto de 2006.

UBICACIÓN: Gaceta jurídica agosto 2006, pág 168 y ss.

Se confirma sentencia apelada, quedando el acusado condenado como autor de dos delitos reiterados de giro fraudulento de cheques, por considerarse que:

No existe contraposición entre el artículo 2 de la Ley sobre Cuentas Corrientes bancarias y Cheques y el Pato de San José de Costa Rica, que proscribire la prisión por deudas, toda vez que el tipo penal aludido cautela la buena fe en las relaciones comerciales e involucra el castigo de una forma especial de fraude, cuyo bien jurídico protegido encuentra su fundamento en el orden público económico. De este modo, no importa un encarcelamiento por el simple

incumplimiento de una obligación, como se ha pretendido por la defensa.(consid. 1° y 2°).

COMENTARIOS

En cuanto a la aplicación del Pacto en cuestión, no existe un criterio uniforme por parte de los tribunales superiores, por cuanto si bien este es considerado y señalado , no hay una tendencia clara respecto a la caución exigida por el artículo 44 de la Ley sobre cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Así tenemos casos en que dicho artículo se consideró derogado tácitamente por la Constitución, y otros en que se consideró en total concordancia con el artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, la jurisprudencia de los últimos años ha otorgado preferencia a las normas constitucionales al resolverse las peticiones de libertad provisional por delito de giro fraudulento de cheque.

B).- Apremio por incumplimiento de obligaciones previsionales

SENTENCIA: Corte Suprema, 16 de junio de 1991.

UBICACIÓN: Revista Chilena del Derecho, Septiembre-Diciembre, Vol 23 N° 2 y 3, pág 608 y ss.

Se condena en primera instancia a prisión al acusado por no dar cumplimiento al pago de imposiciones previsionales como lo ordena el artículo 12 de la Ley 17.322, el afectado recurre de amparo ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, no dándose lugar al recurso, por lo que entabla recurso de apelación a la resolución que se pronunció sobre el recurso de amparo.

La Corte Suprema confirma la resolución apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

El arresto que establece el artículo 12 de la Ley 17.322 no implica una prisión por deudas en los términos concebidos por el Pacto de San José de Costa Rica, sino una simple medida coercitiva concedida por la ley para obtener el cumplimiento de una obligación legal, cuando su incumplimiento se ha producido en las circunstancias que la propia disposición aludida determina.

SENTENCIA: Corte Suprema, 26 de octubre de 1993.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica octubre 1993, pág 92 y ss.

Recurso de amparo acogido, deja sin efecto medida de apremio por cotizaciones provisionales.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7° del Pacto de San José de Costa Rica y considerando que no parece suficientemente acreditado que el amparado haya sido el empleador de todas las personas que aparecen en las liquidaciones acompañadas en el proceso en que se dictó la orden de apremio, se infiere que la medida fue expedida sin merito suficiente.

Se revoca el fallo de primera instancia y se acoge el recurso de amparo.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones Santiago, 4 de julio de 1994.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica julio 1994, pág 84.

Recurso de amparo rechazado por la Corte de Apelaciones, sentencia que es confirmada por la Corte Suprema.

Se estima que la orden de arresto impartida no vulnera el mandato de la frase final del artículo 5° de la Constitución Política, en relación con el Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto este último prohíbe la prisión por deudas, toda vez que el artículo 19° N° 7 letra b) de dicha Carta admite expresamente la restricción de la libertad personal en los casos y formas determinados por la ley, uno de los

cuales es precisamente el que contemplan los señalados preceptos de la ley 17.322, que acarrearán como consecuencia el que la limitante de la libertad no se deba, en esta particular situación, a un endeudamiento, sino al flagrante atentado a la obligación que el sistema jurídico chileno hace recaer sobre algunas personas en orden a respetar el bien jurídico de la seguridad provisional, de esa manera férreamente resguardado.

SENTENCIA: Corte Suprema, 6 de Agosto de 2003.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica agosto 2003, pág 151 y ss.

Recurso de amparo acogido, se considera que el apremio decretado constituye una prisión por deudas.

El apremio decretado constituye una amenaza ilegítima a la libertad personal de la recurrente, ya que el pago compulsivo de una cotización previsional deriva de una actuación que importa una prisión por deuda que en nuestro sistema jurídico está proscrito, en atención a lo dispuesto en el artículo 7° N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación a lo establecido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

SENTENCIA: Corte Suprema , 6 de Abril de 2004.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica abril 2004, pág 147 y ss.

Recurso de amparo acogido, se considera que el apremio decretado constituye una prisión por deudas.

El pago compulsivo de una cotización provisional constituye una prisión por deuda proscrita de nuestro sistema jurídico, lo que esta Magistratura está en el deber de remediar, se revoca la sentencia apelada y se acoge el recurso de amparo interpuesto dejándose sin efecto los arrestos decretados en contra del amparado.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Temuco, 22 Septiembre de 2004.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica octubre 2004, pág 149 y ss.

Recurso de amparo acogido por la Corte , estimándose lo siguiente: de acuerdo con el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, los derechos asegurados en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos, y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como, asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.

De lo expuesto, cabe concluir que el pacto de San José de Costa Rica tiene una jerarquía superior a la ley 17.322, y que, por lo demás, al haber sido esta ley publicada en 1970, fue derogada tácitamente por el pacto, cuya publicación en el Diario Oficial es posterior.

El referido pacto, en su artículo 7° N° 7, al señalar que nadie puede ser detenido por deudas, admite una sola excepción: los mandatos de autoridad jurisdiccional competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios, por lo que no puede ampliarse su interpretación para incluir, a demás, las deudas

previsionales, derivadas de una ejecución civil y no a consecuencia de un posible ilícito penal, que en determinadas circunstancias pudiera llegar a configurar el no pago de imposiciones, cuando, descontadas al trabajador, no se integran a su fondo previsional.

Las órdenes de arresto han sido dispuestas en contra de las normas anteriormente invocadas, con lo cual se atenta en contra de la garantía constitucional invocada por el recurrente, por constituir una amenaza ilegítima a la libertad personal del recurrente, ya que el pago compulsivo de una cotización previsional constituye prisión por deuda, proscrita de nuestro sistema jurídico.

(Consid. 2° a 5° Corte de Apelaciones confirmado por Corte suprema con voto en contra de dos ministros) .

COMENTARIOS

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se encuentra dividida en esta materia, así encontramos sentencias que acogen recursos de amparo respecto de apremios por cotizaciones previsionales, considerando que se está frente a una prisión por deudas , como asimismo , sentencias que rechazan amparos por considerar que no se está frente a casos de prisiones por deuda.

Estas últimas basan sus razonamientos en diversas causas, la mayoría señala que se trata de apremios legítimos decretados de acuerdo a la ley por autoridad facultada para ello.

También, existe jurisprudencia que considera que no existe vulneración al Pacto, al considerar el apremio como una prisión por deudas, pues estando vigente

el Pacto de San José de Costa Rica, el legislador dictó la ley N° 19.260 el año 1993, que agregó el inciso final al artículo 19 del D.L N° 3500, estableciendo un delito con las penas previstas en el artículo 467 del Código Penal, que sanciona al que con perjuicio del trabajador, se apropiare o sustrajere el dinero proveniente de las cotizaciones previsionales, lo que está en consonancia con el artículo 19°N°18 de la Constitución Política, en orden a que el estado debe supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

C).- Delito de robo

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de julio de 1999.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica julio de 1999, pág 144 y ss.

Se trata de un robo frustrado, en donde hay una derogación tácita del artículo 450, inciso 1° del Código Penal, por regla de artículo 19 N° 3 de la Constitución y tratados internacionales.

El artículo 450 inciso primero del Código Penal, que castiga los delitos de robo como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, debe resolverse a favor del derecho superior referido, que de esta forma ha derogado tácitamente el precepto penal aludido.

Se tiene presente:

1°: Que los dos incisos finales del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política siendo un principio de antigua raigambre en la teoría penal: ninguna conducta será castigada como delito sin que una ley previa a ella la describa expresamente y le señale una pena.

Este axioma está recogido, también, en la Convención Americana o Pato de San José (artículo 9) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), vinculantes para los tribunales chilenos, por mandato de la última oración del artículo 5° de la Ley Principal.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de Mayo de 2000.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica Mayo de 2000, pág 142 y ss.

En este caso de robo con violencia se tiene presente la Convención Americana, en lo que dice relación con el principio de presunción de inocencia, así el considerando segundo señala que la condena por sentencia de primer grado anterior, no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que emana de instrumentos internacionales vigentes, como es el caso del artículo 8°, N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2001.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica junio de 2001, pág 137 y ss.

Derogación Tácita del artículo 450 del Código Penal por la Constitución y tratados internacionales.

1°: “Que tanto la Constitución política de la república en su artículo 19 N°3 inciso final como la Convención Americana de Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica en su artículo 9°, y el pacto Internacional de derechos Civiles y políticos en su artículo 15 (normas vinculantes para los tribunales en virtud del artículo 5° del primer texto citado), establecen el principio de legalidad penal prohibiendo sancionar conductas que previamente no hayan sido descritas y a las

cuales no se hubiere atribuido sanción, cual no es lo normado en el artículo 450 del Código Penal.”

En consecuencia, debe entenderse derogado dicho artículo 450 por la norma de mayor rango posterior, orientadora del sistema punitivo.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de octubre de 2001.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica octubre de 2001, pág 174 y ss.

Robo con intimidación. Hay derogación tácita del artículo 440, inciso 1° del Código Penal por la Constitución.

El artículo 440, inciso 1° del Código Penal, que castiga como consumados los delitos de robo con violencia o intimidación y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, está en conflicto con garantías constitucionales como las de tipicidad, lesividad, reglamentación objetiva de la sanción, proporcionalidad de las penas, culpabilidad e igualdad ante la ley, contenidas fundamentalmente en los incisos 6°, 7° y 8° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política, a las que afecta en su esencia, por lo que cabe concluir que la norma legal ha sido derogada por la de mayor rango y de fecha posterior, perdiendo su eficacia normativa, lo que toca declarar fundamentalmente a los tribunales, por exigirlo uno de los presupuestos del racional y justo procedimiento.

El considerando 12 señala , además, que al respecto no debe olvidarse lo que ha declarado en forma reiterada la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en el sentido de que” de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son

superiores a toda norma que pueda disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”, a lo cual se une el hecho que, por mandato del Código Político, los preceptos legales que regulan las garantías constitucionales, no pueden afectar los derechos en su esencia,(artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República).

17°: Que, en las condiciones expresadas, cobra plena aplicación el valor o principio que emana de la naturaleza humana, proclamado en el artículo 11 de la declaración de los Derechos Humanos que “ todo hombre acusado de un acto delictuoso tiene derecho a ser presumido inocente, hasta que su culpabilidad haya sido probada de acuerdo a la ley”, desarrollado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales disponen que toda persona inculpada o acusada de un delito tiene el derecho que se presuma su inocencia mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad, además de reconocer que durante el proceso tendrá derecho, “en plena igualdad” a gozar de ciertas garantías mínimas.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de diciembre de 2004.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica diciembre de 2004, pág 179 y ss.

Robo con fuerza en lugar habitado frustrado, derogación parcial de artículo 450 del Código penal por normativa constitucional posterior. Reincidencia específica.

En el considerando 1° la Corte señala que el artículo 19 N° 3, inciso final de la Constitución Política de la República, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vinculantes para los tribunales nacionales de conformidad con el artículo 5° de la Constitución

citada, prohíben que se sancionen conductas que previamente no hayan sido íntegramente descritas y a las cuales no se hubiera atribuido sanción, para establecer un límite máximo e imprescindible a la potestad punitiva del Estado, que garantice la seguridad personal y que, por lo mismo, legitime la reacción, cual no es lo normado en el artículo 450 del Código Penal, puesto que no describe una conducta inacabada como constitutiva de una infracción penal específica, limitándose a indicar que es aplicable en la situación de frustración del robo con violencia, la pena prevista para el delito consumado, esto es, la que ha sido considerada para una actividad distinta.

Luego en el considerando 2° dispone que interpretado de manera conjunta el ordenamiento jurídico relacionado con las conductas punibles, la norma legal del artículo 450 del Código Penal debe entenderse derogada por la de mayor rango y fecha posterior que cumple la función de orientar el sistema punitivo.

Si en autos no quedó acreditado el cumplimiento efectivo de la sanción anterior, no puede entenderse agravada la responsabilidad del acusado por reincidencia en delito de la misma especie.(Consid.4°).

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago.(nuevo proceso penal),5 de julio de 2006.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica julio de 2006, pág 266 y ss.

Se trata de un robo con fuerza en lugar habitado, en que se interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha 26 de mayo de 2006, dictada por el Tercer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal.

Se funda el recurso en la causal contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal: cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiera

hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, específicamente una errónea interpretación y aplicación del artículo 450 inciso 1° del Código Penal.

Expone que esta norma resulta inaplicable toda vez que ella infringe lo dispuesto en el artículo 19 n°s. 2 y 3, incisos 6° y 8° de la Constitución Política.

Señala que el artículo 450 no se condice con el principio de tipicidad establecido en el artículo 19 N°3, inciso 8° de la Carta Fundamental, toda vez que éste dispone que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

Indica que el sentenciador, en el considerando noveno del fallo recurrido, sostiene que es plenamente aplicable la disposición del artículo 450, pues contiene una norma que no presume responsabilidad sino la medida de la sanción a aplicar. Expresa que el error del sentenciador radica en considerar que el artículo 450 contiene la sanción que se ha de aplicar.

En este caso de robo con fuerza en lugar habitado, se estableció la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, de acuerdo a las siguientes argumentaciones:

Al sancionarse el robo frustrado como consumado, conforme la artículo 450 del Código Penal, no se vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que todas las personas que se encuentran en la misma situación que el imputado, deben ser castigados de acuerdo al mismo precepto. (Consid. 4° y 5°)

El mencionado artículo no establece una participación y culpabilidad en razón de una presunción de derecho, ya que, previo a la imposición de la pena, ambos extremos deben acreditarse mediante la correspondiente prueba y sólo entonces se aplicará aquella determinada por el legislador por el delito cometido.(Consid. 6°)

No puede concluirse que la conducta punible no está descrita en la ley; toda vez que el robo con fuerza en lugar destinado a la habitación se encuentra establecido en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 432 del Código Penal, por lo que tampoco puede sostenerse que el controvertido artículo 450 y su aplicación por el Tribunal Oral vulnera lo preceptuado en el inciso final del N° 3 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.(Consid. 7)

En todo caso, la norma del artículo 51 constituye la regla general, aludiendo el artículo 450 a una situación particular y específica, por lo que debe primar sobre la anterior, que dispone que la pena del autor de un delito frustrado se debe rebajar en un grado.(Consid.8).

COMENTARIOS

La jurisprudencia analizada respecto del delito en comento, en sus distintos aspectos, como robo frustrado, con intimidación, con fuerza en las cosas, etc, es mas bien uniforme, puesto que al existir una pugna entre la aplicación de la normativa establecida por el Código Penal y la establecida por la Constitución y los tratados internacionales, se ha aplicado en definitiva la normativa de la Carta Fundamental, haciendo primar el principio de la legalidad penal, consagrado , como se ha manifestado, en el artículo 19 N°3 inciso final de nuestra Carta, en el artículo 9° de la Convención Americana y en el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, cabe precisar, que esta tendencia se rompe en el año 2006, respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de julio de 2006.¹⁵

En dicha oportunidad se declaró la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, desestimando el recurso de nulidad interpuesto.

En las argumentaciones expresadas en dicho recurso, existe una que no había sido señalada con anterioridad por ninguna defensa, (en la jurisprudencia analizada en este trabajo), respecto de la cual cabe hacer un comentario.

La recurrente señala que el error del sentenciador radica en considerar que el artículo 450 contiene la sanción que se ha de aplicar. El texto actual de este artículo fue incorporado por la Ley N° 17.727, de 27 de septiembre de 1972. Es decir, tiene su origen en una modificación legal que es muy anterior a la norma constitucional citada, por lo cual la referida ley- actual artículo 450- al no haber descrito expresamente como delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación frustrado, a lo que el legislador de l año 1972 no se encontraba obligado por no existir un precepto de rango supra legal similar al recién citado, ha de acarrear necesariamente su consiguiente ineficacia jurídica, por hallarse tácitamente derogada por la aludida norma constitucional, al resultar irreconciliable con ella y con el contenido armónico de la nueva normativa informante del actualmente estatuto constitucional de los derechos de las personas.

¹⁵ Gaceta Jurídica julio de 2006, pág 266 y ss.

D).- Otras aplicaciones del pacto

Apremios Ilegítimos

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de abril de 1995.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica abril 1995, págs 136 y ss.

Se declara la nulidad de una confesión obtenida mediante apremios ilegítimos, puesto que no es posible acreditar la participación en los hechos, desde el instante en que muy probablemente dicha confesión fue obtenida mediante presión.

Se señala en el considerando 2° que el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte el artículo 14.3. letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable.

Todavía más, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes define como tortura “ todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión....cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otro persona en el ejercicio de funciones públicas..” (artículo 1°). Obliga a todo Estado Parte a mantener en examen los sistemas, métodos y prácticas de interrogatorio de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión, precisamente con el fin de evitar

“todo caso de tortura”(art.11). Y además, compele a los Estados parte asegurarse de que ninguna declaración que se demuestre haber sido hecha como resultado de tortura “pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento” (art.15).

El considerando 3° se refiere a lo siguiente : Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, por cumplir plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política.

Por lo demás, hoy se entienden formar parte del debido y racional procedimiento penal y, por tanto, también obligan a los tribunales por la vía del artículo 19 de la misma Carta Principal, en lo que hace a su numeral 3° inciso 5°.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de octubre de 2002.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica noviembre 2002, págs 113-117.

Recurso de amparo acogido por infracción a norma de reglamento carcelario.

El considerando 8° señala que de la visita a las celdas de castigo se puede concluir que dichos recintos, aunque sean de castigo, violan el derecho constitucional a la integridad física y psíquica de los reclusos en ellos encerrados, por cuanto el hecho de introducir a más de uno de ellos en un espacio pequeño de por sí trae como consecuencia un hacinamiento inaceptable que duplica el castigo de estar alejado de la población penal, incentivando la degeneración moral entre los reclusos.

Que las anteriores situaciones vulneran también el artículo 5° N°2 y N°6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el numeral dispone que

“Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; y el numeral 6 , por otra parte, establece que “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.”.

Con fecha 4 de noviembre de 2002 la Corte Suprema confirma la resolución apelada de 28 de octubre de 2002.

COMENTARIOS

Las dos sentencias expuestas tienen una especial preocupación por la persona humana, en su dignidad y derechos, y hacen prevalecer las normas contenidas en tratados internacionales de derechos fundamentales por sobre las disposiciones internas.

En la primera sentencia, la Corte se refiere expresamente al hecho de que las disposiciones contenidas en los tratados son vinculantes para los jueces de la República, y que forman parte del procedimiento penal, todo ello en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, como asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso 5° de dicha Constitución.

2.- APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

En los tribunales de justicia chilenos no se ha aplicado el Derecho Humanitario de manera adecuada, esto debido a que la jurisprudencia no es uniforme respecto a la aplicación de los Convenios de Ginebra, que son la fuente material más directa del Derecho Humanitario.

Los tribunales chilenos se han dedicado a negar la aplicación de los Convenios de Ginebra, argumentando el hecho de no darse el supuesto para ello, esto es, la existencia de un conflicto bélico efectivo.

La discusión que rodea la aplicabilidad de los Convenios recae sobre si el estado de sitio, declarado en Chile en 1974, tiene como fundamento un conflicto bélico en el cual cabe la aplicación de los Convenios de Ginebra.

Sin embargo, en estos últimos años, existen fallos que aceptan la aplicación de estos Convenios, aduciendo que la protección de la persona humana es lo fundamental.

Ahora bien, debe tenerse presente que la debida aplicación de los Convenios de Ginebra no representa mas que la voluntad de cumplir con la responsabilidad internacional que ha asumido el Estado al ratificar dichos Convenios.

**Análisis de la aplicación de los Convenios de Ginebra por la jurisprudencia
chilena.**

A partir de 1994 , encontramos dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, que aplican los Convenios de Ginebra, que se basan en el hecho de que entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, y entre el 6 de noviembre de 1984 y el 17 de junio de 1985 rigió en Chile el estado de sitio, indicándose que si bien no existía guerra civil, se aplicarían los tribunales militares de tiempos de guerra.¹⁶

Luego en 1998, existe un fallo de la Corte Suprema¹⁷, en donde se aplican lo Convenios, aduciendo a la tesis que les da aplicación en orden a considerar que en el estado de sitio declarado, había un conflicto bélico.

Pero debe tenerse presente, que en el mismo año, y un mes antes, esto es en Agosto de 1998, la Corte rechazó un recurso de casación en el fondo, señalando que la responsabilidad penal se encontraba extinguida por aplicación de amnistía y que no era procedente aplicar la Convención de Ginebra de 1949 y el protocolo II, por cuanto en Chile el “ estado de guerra” sólo constituyó una ficción legal que no es reflejo de la realidad experimentada en esa época.(considerando 7°).¹⁸

A continuación se expone el fallo de la corte Suprema que aplicó la Convención de Ginebra, en 1998.

¹⁶ Contra Romo Mena, Corte de Apelaciones de Santiago 26 de septiembre de 1994, y contra Romo Mena, Corte de Apelaciones de Santiago 30 de Septiembre de 1994, Gaceta Jurídica septiembre 1994, pág 127-136

¹⁷ Sentencia de casación 9 de septiembre de 1998, Gaceta Jurídica septiembre 1998, pág 114 y ss)

¹⁸ Gaceta Jurídica agosto 1998, pág 125-134.

SENTENCIA: Corte Suprema, sentencia de casación 9 de septiembre de 1998.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica septiembre 1998, pág 114 y ss.

El Segundo juzgado Militar de Santiago, por sentencia de primera instancia, sobreseyó definitivamente en el conocimiento de la causa, a las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la detención y posterior desaparición de la víctima en este proceso, ocurrido con fecha 19 de julio de 1974.

La Corte Marcial confirmó la sentencia de primer grado, y se recurrió de casación en el fondo.

El recurso fue acogido señalándose la improcedencia de decretar sobreseimiento definitivo por aplicación del artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 93 N° 3 del Código Penal. A demás se declaró la vigencia de las Convenciones de Ginebra.

En el considerando noveno se señala que el 12 de septiembre de 1973 se dictó el decreto ley N° 5, que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del Código de justicia militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna,(situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como “ estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial del 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3°(Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra), obliga a los estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado

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

Luego en el considerando décimo establece que entre otras consideraciones que, en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios de Derecho internacional los tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; 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 denuncia de los Convenios respectivos.

En esta causa nuestros tribunales consideraron que los Convenios de Ginebra eran aplicables, por lo que puede concluirse que el estado de sitio, declarado en 1974, tiene como fundamento un conflicto bélico, razón fundamental para la aplicación de estos Convenios.

Con posterioridad a este fallo, la Corte Suprema, en el año 2000 ¹⁹, hace aplicación de los Convenios, y ya en el 2004 ²⁰, la Corte de Apelaciones de Temuco, también acepta dicha aplicación, pero ahora el criterio es distinto, teniendo como base que la protección de la persona humana es lo fundamental.

Los fallos más recientes los encontramos en el año 2006, en sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de noviembre de 2006, y en este año, en marzo de 2007, sentencia de casación pronunciada por la Corte Suprema, con fecha 13 de marzo de 2007.

¹⁹ Desafuero Pinochet Ugarte, Corte Suprema 8 de agosto de 2000 .

¹⁸ Corte de Apelaciones de Temuco 29 de diciembre de 2004, Lexis Nexis, base de datos electrónica de jurisprudencia, número identificador: 32543.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2006.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica noviembre 2006, pág 247 -262.

Este fallo declara que los delitos de homicidio simple cometidos por agentes del Estado, debido a consideraciones políticas, pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad, conforme a principios del derecho internacional y son, por ende, imprescriptibles.

Señala que los hechos justificados si bien no se trata de un acontecimiento que reúna los caracteres de un asesinato con motivaciones políticas, claramente se trata de un atentado a la vida, cometido por funcionarios del Estado, en un periodo de conmoción interna, tomando por base, entre otras, las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de los crímenes de guerra.

Hace alusión, en su considerando 11°, que a partir del 11 de septiembre de 1973 se decreta toque de queda y se implementan medidas de excepción.

En la fecha indicada se dicta el decreto ley N° 3 , en que considerando la situación de conmoción interior que vive el país y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política de la República, en Chile se declaró el “Estado de Sitio en todo el territorio de la República”, al día siguiente, esto es el 12 de septiembre, se dicta el decreto ley N° 5 que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del Código de justicia militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna, debía entenderse como “ estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Por consiguiente, la normativa que se dictó indica expresamente que se dispone el “estado o tiempo de guerra” con la finalidad de aplicar la normativa sustantiva penal, como la procesal orgánica contemplada para ese estado, como para los efectos que disponen las “demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación, normativa entre la cual se encuentra, precisamente, la de los Convenios de Ginebra de 1949.

Luego se señala que en lo que dice relación con los Convenios de Ginebra debe tenerse en consideración que Chile los ratificó y se publicaron en el Diario oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, por lo que indudablemente deben ser considerados.

En el considerando 15° dispone que, en todo caso, en el concierto del derecho internacional, el derecho humanitario comprende las ramas del derecho de guerra, que tiene por objeto regular las hostilidades, y el derecho humanitario propiamente tal, que pretende obtener el respeto de las personas que no estén comprendidas en tales acciones, ya sea por que no forman parte de los ejércitos, como por el hecho que, formando parte de las fuerzas regulares en pugna, ya se encuentran sometidos. Dentro de las principales reglamentaciones se encuentra la Convención de Ginebra de 1864 que tiene por objeto mejorar la suerte de los heridos, reconociendo el principio que tales personas (los lesionados) son neutrales, al igual que quienes los atienden; la Convención de la Haya de 1899, que pretendía reglamentar las hostilidades; el Convenio de la Haya de 1907 que prohíbe ciertas acciones, como lanzar misiles desde globos, los gases asfixiantes y las balas que se dilatan al ingresar al cuerpo, además de referirse al trato de los enfermos y heridos; el mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima, el Convenio de Ginebra de 1906 se refiere en mejor forma a los heridos y enfermos;

el Protocolo de Ginebra de 1925 prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos.

Por último el considerando 19° dispone que , tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

SENTENCIA: Corte Suprema, 13 de marzo de 2007.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica marzo 2007, pág 229 y ss.

En este fallo se hace una especial mención a los tratados internacionales de derechos humano ratificados por nuestro país.

Se trata de un homicidio calificado, en donde se declara la improcedencia de la prescripción de la acción penal y aplicación de la ley de amnistía.

Así, la Corte señala: El inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “ los derechos esenciales de la persona humana” siendo “ deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder Constituyente

derivado, lo que impide que sean desconocidos ²¹, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándoles rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto , y 19, N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Parte de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. .

²¹ Fallos del mes N° 446, sección criminal, página 2066.

De los últimos fallos expuestos, puede concluirse que el criterio de nuestros tribunales Superiores de Justicia ha cambiado en lo que respecta a la aplicación de los mentados Convenios, se ha abierto a considerar su aplicación por razones mas bien humanitarias, reconociendo la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

En el último fallo comentado, se han pronunciado a favor de considerar a los tratados internacionales de derechos humanos como parte de la Constitución material, estableciendo un carácter amplio de protección, aun cuando los derechos no se encuentren en el texto constitucional, lo que hace algunos años era prácticamente imposible de considerar, por lo que se ha producido un gran avance en esta materia.

3.- APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTIA (DECRETO LEY 2.191)

El Decreto Ley 2.191 de 19 de abril 1978, estableció la Ley de Amnistía, que favorece a personas que hubieran incurrido en hechos delictuosos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontraran sometidas a proceso o condenadas. Esta Ley también se aplica a personas condenadas durante ese período por los tribunales militares.

En cuanto a los efectos de esta Ley, se ha generado una discusión de carácter procesal, acerca de si puede aplicarse sólo de haberse agotado la investigación, de acuerdo con las reglas que rigen el sobreseimiento definitivo, esto es el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, o si debe aplicarse

inmediatamente una vez determinada su procedencia de acuerdo con los artículos 107 y 408 del mismo Código.²²

Con la entrada en vigencia de la reforma al artículo 5°, inciso 2° de la Constitución Política, los tribunales se han pronunciado respecto de la jerarquía de los tratados ante la Constitución y las leyes en casos en que se ha tratado de impugnar la validez o aplicabilidad de la Ley de Amnistía, en especial cuando se ha aplicado respecto de la desaparición forzada de personas o su secuestro.

En nuestros tribunales ordinarios se observa una línea vacilante en lo que se refiere a la aplicación del decreto ley de amnistía o la prescripción en lo relativo a los delitos de secuestro, privación ilegítima de libertad o desaparición forzada de personas cometidos durante el periodo que va desde 1973 a 1990, en cuanto las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, han sostenido una posición cambiante a través del tiempo.

En una primera etapa, luego de la recuperación del gobierno democrático, desde marzo de 1990, los tribunales superiores y la Corte Suprema de Justicia aplicaron el D.L. de Amnistía 2.191 de 1978, tan pronto como se advirtiera que los hechos investigados revistieran el carácter de delitos. Dichos tribunales consideraron la amnistía como una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal, produciendo sus efectos de pleno derecho, procediéndose a declararla en conformidad con lo preceptuado en los artículos 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que se aplicara lo dispuesto en el artículo 413 del mismo Código que exige decretar el sobreseimiento definitivo cuando esté agotada la

²² Revista Chilena del derecho, Vol 23 N° 2 y 3.Tomo I pág 278-279.

investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente²³.

No es sino hasta el año 1994 que se dictan sentencias que rechazan su aplicación, se trata de dos sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago que descartaron la aplicación de la ley de amnistía en asuntos de secuestro y asociación ilícita, y en consecuencia que concurrieran las causales para la determinación del sobreseimiento definitivo que regula el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal.²⁴

Así, en la sentencia de 30 de septiembre de 1994, se dispone que 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.(Considerando 1°).

También señala que 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°).

Pero, en 1995, se aplica la Ley de amnistía, respecto del referido proceso, en recurso de queja acogido respecto del procesado Romo Mena, dejándose sin efecto el fallo escrito a fs 637 y siguientes de fecha 30 de septiembre de 1994 confirmatorio del juez aquo que no hizo lugar al sobreseimiento parcial y definitivo y

²³ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. DECRETO LEY DE AMNISTÍA 2.191 DE 1978 Y SU ARMONIZACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2005, vol.18, no.2, p.107-130. ISSN 0718-0950.

²⁴ Contra Romo Mena, Corte de Apelaciones de Santiago 26 de septiembre de 1994, y contra Romo Mena, Corte de Apelaciones de Santiago 30 de Septiembre de 1994, Gaceta Jurídica septiembre 1994, pág 127-136.

que a demás sometió a proceso al referido procesado por delito de asociación ilícita, dictándose sobreseimiento definitivo y parcial a su favor.

Así, la Corte señaló que de los antecedentes del proceso resulta muy improbable que el inculpado al haber abandonado el país por un largo período, 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°).²⁵

La jurisprudencia de los últimos años ha tenido un pronunciamiento más uniforme en torno a la aplicación de la ley de amnistía, considerando la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 5 de enero de 2004, ha señalado que:

- 1- La detención de una persona en un centro clandestino llamado Villa Grimaldi, lugar donde fue sometida a tortura, sin mediar orden alguna para ello emanada de autoridad competente, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud e integridad personal, importa el delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141, inciso 4° del Código Penal. (Consid. 25° y 26°).

²⁵ Gaceta Jurídica noviembre 1995, pág 120-125.

- 2- El delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal se corresponde, a demás, con el de desaparición forzada de personas, descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrito en Brasil en 1994, en tramitación ante el Congreso Nacional, pero que entró en vigencia internacional desde 1996, al ser ratificada por varios Estados (Consid. 33°), el que constituye un delito internacional y un crimen de lesa humanidad (Consid. 38°) que, en cuanto tal, acarrea la responsabilidad del Estado, hace inadmisibles la eximente de obediencia debida a una orden superior y determina la imprescriptibilidad de la acción penal.(Consid. 39°).

- 3- Los tratados de derecho humanos, en cuanto incluidos en la modificación constitucional al inciso 2° del artículo 5° de la Carta fundamental, que vino a reforzar su alcance, tienen una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional que el resto de los tratados internacionales.(Consid. 47°).

- 4- Es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional. (Consid.50°), principios también recogidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Consid. 51°) y de la Corte de Apelaciones de Santiago (Consid 52°).

5- Por tener el delito de secuestro carácter permanente, no procede la aplicación a su respecto de la Ley de Amnistía ni tampoco la prescripción de la acción penal, pues la acción ilícita no ha cesado en sus consecuencias para la víctima, la que se encuentra aún desaparecida.(Consids.76°, 82° y 83°).

6- Las leyes de autoamnistía son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad. (Consid. 84°).²⁶

En el mes de noviembre de 2004 la Corte Suprema sostuvo el mismo argumento, estableciendo que el carácter permanente del delito de secuestro calificado, impide la aplicación de la prescripción y la ley de Amnistía.²⁷

En el 2005 existen dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago que siguen la misma línea.

²⁶ Gaceta Jurídica enero 2004, pág 204 y ss

²⁷ Corte suprema 17 de noviembre de 2004, Gaceta Jurídica noviembre 2004, pág 160 y ss.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de abril de 2005.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica abril 2005, págs 194 y ss.

Se trata de un secuestro calificado, en donde se establece lo siguiente:

- 1- Acreditada la detención y posterior desaparición de la víctima, sin que exista en el proceso ningún antecedente cierto que permita desprender que con posterioridad a ese hecho se le dio muerte, no resulta posible emitir un pronunciamiento con relación a la amnistía contemplada en el D.L. N°2.191, de 1978 y la prescripción de la acción penal, alegadas por la defensa de los sentenciados.(Consid. 4°).

- 2- En consecuencia, el hecho denunciado reviste el carácter de un secuestro calificado, ilícito permanente en el tiempo y, al desconocerse el paradero final del desaparecido ni tampoco existir antecedentes fidedignos sobre su deceso, por encontrarse sólo acreditada su detención y posterior privación de libertad, necesariamente el hecho punible se encuadra en el tipo penal descrito y sancionado en el artículo 141 del Código Penal.

SENTENCIA: Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de julio de 2005.

UBICACIÓN: Gaceta Jurídica julio 2005, págs 180 y ss.

Este fallo establece que el delito de secuestro calificado es un delito contra la humanidad, que es imprescriptible y por tanto la inaplicabilidad de la amnistía.

- 1- Ya a partir de la 2° guerra mundial, el derecho internacional de los derechos humanos condenaba, como crimen contra la humanidad, el secuestro permanente de persona, llevado a cabo por agentes del Estado por motivos ideológicos, políticos o religiosos. Este principio pasó a ser vinculante para todos los Estados en razón de lo que preceptúa el artículo 25 de la Carta de la O.N.U., con motivo de la aprobación, sin reserva alguna, que hizo el Consejo de Seguridad de instrumentos como el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945, el Convenio sobre el Crimen de Genocidio de 1948 y los Convenios de Ginebra, de 1949, todos ellos integrantes del “ius cogens”, en opinión del Secretario General de la O.N.U.

Así lo afirma también la descripción que efectúa el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Brasil el 9 de junio de 1994 y vigente desde el 29 de marzo de 1996, coincidente con la del secuestro juzgado.(Consid. 5°)

2- La imprescriptibilidad se ha incorporado al derecho internacional consuetudinario o “ ius cogens” a lo menos desde la aprobación por la O.N.U. de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en 1968, sin que sea necesario el haberse asumido convencionalmente la regla por el derecho interno.(Consids. 7° y 8°).

3- Las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que carecen de efectos jurídicos.(Consid. 9)

En el 2006 encontramos más fallos que reafirman la tendencia que viene ya instalándose en nuestra jurisprudencia, en orden a considerar el carácter permanente del delito de secuestro calificado, declarar su imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía.

Así, tenemos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de julio de 2006, Gaceta Jurídica julio 2006, pág 242 y ss. Asimismo, Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de octubre de 2006, Gaceta Jurídica octubre 2006, pág 249 y ss.

COMENTARIOS

La amnistía en el derecho internacional ha sido objeto de críticas y objeciones en instancias no jurisdiccionales de derechos humanos (Comité de derechos Humanos de las Naciones Unidas y Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y no resulta extraño, en consecuencia, que se plantee su validez ante los tribunales internos, desde la perspectiva de su compatibilidad con la Constitución vigente.

Debe señalarse, asimismo, que en la actualidad existe una tendencia, a propiciar la extensión del concepto de infracciones graves al derecho internacional humanitario a los conflictos armados sin alcance internacional a través de la legislación interna de los Estados. Igualmente, por el desarrollo de convenciones relativas a la protección de la persona humana y de normas penales internacionales con el mismo propósito, infracciones originalmente definidas como tales por su ocurrencia en situaciones de conflictos armados, son también objeto de criminalización en tiempos de paz, y sin que se exija la vigencia de connotaciones internacionales.²⁸

A demás, se ha observado que los tribunales , en variadas oportunidades, han considerado, que no es necesario el haberse asumido convencionalmente reglas por el derecho interno, en lo relativo a considerar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sino que basta su incorporación al derecho internacional consuetudinario o “ ius cogens”.

²⁸ Revista Chilena del derecho, Vol 23 N° 2 y 3.Tomo I pág 295.

Puede concluirse, que del análisis de los fallos más recientes, el derecho interno aparece impugnado por el derecho convencional, apartándose de la tesis dominante de la supremacía constitucional, y mas bien acercándose a lo planteado por el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución.

A partir del reconocimiento expreso del rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, puede señalarse que la referida Ley de Amnistía es incompatible con los siguientes tratados internacionales sobre derechos humanos:

- 1- Las Convenciones de Ginebra sobre derecho internacional humanitario, de 1949, y los Protocolos Adicionales de 1977, Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- 2- La Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de genocidio, de 1948.
- 3- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.
- 4- La Convención contra la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas, de 1984.
- 5- La Convención Interamericana para prevenir o sancionar la tortura, de 1987.

6- La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

4.- DELITOS DE LESA HUMANIDAD

La jurisprudencia de los últimos años ha establecido, en variadas sentencias, la posibilidad de que determinados delitos, cometidos por agentes del Estado, constituyan delitos de lesa humanidad, declarándolos imprescriptibles, conforme a principios del derecho internacional.

Así la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 20 de abril de 2006, ha señalado:

1- Un crimen de lesa humanidad es aquel que ofende los principios generales del derecho y se convierte en una preocupación de la comunidad internacional. Son producto del atropello masivo de los derechos fundamentales de las víctimas, en un contexto de persecución, secuestro y desaparición forzada de las mismas.

(Consid.4°).

2- La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, es una categoría del derecho Internacional general, con valor de ius cogens, que debe ser respetada como cualquier tratado internacional ratificado por Chile.(Consid. 5° y 10°).

3- La norma del Derecho Internacional General que determina la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, recepcionada en nuestro derecho interno conforme al inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, prevalece sobre la

regla de prescripción de la acción penal en el ordenamiento jurídico interno.(
Consid. 19°).²⁹

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 8 de noviembre de 2006³⁰, se refiere a los delitos de lesa humanidad, en cuanto a los presupuestos de su comisión, declarando su imprescriptibilidad.

1- Para estar ante un crimen de lesa humanidad debe existir un atentado a nivel nacional en contra de la población civil o de alguno de sus integrantes, por causa o finalidades políticas, entre otras que no necesariamente deben tener un carácter sistemático, pero en todo caso deben ser deliberados y por motivaciones que condicionan una desviación del poder, cuando se atribuyen a agentes del Estado, principalmente por inexistencia o faltas de motivos de hecho o de derecho, en atención a que efectivamente se ha tenido en consideración un efecto político.
(Consid.18°).

2- Los delitos de homicidio simple cometidos por agentes del Estado, debido a consideraciones políticas, pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad, conforme a principios de derecho internacional y son, por ende, imprescriptibles.
(Consid 20°)³¹

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril de 2006, Gaceta jurídica abril 2006, págs 186-193.

³⁰ fallo comentado a propósito de la aplicación de los Convenios de Ginebra.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2006, Gaceta Jurídica noviembre 2006, pág 247 -262..

En ambas sentencias expuestas, la Corte declara la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y tiene como normativa relevante citada al artículo 5° de la Constitución Política, los Convenios de Ginebra de 1949, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos 25, 26 y 27.

En un fallo de 16 de noviembre de 2006, la Corte de Apelaciones de Santiago, al referirse a la responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos, mantiene el criterio anteriormente expuesto.

1- Resultan inaplicables las normas del derecho interno previstas en el Código Civil, en materia de prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, al estar en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir una reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas, estatuto normativo internacional reconocido por Chile. (Consid 10).

Aún si fueren aplicables dichas normas del derecho civil común chileno, el cómputo de la supuesta prescripción no puede hacerse, por constituir el secuestro calificado un delito de carácter permanente, que continúa consumándose en el tiempo y no puede prescribir mientras no se tenga certeza sobre el destino de la víctima. (Consid 11).

2- La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos, proviene de la Ley, y no sólo de ésta, sino de la Constitución Política de la República y de los principios generales del derecho humanitario y de los tratados internacionales

sobre la materia, sin que sea dependiente de la responsabilidad de los agentes del mismo Estado . (Consid 14).

En esta sentencia se concluye que las normas del derecho común interno se aplican sólo si no están en contradicción con la fuente de la obligación del estado de reparar a las víctimas y a sus familiares de las graves violaciones a los derechos humanos.

Así las cosas, el considerando 15° reafirma esta importante obligación de Estado, al señalar:

El fundamento anterior, además de permitir el rechazo de la alegación que por este aspecto hace el fisco de Chile, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los derechos humanos, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas del Estado, en tanto los derechos de persona tiene como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, que consagran la responsabilidad del Estado, las que al tener tal carácter, priman por sobre otra disposición.

Preceptos anteriores a los cuales todo tribunal se encuentra sujeto a decidir lo sometido a su conocimiento y resolución, pues en su función debe conformarse primero a la batería normativa constitucional e internacional aceptada por Chile en esta materia, la cual establece claramente la responsabilidad estatal.³²

³² Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de noviembre de 2006, Gaceta Jurídica noviembre 2006, págs 88-93

CONCLUSIÓN

De la presente investigación se puede concluir que en nuestros tribunales superiores de justicia existe una vacilante aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de las causas que se someten a su conocimiento.

Los fallos son contradictorios entre si, en ocasiones de un mes a otro, de lo que se desprende que en definitiva, y como se planteó al comienzo de este trabajo, aún no se puede considerar que exista jurisprudencia en materia de derechos esenciales.

Ahora bien, en los últimos años, ha existido una apertura por parte de los jueces a aplicar los tratados sobre derechos esenciales, muchas veces por sobre el derecho interno, teniendo como consideración la importancia de la persona humana y sus derechos.

Lo anterior, sin duda que constituye un gran avance, mas debe tener presente, que los jueces están siguiendo una determinada tendencia, consignada estos últimos años, pero aún no existe seguridad de que dichas consideraciones continúen aplicándose hacia el futuro, puesto que en nuestro ordenamiento no se ha resuelto el gran problema de la jerarquía de los derechos esenciales en la Constitución, y lo que están haciendo los jueces es interpretar la normativa de la Constitución en este sentido, mas todavía no se dicta una norma que establezca que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tienen jerarquía constitucional, como asimismo una norma que permita a toda persona concurrir a los órganos internacionales o supranacionales cuando se sientan afectadas en sus derechos, todo lo cual es fundamental para una sociedad en avanzada.

Han transcurrido ya más de 30 años desde que en Chile se cometieron abominables atrocidades contra las personas, la mayoría de estos hechos aún permanecen sin investigar, por lo que es alentador que existan fallos que condenen estos delitos en los últimos años, que consideren a los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles y los declaren inadmisibles.

Este trabajo pretendió realzar el valor que tienen los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos de los países, puesto que vivimos en una sociedad sustentada en una concepción personalista del ser humano, y son los tribunales los únicos medios institucionalizados ante los cuales se puede reclamar frente a abusos de dichos derechos, como señala Humberto Nogueira Alcalá” *los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo este un Estado instrumental al servicio de los derechos de la persona humana y del bien común*”.³³

³³ Revista IUS ET PRAXIS, Año 1991 N°1, Humberto Nogueira Alcalá, los derechos esenciales o humanos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia, pág 409.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Eduardo Novoa Monreal, Obras Escogidas “Una crítica al derecho tradicional”, Ediciones del centro de estudios políticos latinoamericanos Simón Bolívar, 1993.
- 2) Juan Antonio Travieso, “ Derechos Humanos y Derecho Internacional”, Editorial Heliasta S.R.L,1990.
- 3) Kai Ambos / Ezequiel Malarino , “ Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España“, Honrad –Adenauer- Stiftung A.C, 2003.
- 4) Kai Ambos, “El nuevo derecho penal internacional”, ARA Editores, 2004.
- 5) Thomas Buergenthal, “la protección de los derechos humanos en las Americas”,Editorial Civitas, 1990.
- 6) Jorge Rodríguez-Zápatá, “Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del derecho”, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976.
- 7) Diario Oficial de la Republica de Chile,“Tratados Internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos” Tomo I,La Nación , 1999.
- 8) Diario Oficial de la Republica de Chile,“Tratados Internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos” Tomo II,La Nación , 1999.

9) Santiago Benadava Cattán, “Nuevos enfoques del derecho internacional”, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

10) Jorge Mera, “Recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la legislación penal chilena”.

11) Pedro Nikken, “La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo”, Editorial Civitas S.A, 1987.

12) Oded Balaban -Amos Megged, “Impunidad y derechos humanos en América Latina: perspectivas teóricas”, Ediciones al Margen, 2003.

13) Revista Chilena de Derecho, Vol .23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 277-297. María Teresa Infante Caffi, los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia.

14) Revista IUS ET PRAXIS, Año 1991 N°1, Humberto Nogueira Alcalá, los derechos esenciales o humanos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia, págs 403-466.

15) Revista Chilena de Derecho, Vol 33 N°2, pp 305-327, 2006, Díaz Tolosa, Regina Ingrid, aplicación de los Convenios de Ginebra por los tribunales de justicia chilenos.

16) Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N°2 y 3 , septiembre-diciembre 1996, N° Monográfico, aplicación del derecho internacional en Chile: jurisprudencia.

17) Marcelo Ferreira, Derechos Humanos, Capitulo XV crímenes de lesa humanidad, págs XV-1 a XV-50, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2005.

18) Humberto Nogueira Alcala, Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2005, vol.18, no.2, p.107-130. ISSN 0718-0950.

19) Revista Fallos del mes N° 446, sección criminal.

20) Lexis Nexis, base de datos electrónica de jurisprudencia, número identificador: 32543.

21) Gaceta Jurídica, correspondiente a los siguientes años de publicación:

a) Gaceta Jurídica , Año 1991 , Meses de :

- Mayo
- Junio
- Agosto
- Septiembre

b) Gaceta Jurídica , Año 1992 , Meses de :

- Marzo

c) Gaceta Jurídica , Año 1993 , Meses de :

- Mayo
- Junio
- Octubre

d) Gaceta Jurídica , Año 1994 , Meses de :

-Julio

-Agosto

- Septiembre

e) Gaceta Jurídica , Año 1995 , Meses de :

- Abril

- Noviembre

f) Gaceta Jurídica , Año 1996 , Meses de :

- Agosto

g) Gaceta Jurídica , Año 1997 , Meses de :

- Enero

- Abril

- Diciembre

h) Gaceta Jurídica , Año 1998 , Meses de :

- Marzo

- Agosto

- Septiembre

- Noviembre

i) Gaceta Jurídica , Año 1999 , Meses de :

- Julio

- Octubre

- Noviembre

j) Gaceta Jurídica , Año 2000 , Meses de :

- Abril

- Mayo

- Julio

k) Gaceta Jurídica , Año 2001 , Meses de :

-Junio

- Julio

- Agosto

- Octubre

- Diciembre

l) Gaceta Jurídica , Año 2002 , Meses de :

- Febrero

- Noviembre

m) Gaceta Jurídica , Año 2003 , Meses de :

- Enero

- Marzo

- Agosto

- Octubre

- Diciembre

n) Gaceta Jurídica , Año 2004 , Meses de :

- Enero

- Abril

- Mayo

- Junio

- Octubre

ñ) Gaceta Jurídica , Año 2005 , Meses de :

- Abril

- Julio

- Agosto

- Septiembre

- Octubre

o) Gaceta Jurídica , Año 2006 , Meses de :

- Marzo

- Abril

- Julio

- Agosto

- Octubre

p) Gaceta Jurídica , Año 2007 , Meses de :

- Marzo