

TESIS

ESCUELA DE DERECHO

El indulto presidencial es una facultad fundamentalmente política, dado que su control social y jurídico no son significativos.

AUTORES:

Enrique Marcelo Campos Olivares.

Geraldine Ariet Muñoz Montiel.

PROFESOR GUÍA:

Christian Viera Álvarez.

Diciembre, 2023.

TABLA DE CONTENIDOS

I. Introducción.....	4
II. Indulto.....	6
1. Orígenes.....	6
2. Amnistía e Indulto.....	10
2.1 Amnistía, indulto y delitos de lesa humanidad.....	11
3. Clasificaciones del Indulto.....	13
3.1 Indulto general y particular.....	14
3.2 Indulto total y parcial.....	14
4. Fundamentos del Indulto.....	15
4.1 La paz social como un problema de antaño.....	15
4.2 El indulto como fruto de la representatividad.....	17
4.3 Humanidad y Sanidad.....	19
5. Requisitos del indulto particular.....	20
6. Efectos.....	23
III. ¿Qué tipos de control se ejercen en contra del indulto?.....	26
1. Control social.....	27
2. Control jurídico.....	30
2.1 Un problema transversal al control jurídico: La facultad presidencial de dictar indultos particulares es un acto de gobierno o político.....	35
3. Control político.....	38
3.1 Aplicación del control político en el Indulto particular.....	39
IV. Conclusión.....	41
V. Bibliografía.....	45

ABREVIATURAS

CEI	:	Comisión Especial Investigadora.
CGR	:	Contraloría General de la República.
CIDH	:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
COVID-19	:	<i>CoronaVirus Disease 2019</i> (Enfermedad del Coronavirus).
CP	:	Código Penal.
CPR	:	Constitución Política de la República.
DINA	:	Dirección de Inteligencia Nacional.
DL	:	Decreto Ley.
OMS	:	Organización Mundial de la Salud.
RAE	:	Real Academia Española.
SARS-CoV2	:	Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave de tipo 2.

RESUMEN

La investigación de esta tesis explora a fondo postulando que el indulto es fundamentalmente una prerrogativa política, analizando su naturaleza e implicaciones, examinando orígenes históricos, estudiando doctrina nacional e internacional, exponiendo clasificaciones, identificando requisitos y efectos, y examinando los controles a dicha facultad. Se emplea una metodología cualitativa con la técnica dogmática jurídica y análisis crítico. La atención se centra en los controles político, social y jurídico, destacando la complejidad del indulto presidencial contemporáneo. El estudio busca contribuir al debate proporcionando una visión integral en una exploración recabada.

PALABRAS CLAVE: Indulto, orígenes, control, naturaleza política, críticas.

I. Introducción

La presente tesina surge de la inquietud ante el constante ejercicio del indulto por parte de los presidentes, un fenómeno que genera debate y críticas recurrentes, desde su posible impacto en el Estado de Derecho, que sea un vestigio monárquico, favorecimiento político, hasta una ausencia de control. Nos motiva la necesidad de comprender a fondo esta facultad que, según las recientes votaciones del 17 de diciembre del 2023, se mantiene arraigada constitucionalmente. La atención que suscita este tema nos impulsa a investigar más allá de las noticias, explorando las dimensiones políticas, sociales y jurídicas que rodean la concesión de indultos.

La investigación se embarca en una exploración profunda de la facultad del indulto presidencial, proponiendo como tesis central que esta facultad es una prerrogativa fundamentalmente política, se argumenta que, a pesar de su vinculación en lo social y jurídico, los controles ejercidos en estos ámbitos respectivamente, carecen de la misma significancia que se le atribuye a su dimensión política en la práctica, e incluso las justificaciones para otorgar indultos son predominantemente de índole política, revelando una naturaleza y dimensión poco considerada por sus críticos.

El objetivo general de esta investigación es analizar a fondo la naturaleza política del indulto presidencial y sus implicaciones, y para alcanzar dicho propósito nos proponemos: examinar los orígenes históricos del indulto presidencial, realizar una comparación entre la amnistía e indulto, con énfasis en

casos relacionados con lesa humanidad, estudiar la doctrina nacional e internacional en materia de indulto, exponer las diversas categorías de indulto existentes, identificar los requisitos y sus consecuentes efectos en la aplicación del indulto, examinar los diferentes tipos de control que se ejercen sobre la facultad presidencial.

Para ello, se utilizará principalmente una metodología cualitativa, y específicamente, la técnica dogmática jurídica como herramienta principal para delimitar, y en conjunto a la inducción, para extraer principios y conceptos básicos de las instituciones que se estudian.

En primer lugar, se recurrirá a un estudio minucioso de la doctrina, normas generales y jurisprudencia como medio de información para el desarrollo de la investigación. Obteniendo una base sólida y una estructura adecuada, se proseguirá para llevar a cabo la segunda parte de la investigación, que consistirá en una revisión de los controles que el indulto particular es susceptible. La bibliografía seleccionada corresponderá a una fuente de información primaria que tendrá un papel fundamental en el desarrollo de la investigación y para la comprensión de los conceptos y principios clave en torno al indulto.

Todo el proceso de análisis de las diferentes doctrinas se someterán a un enfoque crítico para determinar la forma en que se maneja el control en el área del indulto. Con este fin, se emplea el método tópico, que implica la toma de directrices o guías basadas en la experiencia para resolver problemas concretos.

En el desarrollo se llevará a cabo un análisis de los orígenes históricos del indulto, haciendo revisión a su evolución a lo largo del tiempo, y contextualizando bajo los distintos comentarios actuales que se pueden hacer sobre el indulto en nuestro país. Se prestará especial atención a la distinción entre el indulto y la amnistía, explorando las complejidades inherentes a su aplicación, particularmente en el ámbito de los delitos de lesa humanidad.

La tesina también se adentrará en las diversas clasificaciones existentes del indulto, desglosará sus fundamentos y examinará en detalle los requisitos necesarios para la concesión del indulto, así como los efectos que su aplicación puede desencadenar en todo el sistema.

En el núcleo de la investigación, se analizará cómo se conjuga el control político y la facultad del perdón presidencial, subrayando cómo este tipo de control es el más efectivo según su propia esencia. Además de la perspectiva bajo el control político, se abordarán las otras principales formas de control, como lo son el control social y el jurídico, todo esto para permitir dilucidar la complejidad y relevancia del indulto presidencial contemporáneo.

En definitiva, esta investigación busca proporcionar una visión integral del indulto presidencial, destacando su naturaleza política y las implicaciones que esto conlleva. Al analizar las distintas dimensiones de esta facultad, aspiramos a contribuir al debate público y académico, fomentando una comprensión más profunda de un tema que, aunque recurrente en la esfera pública, merece ser explorado y analizado con mayor detenimiento.

II. Indulto.

1. Orígenes.

¿Qué es el indulto? Los autores actuales en el derecho comparado lo definen como “Una garantía”, “Un mecanismo jurídico” (Montaño & González, 2022, 71). También conceptualizado como “un instrumento de política criminal” (Cury, 1997, 435).

“Etimológicamente la palabra “indulto” procede del latín *indultum* (cuya traducción es ser complaciente, condescender, ser indulgente con las faltas)” (Pérez, 2016, 354). También, “dicho término está formado por *in* -de concepción negativa (sin)- y *dul-tum* que significa deuda. Es decir, este proceso quitaba o borraba la deuda del pecado.” (Granados, 2013, 128).

El indulto surge en paralelo con el establecimiento de los delitos y se encuentran sus raíces incluso en los inicios de las sociedades civilizadas. Se pueden encontrar alusiones al indulto en diversos documentos antiguos, en especial con la denominación “perdón” o “perdones”, que datan de hace más de 1700 años a.C., como es el caso del Código de Hammurabi (Rodríguez, 2017, 8), considerado como la primera recopilación de leyes de la humanidad que, a pesar de ser conocido por promover una forma de justicia basada en la venganza y a la pena equivalente expresada notablemente en la expresión “ojo por ojo,

diente por diente” mencionado específicamente en la Ley del Tali3n, (Malishev, 2007, 26) recogía tambi3n edictos relativos a los perdones.

Tambi3n en la Biblia, en el Nuevo Testamento, se puede encontrar expresamente el perd3n, en Marcos 15:6-15, cuando el gobernador romano Poncio Pilato le consulta a la multitud que a qui3n debe dejar en libertad, si a Barrab3s o a Jes3s de Nazaret. Adem3s, como informaci3n adicional, cada a3o en el festival de la Pascua, por motivos de celebraci3n, Pilato liberaba a un prisionero.

Adem3s, en el antiguo r3gimen mon3rquico de Espa3a, “el reo que aspirara a tal gracia deb3a dirigirse, por lo menos en la pen3nsula, al Consejo de C3mara, remiti3ndosele un memorial al rey”. (Moranchel, 2021, 87).

En tal documento se sol3an plasmar los servicios que el solicitante y/o sus parientes hab3an brindado a la Corona, como una manera de granjearse su gracia. Asimismo, se pod3a registrar un alegato de su inocencia respecto al delito imputado, o las justificaciones y factores atenuantes seg3n el tipo de delito cometido, que pod3an ser pobreza, juventud, el rigor padecido por las penas impuestas tras su detenci3n, como el servicio de galeras o el militar, entre otras (Moranchel, 2021, 87).

En los territorios de Nueva Espa3a y Per3, Felipe III autoriz3 a los virreyes a conceder indultos, entonces en nuestra regi3n, la instituci3n del indulto fue heredada directamente por el derecho espa3ol e indiano, he ah3 que algunos autores establezcan que tiene sesgos mon3rquicos, sin embargo, surge incluso de mucho antes, pasando de emperadores, jefes de gobierno, reyes, virreyes, y en definitiva, qui3n est3 en el control del estado o territorio determinado. Suele pensarse que el indulto es una facultad mon3rquica dado por las monarqu3as absolutas que no establec3an divisi3n de poderes y en consecuencia, “concentraban en sus manos tanto el poder judicial como el legislativo, indultaban cuando y como lo ten3an por conveniente, sin conocer grandes limitaciones al efecto” (Granados, 2013, 128), entonces se reun3a en la figura del rey instrumentalmente el indulto por completo -el indulto general y el particular-, concedidos en razones de celebraci3n, por lo que se puede establecer que es una idea que se instaur3 en la consciencia colectiva, esto reforzado por la doctrina espa3ola.

Luego, de la misma forma, en el contexto del Reino Unido, el indulto era una prerrogativa otorgada por el monarca, y esta tradición fue heredada por las colonias americanas antes de su independencia. Sin embargo, en lugar de eliminar por completo este concepto tras obtener su independencia, en Estados Unidos lo incorporaron en su Constitución bajo la denominación de *pardon*.

¿Cómo es que el indulto surge y se mantiene en los estados de derecho? Primero hay que considerar los elementos del estado de derecho, que de acuerdo a Villar Borda, refieren a una constitución escrita, separación de poderes, principio de legalidad, la garantía de derechos fundamentales, seguridad jurídica y protección de la confianza y otros principios básicos (Villar Borda, 2007, 5).

El indulto, en el Estado de Derecho, es “la voluntad del Estado que aspira a la consecución de la justicia material, poniendo en evidencia la crisis de la doctrina de la identificación estricta entre Derecho y Ley, acuñada por el positivismo jurídico” (Fliquete, 2017, 210). “El poder y el perdón provienen de un estado absolutista que el estado constitucional ha decidido conservar teniendo la obligación de aplicarlos respetando los valores de justicia y equidad” (Fliquete, 2017, 222).

Entonces, se puede colegir que, el indulto en Estado de Derecho responde a una evolución del indulto de estados absolutistas, que, en cuanto estos se otorgaban por motivos de celebración o por simple arbitrariedad, ahora el perdón debe otorgado en atención a la justicia, manteniendo de igual manera la discrecionalidad del poder ejecutivo bajo razones justificadas y considerando el respeto a los elementos del estado de derecho.

Con todo, hay un reparo respecto el elemento de “división de poderes” en cuanto se considera que “importa una flagrante intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el Poder Judicial, ya sea mediante una ley de indulto general en el primer caso, e indulto particular en el segundo” (Beca Frei, 2013, 482), sin embargo, respecto a ello se da una suerte, si se quiere, de ponderación de aplicación por el choque entre las garantías de la justicia y la división de poderes que, en cuanto esto último funciona para poner en juego los contrapesos entre cada poder y evitar el desarrollo de arbitrariedad, (diferente a la discrecionalidad, como se desarrollará más adelante), se opta, en la aplicación del indulto, por primar a la

justicia, -piedra angular de todo derecho-, siempre bajo justificaciones que mantengan la arbitrariedad bajo un límite.

Es incorrecto establecer, además, que el indulto sea únicamente un vestigio histórico, si se ha mantenido a lo largo de nuestras constituciones, de hecho, se configura desde la primera constitución, es decir, desde 1811 como una facultad radicada en el Congreso, luego en 1818 se radica en la figura del poder ejecutivo como indulto particular, estableciéndose desde ya los dos poderes en los que puede radicar la potestad de indultar. Incluso en proyectos como el de reforma de la constitución del 2018 o la propuesta de la convención del 2022, es claro pensar que el indulto responde efectivamente a una necesidad con justificación.

Antes en la historia, con el derecho romano, el que supone la base de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales -“es la base del derecho de los países del continente europeo y, a través de ellos, es también la base del derecho de los países latinoamericanos”- (Sánchez, 2012, 288), en el que se hace referencia al antiguo derecho de gracia, éste recibía varios nombres “*abolido, indulgentia, venia, amnestia*” (Canato, 2004, 1), bajo el cual, el emperador tenía el poder de perdonar a los condenados. “Consistía en la remisión o condonación hecha a un criminal por el Soberano o Jefe de Estado de toda o de parte de la pena que por su crimen se le había impuesto” (Macia, 1912, 28). En principio, resulta bastante parecido a lo que es hoy el indulto presidencial, sin embargo, el derecho de gracia surge en su momento por razones de falta de subjetividad, en el sentido de que para ese entonces los jueces se caracterizaban por ser inflexibles y objetivos “las circunstancias atenuantes no existían, ni el tenor literal de las disposiciones subjetivas indispensables” (Macia, 1912, 29), para entonces no existía un análisis caso a caso por lo tanto, aparece la necesidad de la perspectiva de justicia en atención a la persona más que únicamente al acto realizado.

Se reconoce, entonces, que la sociedad es dinámica, y que atenerse de manera inflexible al tenor literal de las disposiciones normativas es insuficiente, además de la necesidad de medir de forma adecuada la responsabilidad para extinguir penas, lo justo y correspondiente para cada uno, es en este sentido que se

manifiesta el derecho de gracia, a fin de suplir errores judiciales o penas exageradas, que tenían una “preferente aplicación en los delitos políticos” (Macia, 1912, 29).

Asimismo, el derecho de gracia como institución se distribuye entre el indulto y la amnistía, produciéndose una suerte de relación género-especie, por lo que se hace relevante distinguir entre ambos.

2. Amnistía e Indulto.

Un paralelo importante que diferencia las características y efectos que presentaban ambos, fue realizado por el Conde de Peyronnet, y se encuentra la idea de indulto con la denominación “el perdón”. Entre sus fundamentos, se puede establecer que la amnistía no repone, sino que borra, vuelve hacia lo pasado y destruye hasta la primera huella del mal, se recibe más y hay menos que agradecer, es concedida a quienes han podido ser culpables, la amnistía debe concederse en las acusaciones políticas, por ende es más política que judicial, es una situación general que conviene más a los hechos colectivos (Escriche, 1847, 183).

Por otro lado, según lo establecido por el Conde de Peyronnet, el perdón no borra nada, sino que abandona y repone, no va sino a lo futuro y conserva en lo pasado lo que le ha producido, hay más que agradecer y se recibe menos, el perdón se concede al que ha sido positivamente culpable y debe concederse en las acusaciones ordinarias, es más judicial, un favor aislado que conviene más a los actos individuales. (Escriche, 1847, 183).

La amnistía emana del poder legislativo, tiene como objeto de atención el delito en sí, es decir, en una acción que previamente era castigada por la ley pero gracias a la amnistía, deja de serlo. Como resultado, se logra la eliminación de cualquier responsabilidad penal y/o civil, lo que implica la eliminación de antecedentes penales. Esta medida es de alcance amplio, ya que no se aplica a una persona o grupo concreto, sino que beneficia a todas las personas que cometieron el delito que cumplan bajo el supuesto que establece la amnistía.

A diferencia de la amnistía, el indulto puede emanar tanto del poder legislativo como del ejecutivo mediante el Presidente de la República, extingue la responsabilidad penal actuando sobre la pena, es decir,

sobre la sanción asociada a un delito. La persona sigue siendo considerada culpable, pero se le exime de cumplir materialmente con la pena impuesta.

En síntesis, la amnistía elimina cualquier antecedente penal con atención al hecho penado, el indulto mantiene este antecedente pero se le libra de cumplir la pena, siendo a una persona concreta o un grupo establecido, según sea indulto particular o general respectivamente.

2.1 Amnistía, indulto y delitos de lesa humanidad.

Los delitos de lesa humanidad son: “Aquellos cometidos contra bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, libertad, etc.), que pueden cometerse en tiempo de paz o de guerra, pero necesariamente en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, donde se le exige al autor el conocimiento de dicho ataque” (González, 2011, 153).

De acuerdo a esto, surge la obligación internacional de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, con interpretación en los artículos 1.1, 8.1 y 25, así también, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se establece que los crímenes de lesa humanidad son de competencia de la Corte en el artículo 5, para juzgarlos y sancionarlos, y enumerando los actos que son considerados tal en su artículo 7.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su observación sobre Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto del 2004, en el párrafo 8, señala que el Estado incumple con sus obligaciones de garantía toda vez que no ejerza “el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado”.

Inclusive, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el párrafo 166 de la sentencia del caso “Velásquez Rodríguez vs Honduras” (1988): “Como consecuencia de esta obligación [de garantizar los derechos] los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”.

La problemática bajo este mismo aspecto surge en el sentido de que, la amnistía elimina antecedentes penales, impidiendo la investigación sobre los hechos previos a su entrada en vigencia, a diferencia del indulto que extingue la responsabilidad penal en totalidad a la que están condenados o lo que quede de ella impidiendo la sanción, pero no elimina los antecedentes de que existió una condena. Entonces, una puede ser utilizada para obstaculizar la investigación y otra para impedir la sanción en delitos de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos.

Respecto a su aplicación práctica, se ha notado que la amnistía como instrumento ha sido usada desde 1827, de forma colectiva y bajo leyes o decretos leyes. De hecho, para el caso chileno tenemos el Decreto Ley N° 2191 de 1978. Por de pronto, está el problema de la legitimidad debido a la ausencia de participación del órgano legislativo popular, pero además este DL tenía por finalidad aplicar la amnistía a los colaboradores de la dictadura militar, en calidad de autores, cómplices o encubridores sobre delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, la cual constituyó un gran obstáculo para la investigación de hechos ilícitos cometidos durante esta época, entre los cuales está la coacción física, apremios ilegítimos y la tortura por parte de organismos del Estado, entre ellos la DINA.

En 1989, se modifica el artículo 5 de la Constitución Política de la República, otorgando rango constitucional a los tratados internacionales que garantizan el respeto a los derechos humanos, ya que abordan cuestiones relacionadas con los derechos esenciales inherentes a todas las personas. Después de muchos años y por el avance de la doctrina y los hechos asociados a la detención de Pinochet en Londres, en 2004 comienza a dejarse de aplicar el DL 2191.

Luego, en este mismo sentido, el indulto es restringido en el Estatuto de Roma, ya que la liberación anticipada del condenado no puede producirse antes de cumplidas dos terceras partes de la condena dependiendo de la colaboración que preste para determinar autoría en los delitos.

En efecto, el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en que un ciudadano chileno fue detenido y posteriormente condenado por un tribunal militar en Chile en 2003 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la detención y el juicio de Almonacid en un tribunal militar eran contrarios a las normas internacionales de derechos humanos y a las garantías de un juicio justo. En la

sentencia se refiere a la inadmisibilidad del "establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos". enfocando la atención en la necesidad de garantizar que las violaciones de derechos humanos sean investigadas y sancionadas adecuadamente, y que las víctimas reciban reparaciones justas.

Beca Frei establece que adscribimos, de todas formas, al: "Sistema de protección universal del derecho a la vida y repudio a la pena de muerte, tales como el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el artículo 4" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. De las disposiciones señaladas, se desprende que sólo se permitiría indultar en forma parcial a condenados por delitos de lesa humanidad, esto es, conmutar o reducir su pena" (Beca Frei, 2013, 480).

Produciéndose una tensión notoria entre el principio de libertad general del condenado en conjunto de los argumentos que justifiquen el indulto, y el derecho a la honra de la víctima y su familia, incluso, la integridad psíquica, que en casos de lesa humanidad se produce un daño transgeneracional.

En definitiva, la discusión presentada resalta la complejidad y la importancia de garantizar la justicia en casos de crímenes de lesa humanidad, evitando medidas que podrían impedir la investigación y el enjuiciamiento de los responsables. La amnistía al impedir la investigación, y el indulto al impedir la sanción, no serían aplicables respecto a delitos de lesa humanidad, al considerarse contrarios a la justicia y a los derechos de las víctimas, los crímenes de lesa humanidad son tan graves que no deben ser objeto de impunidad, y las personas responsables deben ser llevadas ante la justicia y sancionadas de acuerdo con la ley.

3. Clasificaciones del Indulto.

3.1 Indulto general y particular.

En la actualidad, iniciando por el indulto general, este es dictado por el poder legislativo, y pueden ser indultados todos aquellos que cumplan con los supuestos señalados en las propias leyes que se dicten al efecto. Tal como se estableció anteriormente es una facultad radicada en el Congreso sin embargo, sólo

puede tener origen en el Senado (art. 65 inciso 2 de la Constitución Política de la República) y requiere de quórum calificado es decir, mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, o de dos tercios en caso de indulto general respecto de delitos terroristas, todo esto de acuerdo según lo establecido por el artículo 63, N° 16 inciso 2 de la Constitución Política de la República.

El indulto particular es dictado por el Presidente de la República que procede en los casos que determine la ley, exigiendo previa sentencia ejecutoriada según el artículo 32 N°14 de la Constitución Política de la República. El indulto remite, reduce o conmuta la pena de acuerdo a lo establecido por el artículo 93 N°4 del Código Penal, sus efectos y requisitos que se desarrollarán más adelante, y es sobre este tipo de indulto que el presente análisis se encargará. En definitiva, el indulto particular presidencial es una institución jurídica que permite al jefe de Estado y de gobierno conceder la remisión total o parcial, conmutación o reducción de la pena impuesta a un ciudadano en concreto. Este tipo de indulto se diferencia del indulto general, ya que este último se aplica mediante ley a un grupo de personas que cumplen ciertas condiciones establecidas por el legislador.

El indulto tanto particular como general no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinen las leyes.

3.2 Indulto total y parcial.

El indulto total, consiste en eliminar todas las sanciones del beneficiado, incluyendo las penas accesorias de manera explícita. Teniendo un efecto amplio en contraste respecto al indulto parcial.

Por su parte, el indulto parcial corresponde a ese indulto que perdona, modifica o conmuta, o reduce únicamente una o varias de las penas impuestas al condenado.

Hablamos de indulto total si este alcanza a la totalidad de la pena o las penas impuestas en la sentencia. Y hablamos de indulto parcial si este afecta solo a alguna pena de las impuestas o a parte de alguna de las penas impuestas (González, 2021, 15).

De acuerdo al mismo autor, en España, “el indulto total no se puede aplicar si no se acompaña un informe favorable por medio del órgano sentenciador” (González, 2021, 15), en Chile no hay un requisito extra en la aplicación respecto a esta clasificación.

4. Fundamentos del Indulto.

4.1 La paz social como un problema de antaño.

Una de las principales justificaciones que posee el indulto es la paz social, en el sentido de que a través del uso de esta herramienta, se pueden evitar problemas dentro de la sociedad en un momento determinado, ya que el indulto ha de ser una medida de benignidad y perdón como se ha mencionado anteriormente, siendo uno de sus objetivos principales el “apaciguamiento y la serenidad de los espíritus exaltados por la pasiones políticas, violentas casi siempre y siempre funestas para la tranquilidad de los Estados” (Macia, 1912, 30). Es en esa línea que la paz social, representa una problemática que se mantiene en el presente en las sociedades, la cual está lejos de ser un problema nuevo, toda vez que la paz social incluso ha de ser una temática protagonista en las teorías del surgimiento del Estado y sus fundamentos, entendiendo Estado como “corporación formada por un pueblo, dotada por un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio” (Jellinek, 1943, 147).

En concordancia con lo anterior, si bien existen variadas formas de explicar el surgimiento del Estado como lo pueden ser aquellas de índole religiosa, “El Estado está fundado por Dios o por la providencia divina, por consiguiente, todos se ven obligados por mandamiento de Dios a reconocerlo y a someterse a su organización” (Jellinek, 1943, 151), como también las teorías fundadas en el uso de la fuerza, ya que estas explican el surgimiento del Estado, debido al “dominio de los fuertes sobre los débiles (...) fundándola en una tendencia de la naturaleza” (Jellinek, 1943, 155), como también las teorías Éticas:

Tanto en las obras de Platón como de Aristóteles, el hombre, sólo es hombre en el pleno sentido de la palabra, por vivir dentro de la comunidad ordenada en forma de Estado, ya que sólo dentro de éste puede desenvolverse la totalidad de la naturaleza humana (Jellinek, 1943, 176).

Sin perjuicio de lo anterior, las teorías más aceptadas que explican el surgimiento del Estado y que tiene a la paz social como fundamento central, son las teorías jurídicas y particularmente, la teoría jurídica basada en el contrato, siendo esta última la que mayor interés nos representa, dada la idéntica justificación que posee con el uso de la facultad presidencial del indulto particular, la paz social (entre otras).

Debiendo entender las teorías jurídicas como aquellas “que apoyan el Estado sobre un principio de orden jurídico considerando a este mismo como producto del Derecho” (Jellinek, 1943, 159), bajo esta perspectiva las teorías jurídicas identifican tres fundamentaciones, que de acuerdo a Jellinek, se debe distinguir en primer lugar, las teorías jurídicas basadas en el derecho de familia toda vez que “La concepción de que el Estado procede históricamente de la familia y es como una ampliación de ella, se funda en los recuerdos históricos de muchos pueblos” (Jellinek, 1943, 159), en segundo lugar aquellas en donde el surgimiento del Estado se debe exclusivamente a la necesidad de la protección a la propiedad, la cual corresponde a la teoría patrimonial y por último la fundamentación principal de las teorías jurídicas del surgimiento del Estado, la teoría jurídica del contrato, que es aquella que “considera el contrato como el fundamento jurídico del Estado” (Jellinek, 1943, 163), la cual es de larga data y ha sido trabajada por diversos autores, “Protágoras dice que el origen de los Estados fue una reunión de hombres, libres hasta aquel momento” (Jellinek, 1943, 163), como también por Rousseau en el “Contrato social”.

Pero sin lugar a dudas, respecto a la teoría jurídica del Estado basada en el contrato, estimamos que la obra de Thomas Hobbes “El Leviatán” es aquella que logra con más precisión explicar la necesidad que tienen los individuos de la paz social, ya que Hobbes explica que la problemática de la paz social ha de anteceder incluso a la creación del Estado, en la lógica de que antes del Estado, lo que existía, era un Estado de guerra constante entre todos los individuos, un verdadero “Estado de Naturaleza”, en donde no había certeza de ningún derecho y en el cual la violencia resultaba el principal mecanismo de resolución de conflictos (Hobbes, 2004, 84), estos antecedentes de los individuos previos a la creación del Estado, basados en la obra de Hobbes, deben ser entendidos a su vez con la teoría Individualista de la fundamentación de las libertades de Fioravanti, en la cual se sostiene que los individuos al encontrarse en esta confusa situación de Estado de Naturaleza, deciden salir deliberadamente de este escenario, mediante un contrato social, el cual ha de traducirse en una Constitución, la cual tiene como finalidad, entregar

estructura y contenido al Estado, siendo el Estado el principal garante de los derechos de los individuos y encargado de mantener la paz social (Fioravanti, 2009, 39).

4.2 El indulto como fruto de la representatividad.

Otra de las grandes justificaciones que tiene el uso de la facultad del indulto particular es que proviene de la democracia representativa de nuestro país, toda vez que, la forma de Gobierno de Chile según el artículo 4 de la Constitución es una república democrática, entendiendo democracia como el “ejercicio libre del gobierno por parte del pueblo, no sujeto a límites o restricciones” (Marshall, 2011, 16). En ese sentido, para el indulto particular, ha de tratarse de un asunto de “legitimidad” por parte de quien la ejerce respecto a quien es reconducible la decisión en última instancia.

Afirmar que el uso de esta herramienta de paz social en términos del párrafo pasado, se encuentre justificada solo por el hecho que deriva de la forma de estado democrática, no es del todo conveniente, por razones que se entenderán más adelante, pero lo que si resulta del todo razonable, es la afirmación que el uso del indulto particular encuentra una de sus justificaciones, cuando proviene de una democracia como la chilena, la cual ha de ser una democracia representativa, es en ese sentido que las particularidades de la democracia chilena fortalecen la legitimidad de las decisiones tomadas por los órganos representativos, como lo es el Presidente de la república y el uso de la facultad del indulto particular, ya que respecto a la organización y ejercicio del poder, se determina que la democracia debe sostenerse en dos puntos trascendentales, los cuales han de ser requisitos *sine qua non* para el funcionamiento de la democracia en la República Chilena, esto es la libertad e igualdad política, entendiendo la libertad política como la “ausencia de restricciones para la formación de la voluntad del pueblo” (Marshall, 2011, 16), y la igualdad política que “exige que no sean solo algunos quienes sean considerados como punto de partida para la formación de la voluntad general, sino que sean todos” (Marshall, 2011, 20).

Respecto al Estado chileno y la democracia representativa, la democracia chilena está lejos de ser una democracia directa, la cual exige que aquellos que gobiernan sean aquellos que son gobernados, sino que la democracia chilena ha de ser representativa en términos que implica:

Admitir la existencia de ese poder de dirección y de esos representantes, en conferirles estabilidad en lo posible, pero al mismo tiempo, en someterlos a legitimación democrática [...] para que su acción pueda valer como una acción autorizada por el pueblo y en nombre del pueblo [...]. (Böckenförde, 2002, 143)

Es en esa línea que aquellas decisiones autorizadas por y en el nombre del pueblo, solo pueden recibir ese calificativo una vez que los órganos de dirección tomen decisiones orientadas por la voluntad del pueblo, lo cual guarda íntima relación con el principio de la soberanía popular toda vez que mediante la democracia se “determina quien tiene el ejercicio del poder del Estado, que mediante el principio de soberanía popular, recibe su fundamento del estado” (Böckenförde, 2002, 52), en el caso de la democracia representativa Chilena, que el poder del Estado, se organice de forma tal que su ejercicio, sea creado, legitimado y controlado por el pueblo, no es mayor sorpresa, ya que se consagra explícitamente en la cima de las fuentes normativas que tanto el ejercicio de la soberanía se realiza por el pueblo (artículo 5 inciso 1 Constitución Política), tanto que los órganos del estado deben respetar los principios de supremacía constitucional como el principio de legalidad (artículos 6 y 7 Constitución Política), tales normas son un fiel reflejo que el actuar de los poderes de dirección del Estado deben respetar la voluntad del pueblo en su ejercicio, debido que tanto la Constitución política como las leyes son propias de su voluntad -a través de los poderes constituidos-, del pueblo.

Bajo lo dicho anteriormente, es claro que las decisiones de los órganos estatales deben ser reconducibles en todo momento al pueblo, ¿pero a través de qué forma? Marshall propone 3 formas, las que el autor estima que deben concurrir en todo momento, en primer lugar la legitimación democrática funcional e institucional, la cual el autor explica como aquella “forma de legitimación abstracta, pues solo se refiere al órgano del Estado en cuestión y a su competencia in abstracto” (Marshall, 2011, 31) que en el caso en comento del Presidente de la República, vendría a explicarse con la consagración de su autoridad en el artículo 24 CPR y sus atribuciones especiales del artículo 32 CPR, en segundo lugar se encontraría la forma de legitimación democrática orgánico personal, la cual consiste en que los titulares de los órganos del Estado sean elegidos por el pueblo, que en este caso se encontraría en la Carta Magna Chilena en el artículo 26, en la cual se regula la elección del mandatario presidencial y por último se encontraría la

legitimación democrática material o de contenido, la cual consiste según el autor en “una garantía para que los titulares de los órganos del Estado, una vez instalados y satisfecha la legitimación orgánico-personal, no puedan actuar con autonomía respecto a la voluntad del pueblo” (Marshall, 2011, 32), siendo la ley el principal parámetro para la determinación de la voluntad del pueblo y la responsabilidad de los titulares de los órganos del Estado (Marshall, 2011, 31).

4.3 Humanidad y Sanidad.

Otra de las grandes justificaciones de la aplicación del indulto particular, es aquella que dice relación con las razones humanitarias, lo que obedece a determinadas situaciones de hecho que pueden ser merecedoras de ser justificadas bajo este concepto, por lo cual es necesario delimitar, lo que se entiende por humanitario, siendo menester recurrir a la RAE, la cual brinda distintas acepciones, siendo llamativas la segunda y la tercera en donde se le caracteriza a la humanidad, como la fragilidad propia del ser humano y más particularmente, se trataría de una sensibilidad, compasión de las desgracias de otras personas y la humanidad como sinónimo de benignidad respectivamente. A su vez, la voz “razones sanitarias” ha de representar otra de las grandes razones que se han de esgrimir aquellos que tienen la atribución en cuestión, en donde sin mayor esfuerzo es posible comprender que estas razones se han de referir a la aplicación del indulto con fines de preservar la buena salud de los individuos.

Un ejemplo claro de la aplicación del indulto, en específico por razones humanitarias y sanitarias es la Ley N° 21.228, que fue aquella que concedió indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19, publicada el 17 de abril del 2020, en donde, en los antecedentes de la norma se expusieron fundamentalmente situaciones de hecho de índole sanitaria como “Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote mundial del virus denominado coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV2) que produce la enfermedad del coronavirus” y “el propósito de cumplir con dos concretos objetivos de salud pública relacionadas con el sistema de ejecución penal: i) la adopción de medidas destinadas al cuidado preventivo de grupos de alto riesgo”, sin embargo, en la fundamentación de la ley se han esgrimieron argumentos humanitarios, explicando que la ley en cuestión va en concordancia con los objetivos de la institucionalidad chilena, que

son fundamentalmente el respeto a la dignidad humana y la protección a los Derechos humanos, esgrimiendo una argumentación basada en los artículo 1, 5 inciso 2 de la Constitución política, tendientes a recalcar que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia” y que la soberanía chilena reconoce como límite los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, exponiendo tales normas en relación a los artículos 10.1 del Pacto internacional de derechos civiles “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y políticos” y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la integridad personal, “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto”.

5. Requisitos del indulto particular.

Tratándose de los requisitos del indulto, es necesario considerar los que se encuentran en la Constitución Política de nuestro país y los de la ley N° 18.050 que fija las normas generales para conceder indultos particulares y su reglamento (decreto ley N° 1542).

En primer lugar, la Constitución trata el indulto en los artículos 9 inciso tercero, 32 N° 14 y la disposición transitoria séptima.

Sobre los delitos de terrorismo, el artículo 9° inciso final establece que no procederá respecto de ellos el indulto particular, exceptuando si estos tienen como pena la muerte, conmutándola por pena de presidio perpetuo.

Luego en las atribuciones especiales del Presidente de la República, en el artículo 32 N° 14 se consagra el indulto particular, el cual será otorgado por el jefe del poder ejecutivo en los casos y formas que determine la ley, dejando la función de especificar los límites a esa facultad a la ley, no sin antes haber dictado sentencia ejecutoriada en el proceso, tal como establece la respectiva norma. Además señala que funcionarios acusados y condenados por el congreso sólo pueden ser indultados por esta institución, coligiendo así que sólo pueden ser indultados por vía de indulto general, y no por el presidente de turno.

Respecto a la séptima disposición transitoria, se establece que el indulto particular será siempre procedente respecto a delitos relacionados con el terrorismo cometidos antes del 11 de marzo de 1990, ya que, de acuerdo al artículo noveno de la Constitución, para todos los delitos con conductas terroristas posteriores no procederá el indulto particular, siempre y cuando no sea para indultar por conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

Tratándose de la Ley N° 18.050 que fija las normas generales para conceder indultos particulares establecen los requisitos para el uso de esta facultad, pero desde una perspectiva del derecho a solicitud que tienen los civiles respecto al mandatario Presidencial, para el uso de la atribución en comento.

La Ley N° 18.050 del 6 de noviembre del año 1981, no posee una extensa y acabada regulación de la facultad presidencial en comento, sino que al contrario ya que se conforma tan sólo de siete artículos en los cuales regula fundamentalmente dos aspectos, el primero de ellos es el derecho de solicitud que tienen los civiles para que el Presidente de la República haga uso de esta atribución (artículo 1º) y en segundo lugar, los casos en donde por mandato del legislador las solicitudes de aplicación de esta gracia deben ser rechazadas (artículo 4º), entre las cuales destacan las situaciones de cuando se tratare de delinquentes habituales, cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena y cuando no se encontraren cumpliendo sus condenas en el respectivo establecimiento, si estuvieren condenados a prisión, presidio o reclusión entre otros casos.

En primer lugar, los requisitos antes mencionados, dicen relación con la solicitud de los civiles para la aplicación del indulto particular, lo cual solo cubre una modalidad que tiene el mandatario para hacer uso de esta facultad, ya que es importantísimo tener en consideración, que ésta puede nacer también de *motu proprio*. En segundo lugar las mencionadas limitaciones son solo aparentes ya que inmediatamente en el mismo cuerpo legal en el artículo 6º se establece una cláusula que habilita a la máxima autoridad administrativa del país para prescindir de los requisitos mencionados anteriormente, bajo la fórmula “En casos calificados y mediante decreto supremo fundado, el Presidente de la República podrá prescindir de los requisitos establecidos en esta ley y de los trámites indicados en su reglamento”, es por lo ello que surge la interrogante ¿existen efectivas limitaciones en esta ley? La respuesta ha de ser afirmativa, sin perjuicio de

que sean mínimas, el mismo artículo 6° de la Ley N° 18.050, que deja una amplia libertad al Presidente de la república, establece limitaciones, las cuales no son prescindibles unilateralmente por el ejecutivo, en otras palabras, son efectivos requisitos, los cuales son idénticos a los consagrados en la Constitución Política de Chile, y son dos, en primer lugar que el otorgamiento del indulto particular sea en casos en donde exista un condenado por sentencia ejecutoriada y en segundo lugar que no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por la Ley N° 18.314.

Es por ello que el mandato del constituyente ha provisto al legislador para la concreción de la norma abstracta y general del artículo 32 N° 14 CPR, ha sido ocupada para la creación de una ley que aparenta una acabada regulación del uso de esta atribución, pero que en los hechos es prescindible, debido que solo regula el derecho a la solicitud que tienen los civiles para la aplicación de la gracia, la cual por cierto, se podría solicitar por cualquier otro medio de comunicación al mandatario y a su vez establece limitaciones (artículos 3° y 4°), las que luego son prescindibles unilateralmente (artículo 6° primera parte) por quien está llamado a respetarlas, entonces surge la pregunta ¿para qué diantres existe esta ley? si lo único que hace de forma eficaz es establecer de forma redundante dos requisitos (artículo 6° parte final) que de no existir la ley en comento, la Constitución Política de nuestro país, viene a regularlos de igual forma.

Sin embargo, también hay requisitos provenientes del Derecho Administrativo, ya que el indulto particular es un acto administrativo, el cual debe estar compuesto según Bermúdez por elementos objetivos, causales o motivos, teleológicos o finalistas y formales (Bermúdez, 2011, 116), pero más allá de las distintas conceptualizaciones, lo que han de compartir estas exigencias en relación a las actuaciones de los órganos del Estado, son que el Presidente de la República al hacer uso de la facultad privativa del indulto particular, debe poseer en primer lugar competencia para dictar el decreto supremo que ordena la aplicación de la atribución, en segundo lugar, la existencia de hechos que funden la actuación del mandatario, como en tercer lugar la presencia de la expresión de la motivación del Presidente para dictar el indulto particular y por último que el fin que se persiga no sea otro que el interés general de la nación.

6. Efectos

En materia penal, el indulto particular es una causal de extinción de la responsabilidad penal, que se rige en armonía con lo consagrado por el texto Constitucional en su artículo 32 N° 14, en el Código Penal en su artículo 93 N°s 14, 42, 43 y 44, por la ley N° 18.050 y su reglamento (Decreto Ley número 1542 de 1981).

Como bien se ha mencionado, el indulto particular es una facultad presidencial que coloca fin a la responsabilidad penal del condenado, siendo en materia penal una causal de extinción de la responsabilidad penal, sin embargo es necesario tener en consideración que los tres efectos del uso de esta atribución son la remisión, conmutación y reducción de la pena, de todos modos “sólo en el caso de la remisión de la pena se extingue la responsabilidad penal. En el evento de la reducción o conmutación de la pena siempre (...) subsistirá pena que cumplir” (Mera, 2011, 717).

En el Código Penal Chileno se han establecido consideraciones respecto a los efectos del indulto particular, específicamente el artículo 93 N° 4, el cual versa “(...) la gracia del indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado”, lo que se viene a establecer es que el presidente de la república tiene la posibilidad de intervenir sólo en el proceso de cumplimiento de la pena, el mandatario tiene la oportunidad de favorecer a un reo, excusándolo sólo del cumplimiento material de la pena, pero no de los demás efectos, es por ello que el mismo artículo 93 del Código Penal, especifica que el indulto particular “no quita el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinen las leyes”, la voz “demás que determinen las leyes”, fue introducida, por la Comisión Redactora, a indicación del comisionado Fabres, “para que no se incluyan en el indulto los efectos civiles de la pena, como son la pérdida de la patria potestad y otros análogos” (Mera, 2011, 718).

Continuando con el análisis de los efectos del indulto particular en materia penal, surgen a la vista los artículos 43 y 44 del Código Penal, respecto al artículo 43 CP, este ha de regular los efectos del indulto particular en el sentido de que esta gracia, su aplicación comprende la pena principal como la accesoria, como regla general, pero respecto a los casos de penas accesorias de inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesionales titulares, el indulto particular sólo comprende la pena principal, a menos que

expresamente se haga extensivo a ella, en otras palabras el indulto particular, si desea abarcar una de las posibles penas accesorias mencionadas anteriormente, debe ser cauteloso el decreto presidencial que las ordene y hacer la precisión correspondiente de que la gracia comprende dichas penas accesorias, porque de lo contrario, no las contemplará el indulto presidencial.

A su vez el artículo 44 del Código Penal en materia de efectos penales, es trascendental debido a que, si bien el indulto de la pena de inhabilitación perpetua o temporal para cargos, oficios públicos y profesiones titulares, repone al penado en el ejercicio de estas últimas, el legislador fue claro en que esta gracia no contempla los honores, cargos, empleos u oficios de que se le hubiere privado al penado, aunque la inhabilitación fuese temporal. En otras palabras, si a un funcionario en el ejercicio de sus funciones en la administración pública, que por sentencia ejecutoriada es condenado a la pena de inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos y a su vez es despedido de su función pública, luego es indultado por el presidente de la república, este funcionario podrá nuevamente trabajar en general en la administración pública sin restricción alguna, pero el indulto particular, no repondrá al funcionario en el ejercicio de sus funciones de las que fue despedido con motivo de la sentencia ejecutoriada.

Desde el punto de vista constitucional, se producen ciertos efectos que pueden variar de compatibles o incompatibles entre principios generales otorgados por derechos fundamentales consagrados en la constitución, revisando entre ellos y siguiendo al profesor Beca Frei, el derecho a la vida, libertad y derecho a la honra de la persona y su familia, debido proceso e igualdad ante la ley.

Respecto al derecho a la vida, este se usa para justificar el indulto, en motivos de condenados a la pena de muerte, por ejemplo, en los delitos relacionados con el terrorismo, según lo revisado conjuntamente en el artículo 9 y la disposición transitoria séptimo transitorio de la Constitución Política de la República.

En suma, en relación al derecho fundamental a la vida podemos concluir que el indulto, puede beneficiarlo directamente cuando se trata de dejar sin aplicación la pena de muerte, pero por otro lado podría eventualmente afectarlo indirectamente si es que se beneficia con él a culpables del delito de homicidio, especialmente a autores de crímenes de lesa humanidad. (Beca Frei, 2013, 480)

La relación entre el indulto particular y la pena de muerte se da principalmente a raíz de la modificación en 1991 del Artículo 9º, inciso tercero, de la Constitución Política de la República de 1980, que entre otras cosas permitió el indulto particular de condenados por delitos terroristas cometidos antes del 11 de marzo de 1990.

Si bien el indulto puede evitar la ejecución en casos de pena de muerte, también puede generar controversia si se otorga de manera total a condenados por homicidio u otros crímenes graves, pudiendo amenazar o perturbar el derecho a la vida de las víctimas y sus familiares, por posibles represalias que puedan existir del indultado hacia ellos. Esto resalta la complejidad ética y legal que rodea la aplicación del indulto en relación con el derecho a la vida.

De igual manera, el principio de libertad general también entra en juego en la decisión de otorgar un indulto particular, ya que este principio puede conducir a la liberación de un individuo condenado. Todo bajo el sentido de que, en ciertos casos, la pena impuesta podría considerarse desproporcionada o innecesariamente severa, en definitiva, al igual que el derecho a la vida, se usa como justificación para otorgar el indulto, ya sea de manera total o parcial según corresponda.

Luego, sobre el debido proceso, su concepto “envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental” (García, 2003, 108). Puede mirarse desde dos aspectos, por un lado, respecto la seguridad jurídica que otorga la sentencia ejecutoriada y la cosa juzgada, la cual puede considerarse relativizada al momento de establecer un indulto, en la que, de acuerdo al profesor Beca Frei “importa una flagrante intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el Poder Judicial, ya sea mediante una ley de indulto general en el primer caso, e indulto particular en el segundo” (Beca Frei, 2013, 482). Y por otro lado, la efectiva justicia o justicia distributiva según Aristóteles, el “dar a cada uno lo que le corresponde; es decir, en proporción a su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales” (Murillo & Hernández, 2011, 8), bajo esta idea, y considerando que al momento de otorgar un indulto particular hay justificaciones de por medio y una revisión bajo caso concreto, establecer que el indulto infringe el debido proceso es insuficiente ya que se debe realizar un análisis más recabado e incluso una ponderación de derechos en cada caso en particular.

Respeto a los efectos del uso de la atribución del indulto particular en terreno del derecho constitucional de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, Beca Frei, estima que esta herramienta debe ocuparse sólo en “casos muy calificados” (Beca Frei, 2013, 483), toda vez que más allá de que existan los requisitos tanto penales, constitucionales y administrativos, mencionados anteriormente, la facultad de otorgar indultos particulares en Chile, ha de ser fundamentalmente discrecional, significando esta discrecionalidad un peligro para el respeto irrestricto al Derecho de la igualdad ante la ley, sin perjuicio de lo anterior, esta discrecionalidad ha de poseer características bastantes peculiares, las cuales serán objeto de un estudio más detallado a propósito del control jurídico al uso de la mencionada facultad presidencial.

La concesión de un indulto particular debe tener como prioridad la revisión de diversos aspectos legales, éticos y constitucionales que están interconectados, encontrar un equilibrio entre los derechos fundamentales, los principios generales y la discrecionalidad que posee el poder ejecutivo, con el propósito de asegurar que el indulto sea otorgado de manera óptima y clara. A fin de mantener la integridad del sistema jurídico y confianza legítima de la sociedad en las instituciones gubernamentales.

III. ¿Qué tipos de control se ejercen en contra del indulto?

“El ejercicio de la facultad de indultar, como todas las actuaciones del Gobierno, se halla sometido a control” (Albertí, 2021, 110).

1. Control social

A propósito de la confianza legítima de la sociedad, el control social surge en respuesta a la desconfianza o disgusto en el funcionamiento de la sociedad a medida que inciden en el desenvolvimiento de la misma, tanto como el sistema gubernamental, decisiones políticas, economía, entre otros, como forma de expresar las distintas convicciones y para lograr soluciones adecuadas.

¿Qué comprende el control social o cuál es su definición? Se ha evolucionado en la perspectiva que se tiene sobre este control a principio de siglo se creía que “la informalidad del control social hace mucho más difícil la delimitación conceptual del mismo” (Oliver, 2005, 23), el que no estuviese escriturado o que tuviese mecanismos concretos provocaba que fuese difícil abordar su aplicación.

Luego, se estableció que concuerda con la participación ciudadana activa, “el control social como mecanismo, forma o modalidad en la práctica de la participación ciudadana, implica la actuación de habitantes activos, capaces y dispuestos a exigir sus derechos, al momento de intervenir en decisiones; dar seguimiento y evaluar políticas” (Ordoñez & Trelles, 2019, 7). Sin perjuicio de que “su propio carácter difuso y su condición genérica originan que unas veces el agente que limita sea a su vez el que controla, y otras que el agente del control garantice limitaciones producidas por terceros e incluso limitaciones establecidas en abstracto” (Aragón, 2002, 131).

En pos de esclarecer este entramado, existen tanto agencias formales e informales para el control social, “desde “la ley” hasta “el arte” y “la educación” o “las costumbres” pasando por “las creencias”, “la sugestión social”, “las ceremonias” y el ejemplo de “las personalidades dominantes y únicas” junto a la proyección de “las ilusiones” de la gente” (Oliver, 2005, 8).

A pesar de esto, aunque el control social debiera ser notorio en la ciudadanía, “suele estar ausente” (Cunill, 2000, 40), esto porque el control requiere de cierta organización, “con respaldo político, jurídico y administrativo para su actuación” (Ordoñez & Trelles, 2019, 8).

Hay dos actores en los que se puede evidenciar concretamente el ejercicio del control social, “los medios de comunicación y los movimientos y organizaciones sociales especializadas” (Cunill, 2000, 40). Respecto al indulto, es donde se puede notar en la práctica como estos dos últimos actores actúan entre sí notándose el descontento en la aplicación de este, en específico por la preocupación de si se infringen derechos humanos al otorgarlo.

Entre los casos que se pueden revisar internacionalmente, en Argentina “el 21 de septiembre de 1989 la Asociación Madres de Plaza de Mayo y las juventudes políticas realizaron el acto y “Festival contra el indulto” con la participación de artistas populares de rock y folclore” (Pighin, 2022, 1).

También, el cuestionamiento que se hizo por el indulto al ex presidente peruano Alberto Fujimori en 2017, el cual fue condenado a 25 años de prisión por graves violaciones a los derechos humanos, como la masacre en Barrios Altos y la desaparición forzada en la Cantuta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en un comunicado de prensa evidencia su preocupación, argumentando que el indulto otorgado no cumple con requisitos legales fundamentales ni con principios constitucionales e internacionales de derechos humanos. Critica la falta de independencia de la junta médica oficial, ya que fue alegado un indulto humanitario por razón de padecer enfermedades no terminales graves, infringiendo el requisito de imparcialidad. Incumpliendo en su perspectiva, con las obligaciones internacionales del Estado Peruano, reafirmadas por la misma Corte, de investigar violaciones a los derechos humanos y sancionar a los responsables, toda vez que no otorga justicia y reparación a las víctimas.

Bajo el marco de nuestro país, unos años antes, en el mismo sentido, se critica al indulto concedido a condenados por violaciones a los derechos humanos, en 2011 se publica un artículo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el cual aborda la problemática, señalando que va en contra de la normativa establecida y tratados internacionales, que pueden contribuir a la impunidad y socavar los esfuerzos por garantizar justicia para las víctimas de abusos, con el riesgo de genere consecuencias negativas para la memoria histórica y la consolidación de la justicia.

Luego, una columna de opinión de Cristián Castillo Echeverría del 2018, expresa que el argumento de razones humanitarias para conceder indultos no se sostiene, especialmente en el caso de crímenes de lesa humanidad, que contradice principios fundamentales presentes en tratados internacionales como la obligación del Estado de condenar estos delitos de manera efectiva y acorde con su gravedad. La justificación humanitaria corresponde, como sostiene el autor, a una ficción de reos carezcan de atención médica y fallecen en condiciones inadecuadas, siendo que en la realidad, reciben atención médica en hospitales institucionales, y el intento de homologar delitos comunes con violaciones a derechos

humanos le resta gravedad a los crímenes. Y que todo esto, más que buscar solucionarlo con indultos, se arreglaría teniendo como necesidad proporcionar atención médica y trato digno a todos los reos del país, sin eludir las obligaciones en materia de justicia y reparación del Estado Chileno.

Todos estos ejemplos ponen en evidencia el cuestionamiento y la crítica hacia el otorgamiento de indultos a personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos, se basan en preocupaciones sobre la falta de justicia, la posible impunidad y el respeto a los principios fundamentales.

Tal como se estableció anteriormente, el hecho de que indultos sean otorgados a favor de condenados por violaciones a los derechos humanos, es una infracción a los tratados internacionales que han suscrito los estados parte, y que, al tratarse de tratados sobre materias de derechos humanos tienen rango constitucional, debiendo todas las normas, leyes y decretos de rango inferior regirse de acuerdo a ello, en consecuencia, tal como fue revisado en la tesina anteriormente, es inadmisibles el “establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos” -de acuerdo a la ya citada Sentencia CIDH, caso *Almonacid Arellano vs Chile, 2003-*, siendo el indulto un impedimento para sancionar efectivamente el cometimiento de estos delitos. No obstante, ¿qué tan eficaz es el control social para evitar esto? ¿Cuál es la función concreta del control social en estos casos?

Sin duda, pone en manifiesto la infracción y el descontento de la sociedad frente a las decisiones que perciben como contrarias a principios éticos y legales. Aunque el control social pueda influir en posibles decisiones futuras, en la opinión pública y generar presión para una reconsideración, su impacto directo en la configuración de sanciones concretas es limitado, es decir no configura un control o sanciones más allá de poner en evidencia la contrariedad de la opinión pública. De todas formas, hay que verlo de manera realista, ya que su objetivo “es preservar un determinado orden social sin afectar los derechos de la sociedad” (Rodríguez & Rincón, 2019, 48).

En este contexto, el control social actúa como un mecanismo de expresión colectiva de valores y convicciones éticas, buscando preservar un orden social que respete los derechos fundamentales. Sin

embargo, su eficacia radica en su capacidad de sensibilizar a la sociedad y a las autoridades sobre la importancia de la justicia, memoria histórica y la consolidación de un sistema judicial imparcial -en los casos específicos revisados.

Ahora bien, aunque cada control posee su especie (a saber, social, jurídico y político), esto no limita que los controles se inmiscuyan entre sí, ya que “no sólo los agentes sociales, sino también agentes políticos (e incluso agentes políticos-institucionalizados) pueden ejercer el control social” (Aragón, 2002, 175). Aunque el control social pueda generar visibilidad y conciencia, para que evidentemente se produzca un efecto concreto en el acto controlado, especialmente en el ámbito legal, como ya fue establecido, este control requiere de organización debido a su naturaleza abstracta, en consecuencia es necesario acudir a los otros grandes tipos de controles, el jurídico y el político para lograr su actuación.

2. Control jurídico

Una vez revisado el control social es necesario adentrarse en el control que se funda en el ordenamiento jurídico chileno, el cual puede calificarse de distintas formas, entre otras: preventivo y represivo, jurídico o de mérito, dentro y fuera de la administración, si dan lugar a una etapa contradictoria o no.

Las cuales se van entrelazando, pero en particular existe una clasificación que guía a las demás, la cual es la clasificación de acuerdo al órgano, institución que lo realiza, ya que es a partir de esta categorización en donde se empiezan a conjugar las demás clasificaciones, toda vez que esta clasificación es el punto de partida, ya que el control desde la vereda del derecho, se debe llevar a cabo mediante instituciones previamente establecidas, en donde sus competencias, objeto de control, oportunidad, sanciones se encuentran predeterminadas, es precisamente por estas razones que el control del indulto particular, se trabajará a partir de esta mencionada clasificación.

Sobre el control respecto a la constitucionalidad del decreto presidencial que otorga el Indulto particular, el Tribunal Constitucional se hace cargo de él a través de la competencia que le es otorgada en el artículo 93 N° 16 de la Constitución Política, que dispone que corresponde al Tribunal

Constitucional “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado (...)”. La cual se estima por parte de estos tesisistas, que peca de ser poco relevante, debido que su objeto de control es complejo, toda vez que esta facultad tiene muy pocos requisitos constitucionales (artículos 9 inciso tercero, 32 N° 14 y la disposición transitoria séptima), además se agrega el hecho que esta mencionada competencia solo se puede ejercer a través del requerimiento de las cámaras o un grupo de parlamentarios -una cuarta parte de los miembros en ejercicio-, por lo que la forma de evitar un posible vicio de constitucionalidad que pueda poseer el decreto supremo en cuestión, pende de un organismo netamente político como lo es el parlamento (Bermúdez, 2011, 423).

Respecto al control que realiza la Contraloría General de la República, este control de tipo administrativo externo corresponde a aquel llevado a cabo por un órgano que pertenece a la Administración del Estado y que se ejerce sobre la actuación jurídica de otro órgano de la misma.

Es menester tener en consideración que la posición jurídica de la Contraloría General de la República, tiene su consagración en el artículo 98 de la CPR, la cual la establece como un organismo autónomo encargado de controlar a la Administración, “pero no en un sentido de descentralización ni de personalidad jurídica ni patrimonio propio, sino respecto a su independencia de todos los ministerios, autoridades y oficinas del Estado, toda vez que la este organismo no está sometido a la supervigilancia ni tutela ni mucho menos al control jerárquico del Presidente de la República” (Bermúdez, 2011, 338).

En la materia que nos ocupa, la Contraloría tiene como competencia específica, ejercer el control sobre la legalidad de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, en los que se incluyen los decretos supremos dictados por el Presidente de la República, siendo sus principales características:

1- Es un control jurídico: Este control lo que se busca es contrastar el acto jurídico de la Administración del Estado con la legalidad que en este caso son los requisitos dados por la ley 18.050, los cuales según lo analizado, han de ser poco relevantes, dado que son prescindibles por el mandatario, este control de oportunidad ha de encontrarse en las antípodas de un control de mérito u oportunidad, el cual se caracteriza por verificar la conveniencia del acto administrativo, ósea en el caso en comento, si los

indultos que ha concedido el Presidente de la república han sido provechosos o no para el país (Bermúdez, 2011, 394).

2- Es un control técnico, no político: La Contraloría general de República es independiente, es por ello que el control que realiza es apolítico y en este caso, se limita a revisar la legalidad y constitucionalidad del decreto supremo en cuestión.

3- Respecto al momento del control: Este control puede verificarse antes de la dictación del acto, en el mismo momento o a posteriori.

Este control de legalidad realizado por la Contraloría General de la República, se ha de concretar a través del trámite “toma de razón”, el cual se encuentra consagrado en el artículo 99 de la Constitución Chilena, que en palabras de Bermúdez “es aquel trámite de control preventivo, que se inserta dentro de un procedimiento administrativo una vez dictado el acto administrativo, que efectúa la CGR en el cual se examina la juridicidad de la actuación administrativa” (Bermúdez, 2011, 395), y a su vez este trámite puede hallar como consecuencia más gravosa posible la representación de decreto ya sea por su ilegalidad o inconstitucionalidad.

Este control realizado, que por regla general ha de tratarse de un control preventivo, ha de controlar los aspectos reglados del indulto particular, excluyendo por supuesto cualquier tipo de control sobre la conveniencia de la dictación del acto administrativo, por lo que con propiedad se está en presencia de un control jurídico/formal. Es por lo anterior que este control hablándose de la elaboración de normas jurídicas por parte de la administración, ha de significar una “barrera de seguridad”, que se encarga de resguardar que todos los actos administrativos cumplan tanto con la norma constitucional como legal, que en el caso de la facultad presidencial en comento, no representa mayor distinción alguna, toda vez que el texto constitucional es extremadamente simple, debido a que se limita a establecer requisitos que luego la norma legal ha de repetir más otros aparentes requisitos, que el mismo texto deja en libertad de prescindir de ellos. Es en ese sentido que si el decreto supremo que otorga el indulto particular, respeta tanto el artículo 32 n°14 de la Constitución política y la Ley N° 18.050, lo que hace el organismo es darle

una presunción de juricidad, sin perjuicio que como se afirma, “se trataría de solo una presunción”, toda vez que el acto podría ser revisado en forma posterior por los tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional.

A contrario sensu, si este decreto presidencial no cumple ni la Constitución Política ni con la ley, la Contraloría, ha de devolver el acto administrativo y por ende sus efectos y tiene a su disposición tres alternativas, ya sea obligar que se subsanen los vicios o errores, se toma razón parcialmente o lo representa, por la ilegalidad o inconstitucionalidad de que adolece, significando esta última opción que el organismo rechaza el acto administrativo y que por regla general, este no podrá nacer a la vida del derecho y es aquí precisamente donde han de empezar los cuestionamientos, sobre la efectividad de este control, hablándose de la facultad presidencial del Indulto Particular, ya que si bien sobre la representación por parte de la Contraloría General de la República al decreto supremo por supuestos vicios de constitucionalidad, no es susceptible de contradicción alguna, sobre eventuales vicios de legalidad, el ordenamiento jurídico si contempla un mecanismo para refutar la objeción que ha hecho esta institución, y de hecho si se es mas preciso aún, no es un mecanismo para discutir, refutar, la decisión de la Contraloría General de la República, es un mecanismo para ignorar lo dicho por un organismo que incluso está dentro de la misma administración y este mecanismo es el de la insistencia.

Esta insistencia, contemplada en el artículo 36 de la Carta Magna, implica que tras este impasse de legalidad se dicta un decreto de insistencia con la firma de todos los ministros, donde estos pasan a ser responsables solidariamente de los efectos que pueda producir el decreto e implica que la Contraloría tome razón del decreto insistido, a pesar de su eventual ilegalidad, osea que eventualmente podría nacer a la vida del derecho un decreto supremo ilegal.

Es por lo anterior que, este mecanismo contemplado por el ordenamiento jurídico para el control al decreto presidencial que otorga el indulto particular, no posee relevancia alguna toda vez que la posible sanción que es la representación, es prescindible por parte del Presidente de la república y sus ministros, en el caso de representación por ilegalidad, sumado al hecho de que las exigencias dadas por el texto constitucional son muy simples y su foco es hacer una remisión normativa, donde la Ley N° 18.050

establece requisitos que son disponibles por parte del mandatario Presidencial, siendo la misión de este organismo en comento, la de realizar un mero control de tipo procedimental respecto a la legalidad del decreto supremo dictado.

Por último, desde la vereda de los Tribunales ordinarios, a estos les corresponde controlar jurídicamente a petición de parte la actuación administrativa, esta es llevada a cabo por los Juzgados de Letras en lo Civil a quien corresponde la acción contencioso administrativa de nulidad de Derecho público, sin perjuicio de la competencia de las Cortes de Apelaciones que actúan, como tribunales de segunda instancia y de la Corte Suprema que hipotéticamente podría actuar como tribunal de casación (Bermúdez, 2011, 405).

Este control es sumamente interesante, pero solo desde la vereda dogmática toda vez que la oportunidad de control a este decreto supremo, sería a través de los elementos del acto administrativo de los cuales pende la validez de la actuación administrativa, los que encuentran su fundamento en lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución política como en el artículo 2° de la Ley N° 18.575, toda vez que en estas disposiciones, se consagra el principio de legalidad, lo cual trae asemejado según Gómez González que respecto a la actuación de los órganos del estado, éstos deban “someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella y sus actuaciones serán válidas en la medida de que la potestad esté atribuida y se ejerza en la forma en que prescriba la ley” (Gómez, 2021, 72), pero sin perjuicio de ello, este control a través de los elementos de acto administrativo, ha de recaer sobre las exigencias establecidas en el artículo 32 n°14 de la Constitución política y la Ley N° 18.050, las cuales fueron revisadas a propósito de los requisitos del uso de esta facultad, en donde se criticó la ausencia de significativos requisitos de procedencia, llegando a la conclusión de que la regulación de esta prerrogativa es aparente. Es por ello que el control a que pueda ser susceptible por parte de los Tribunales ordinarios, esta facultad ha de ser mínimos, producto de su objeto a controlar, el cual es escaso, lo que trae como consecuencia, que más allá de ciertas y determinadas hipótesis muy difíciles de concretarse, como lo podría ser un cuestionamiento al cumplimiento del elemento motivo o fin del Decreto Supremo, lo cual tiene sino escasa o inexistente posible aplicación práctica, este control ha de ser insignificante, lo que

conduce a las preguntas ¿por qué su control es poco relevante?, ¿será que fué un error del legislador? o ¿será que es fruto de una decisión deliberada de la ley?

2.1 Un problema transversal al control jurídico: La facultad presidencial de dictar indultos particulares es un acto de gobierno o político

Una vez revisados los distintos tipos de controles que realiza el Tribunal Constitucional, Tribunales Ordinarios y la Contraloría General de la República, con sus distintas falencias ya mencionadas, como lo son las de depender de un órgano político para el inicio de la acción, agregado a los escasos requisitos para su otorgamiento, hablándose del control del Tribunal Constitucional o el problema que significa la insistencia ante la representación en el caso del control de la Contraloría General de la República, cómo por último la escasa o casi dogmáticas hipótesis que suponen el control de los tribunales de Letras en lo Civil. Sin perjuicio de lo anterior y de manera bastante obvia, estos órganos han de poseer un elemento en común, el cuál es su objeto de control, el cuál si se analiza de forma detenida, constituye el más significativo límite, impedimento para un real y concreto control de la mencionada potestad, siendo este el hecho de que se está en presencia de un acto político o de gobierno.

El Decreto presidencial ha de ser un acto de gobierno o político, en el mismo sentido del fallo C-6143-2014, caratulado Aravena Pacheco y otros y fisco de Chile, respecto a la solicitud de indemnización de perjuicios derivada del supuesto uso tardío de la facultad presidencial de ordenar Estados de excepción de acuerdo a lo consagrado en los artículos 39 y siguientes de la Constitución Política de nuestro país, toda vez que" (...) La declaración de estado de excepción Constitucional de catástrofe, en el ámbito de las atribuciones exclusivas del presidente de la República; que se trata de prerrogativas de gobierno o políticas y que por tal consideración no pueden quedar las mismas sujetas al control judicial en cuanto al mérito u oportunidad en que han debido de ser ejercidas." (Considerando Undécimo). En relación con lo anterior lo que comparten la facultad de dictar indultos particulares como la de ordenar Estados de Excepción Constitucional y que hace que ambas facultades sean actos de gobierno o políticos es que traen consigo un poder discrecional por parte del Presidente

de la República, entendiendo este último concepto como lo conceptualiza Bonnard " (...) cuando la ley o el reglamento dejen a la administración un poder libre de libre apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y que contenido va a dar a su actuación." (Pierry, 2010, 479), y este poder en cuestión trae consigo una discusión ineludible, la cual según Isabel Lifante radica en la problemática si "cabe o no el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración" (Lifante, 2002, 413), u en otras palabras que exista control de oportunidad u mérito por parte de la judicatura a los actos de la administración, lo que el fallo anteriormente citado y a propósito de la facultad presidencial de dictar estados de excepción constitucional fue bastante enfático "En efecto la Constitución Política manda sin equívocos que se excluye rotundamente el control judicial del acto político dictado en ejercicio de la potestad de gobierno y discrecional relativa a la declaración de estados de excepción constitucionales, la cual -como se dijo- no es susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales (...)" (Considerando Décimo tercero).

Es por las consideraciones anteriores que la facultad presidencial del indulto particular, ha de ser una prerrogativa que es un acto de gobierno o político por ende es mayoritariamente incontrolable, toda vez que la norma que atribuye la competencia al presidente de la República como lo es el artículo 32 n°14 CPR, lo hace en gran medida de forma discrecional, ya que cumpliéndose los requisitos constitucionales y legales, que conforman la competencia reglada de esta atribución, entendiendo competencia reglada "Cuando la norma jurídica impone al poder público la decisión que se tome, en atención a la existencia de ciertos requisitos que ella establece"(Pierry, 2010, 480), el indulto particular es una facultad incontrolable por parte de la judicatura, toda vez que se está en presencia de una atribución discrecional, la cual según estos tesisistas no es mera coincidencia, sino que se trataría de una discrecionalidad intencional, deliberada, del ordenamiento jurídico, tal como Gómez González expone en su tesis doctoral, al explicar los distintos orígenes que puede tener la discrecionalidad administrativa, siendo una de ellas como aquella "remisión normativa consciente, por lo que la administración posee discrecionalidad no por la omisión legal, sino porque la ley quiere (...)" (Gomez, 2021, 115).

Dadas las anteriores consideraciones y especialmente dado un análisis de los organismos de control y de sus respectivos instrumentos jurídicos para llevar a cabo su cometido, ha quedado en evidencia que la falta de limitación al decreto supremo que ordena el indulto particular no ha de ser un problema de las instituciones per se, sino que al contrario, el problema del control a la prerrogativa en comento, descansa en el objeto a controlar, el cual es un acto de gobierno o político, el cual tiene grandes competencias discrecionales, las cuales no son fruto de indeterminación del derecho o de una pretensión de discrecionalidad técnica u otra fuente (Gomez, 2021, 120), sino que del otorgamiento deliberado del legislador al Presidente de la República de una facultad incontrolable, quedando vedada la posibilidad de un control por parte de la judicatura, en el mismo sentido del fallo analizado respecto al uso de la facultad de dictar estados de excepción constitucional, lo cual trae como gran consecuencia que si bien pueda existir un posible control, este será de muy baja intensidad como lo es el control del Tribunal Constitucional, o será un control procedimental como el que realiza la Contraloría General de la República o será un control de laboratorio para los profesores de Derecho Administrativo de las distintas facultades de Derecho del país.

Lo anterior a consecuencia que la competencia otorgada al Presidente de la República es mayoritariamente discrecional por ende en gran medida incontrolable, dado que el aspecto reglado del Decreto Supremo, es casi aparente, pero nótese, podrá ser mayoritariamente incontrolable, pero este solo desde una perspectiva de control jurídico, dado que el real, concreto y efectivo control a esta prerrogativa, no proviene del cumplimiento de exigencias constitucionales o legales, sino que proviene de un control de tipo político, el cual se pasará a explicar.

3. Control político

El control jurídico al no ser un control relevante en la práctica, se hace necesario proseguir con un control que sí lo sea, un control más amplio en su rango de revisión respecto al indulto particular, como lo es el control político.

Respecto a la forma en que actúan los intervinientes, al igual que el control social, corresponde a un mecanismo subjetivo, toda vez que no funcionan como controles imparciales pero se diferencia del control social, y se iguala al control jurídico, en lo referente al estar debidamente institucionalizado en diversos agentes que “han de tener reconocida por el ordenamiento dicha competencia, es decir, poseer una potestad jurídicamente establecida” (Aragón, 2002, 174).

Luego, este control político puede ejercerse a priori o a posteriori, abarcando la supervisión de “proyectos que no tengan fijado aún su contenido, e incluso dicho control cabe sobre meros propósitos o simples intenciones” (Aragón, 2002, 177). Esta amplitud configura un ámbito de control más extenso, otorgando una libertad de acción mayor al permitir interpretaciones sustentadas con razones políticas. La interpretación política se caracteriza por su subjetividad, basándose en motivos de oportunidad, y constituyendo una valoración guiada por razones políticas en lugar de un método jurídico.

El problema central y las discusiones de la materia al otorgar indultos, no se centran en la constitucionalidad o legalidad de las aplicaciones, sino en el cuestionamiento de las razones, que quedan dentro del ámbito discrecional del presidente, y de centrarse únicamente en la legalidad tendría una solución en concreto mucho más fácil dentro del ámbito jurídico, dejando la aplicación del indulto en concreto sin efecto. La naturaleza subjetiva del control político destaca su diferenciación con el control jurídico, centrando la discusión en la justificación o fundamentación política.

“La discrecionalidad y la oportunidad son dos conceptos fuertemente entrelazados y casi imposibles de escindir en términos prácticos” (Quezada, 2020, 106). La discrecionalidad sin duda está intrínsecamente ligada a la esfera política, marcando una diferencia sustancial, en consecuencia, es importante recordar que la facultad de indulto presidencial es un acto de gobierno, y que, mientras su aspecto formal sea concordante con lo establecido por ley, su aspecto de fondo es completamente discrecional y por ende, es prudente que sea supeditado efectivamente por un control que se sustente en la oportunidad.

De acuerdo a la decisión final en el ejercicio del control político, cuando va en contra de lo revisado, no produce una sanción por sí mismo, el “carácter “subjetivo” excluye que, necesariamente, el juicio negativo lleve aparejada, de manera automática, la anulación del acto o la remoción del titular o titulares del órgano” (Aragón, 2002, 180). “Sólo los posee de manera excepcional y tasada, es decir, en los casos en que lo prevé el propio ordenamiento y sólo en ellos” (Aragón, 2002, 180).

3.1 Aplicación del control político en el indulto particular.

Respecto a los agentes que pueden ejercer este control, se encuentra el parlamento, cuya finalidad es, cuando el control es enfocado hacia el gobierno, “desgastarse o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral” (Aragón, 2002, 188). Existiendo control del parlamento:

“No sólo en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación y control de normas legislativas del gobierno (instrumentos “más característicos” de control) se realiza la función fiscalizadora, sino también en el procedimiento legislativo (defensa de enmiendas, etcétera) en los actos de aprobación o autorización, de nombramientos o elección de personas etcétera” (Aragón, 2002, 191).

Es en este mismo sentido, la norma jurídica que formaliza el control de los parlamentarios al poder ejecutivo en nuestro país es el artículo 52 de la CPR, la cual enumera las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, donde se encuentra la posibilidad de fiscalizar los actos de gobierno mediante la adopción de acuerdos, citar a Ministros de Estado, crear comisiones especiales investigadoras, acusaciones constitucionales, entre otras.

Las acusaciones constitucionales suelen ser el medio más mediático, incluso únicamente por manifestar la posible intención de ejecutarla, se realizan por considerar que ha existido un incumplimiento grave de deberes, incumpliendo el ordenamiento jurídico. Respecto a su funcionamiento, se forma una comisión encargada de conocer la acusación constitucional, se realizan informes de las distintas sesiones y los diversos acuerdos que se toman. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario destacar que respecto a la naturaleza de la acusación constitucional, esta es plenamente discutible, toda vez que en ella se van entrelazando cuestiones jurídicas con asuntos políticos.

Respecto a la aplicación del control político en el indulto particular, es necesario destacar el informe de la comisión especial investigadora de los actos de gobierno relacionados con la concesión de indultos por parte del Presidente de la República, la cual contó con el concurso del Ministerio de Justicia y derechos humanos (CEI 16), con fecha 3 de julio de 2023, la cual optó por mayoría de sus integrantes, enviar oficios al Presidente de la República y al Contralor General de la República para formularles consultas y se cuestionó la posibilidad de aplicar sanciones en caso de no haber respuesta por parte del presidente, sin embargo, al no ser un funcionario de la administración del Estado, no estaría sujeto las mismas reglas que rigen para otros cargos públicos. A su vez concluyeron que era relevante formar una comisión de reforma para el indulto, proponer cambios en la Ley N° 18.050 para la creación de un órgano colegiado y que éste evalúe las propuestas de indulto, que se clarifique el alcance de “casos calificados” del artículo 6° de la Ley N° 18.050, exigir mayor fundamentación de indultos, revisar la delegación de potestades para otorgar indultos, y recomendar que los decretos de indultos revisados por esta comisión especial investigadora sean revisados nuevamente por la Contraloría General de la República.

Otro ejemplo claro de control político a esta controversial prerrogativa del Presidente de la República, fue la que realizó recientemente el Consejo Constitucional, el cual en su propuesta de texto constitucional, no contempló dentro de las atribuciones especiales del Presidente de la República, el otorgar indultos particulares, siendo esto a todas luces, un control completamente político, siendo deliberado y libremente acordado por la mayoría de los integrantes de este poder, sin tener que fundar su decisión bajo normas jurídicas, sino que al contrario, se apoyaron en razones de conveniencia y oportunidad.

Según lo revisado anteriormente, el control político realiza un análisis más recabado del indulto particular, toda vez que su control no sólo atraviesa el aspecto jurídico, sino que desde una visión más extensa, va combinando en ciertos aspectos lo jurídico, político y social, lo que trae como consecuencia que al sumergirse en una evaluación más detallada del control del indulto particular, el control político no se queda con el carácter difuso del control social que impide finalmente un resultado por parte de este control, y fundamentalmente no se ve limitado en tanto a su ámbito de control a solo cuestionar el escaso

aspecto reglado del decreto supremo que ordena el indulto particular, sino que este control político llega a donde el control jurídico no puede llegar, lo cual es el aspecto discrecional de este poder, estando posibilitado a cuestionar las razones de oportunidad y conveniencia del uso de esta prerrogativa.

En definitiva, el único control concreto y efectivo de esta facultad, es el control político tanto por su ámbito de control, como por sus posibles resultados, todo lo anterior a consecuencia de que se está en presencia de un acto político.

IV. Conclusiones.

La facultad del Presidente de la República es una institución jurídica, la cual tiene larga trayectoria en nuestro país, que dados sus posibles efectos de remisión, conmutación y reducción de la pena, ha sido limitada en nuestro país, tratándose de delitos de lesa humanidad, pero respecto a los demás delitos que afectan bienes jurídicos diversos, esta prerrogativa es fundamentalmente discrecional y por ende incontrolable por parte de la judicatura, en lo no escasamente reglado, toda vez que es un acto político o de gobierno. Lo anterior trae como consecuencia que los controles sociales y jurídicos no sean efectivos y concretos en la tarea de limitar esta facultad, a diferencia del control político que dadas sus características, permite un control más amplio, llegando incluso a controlar el mérito, la oportunidad de la concesión del Indulto particular.

1. La facultad presidencial de dictar indultos particulares por parte del Presidente de la República tiene un origen antiquísimo con antecedentes que datan de documentos tan antiguos como el Código de Hammurabi, correspondiente a más de 1700 años a.C, o incluso la misma Biblia, particularmente en el Nuevo Testamento en donde se puede encontrar expresamente el perdón, en Marcos 15:6-15, es por anterior que el indulto particular no es solo un vestigio histórico, toda vez que se ha mantenido a lo largo de la historia universal y en nuestras constituciones, desde la Constitución de 1811 hasta el presente texto de 1980, lo que denota que el indulto particular ha de ser una institución con una amplia tradición en el plano internacional como en el plano local, por lo cual no es casualidad que se mantenga vigente en la actualidad.

2. El uso del indulto particular, dentro de sus efectos ha de repercutir en una temática muy sensible para la sociedad, debido que la concesión de este derecho hablándose de los delitos de lesa humanidad, trae consigo una clara intervención en la sanción de este tipo de delitos, de tan alta connotación, es por ello y que a raíz de diversos episodios traumáticos para el mundo como para Chile, nuestro país ha suscrito a diversos instrumentos internacionales para procurar el máximo respeto, prevención y castigo a estos delitos. En virtud de lo anterior y de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile y el artículo 5 inciso 2 CPR, se ha limitado el uso de esta prerrogativa presidencial, toda vez que solo es posible la concesión en forma parcial a condenados por delitos de lesa humanidad, esto es que la liberación anticipada del condenado no puede producirse antes de cumplidas dos terceras partes de la condena dependiendo de la colaboración que preste para determinar autoría en los delitos.

3. El uso de esta facultad han de tener muchas fundamentaciones, pero sin lugar a dudas existen tres que destacan, como lo son aquellas relativas a la paz social, en donde se logró identificar que esta temática tan importante es incluso anterior a la creación de los estados y que autores como Jellinek, Hobbes, Protágoras y Rousseau, han situado a la paz social como un elemento crucial en los estados, es por ello, que la prerrogativa en comento encuentra su justificación en que es una herramienta para mantener la paz social en las sociedades.

A su vez otra de las grandes fundamentaciones que tiene el uso de la facultad del indulto particular es que proviene de la democracia representativa, la cual tiene como requisitos sine qua non, para su funcionamiento, según lo revisado, la igualdad y libertad política y que las decisiones de los órganos estatales cumplan tanto con las legitimaciones democráticas, funcional e institucional, orgánico personal y material o de contenido.

Como por último por razones humanitarias y sanitarias, siendo un claro ejemplo la Ley N° 21.228, que fue aquella que concedió indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19, publicada el 17 de abril del 2020, en donde, a pesar de que no se trata de la aplicación del indulto particular en la fundamentación de la ley se esgrimieron argumentos humanitarios, en donde se

explica que la ley en cuestión va en concordancia con los objetivos de la institucionalidad chilena, que son fundamentalmente el respeto a la dignidad humana y la protección a los Derechos Humanos.

4. Los requisitos de procedencia de esta facultad han de ser los artículos 9 inciso tercero, 32 N° 14 y la disposición transitoria séptima de nuestra Constitución Política más los requisitos de la ley 18.050, estableciendo esta última requisitos que han de ser sólo aparentes debido a la presencia de cláusulas que dejan en libertad al mandatario para disponer de su aplicación, como lo es el artículo 6 de la ley en comento, significando que el uso de esta facultad solo tiene 2 grandes requisitos, los cuales son que se trate de casos donde exista un condenado por sentencia ejecutoriada y en segundo lugar que no se trate de conductas terroristas, calificadas como tales por la Ley N° 18.314.

5. En sus efectos, se demostró que el uso del indulto particular tiene una gran dimensión política, dadas las intrínsecas repercusiones que tiene en la sociedad su concesión, sin perjuicio de ello, en el plano jurídico, se expusieron los efectos a los que se ve envuelto el beneficiario ante el uso de esta prerrogativa que principalmente son que el uso de esta facultad coloca fin a la responsabilidad penal del condenado, siendo en materia penal una causal de extinción de la responsabilidad penal, sin embargo es necesario tener en consideración que los tres efectos del uso de esta atribución son la remisión, conmutación y reducción de la pena.

6. Respecto al control a que pueda ser susceptible el uso de esta prerrogativa en comento, se analizó, la morfología jurídica que compone esta facultad, la cual si bien posee un aspecto reglado, el Indulto particular es fundamentalmente discrecional, lo anterior a consecuencia de que se trataría de una decisión deliberada del ordenamiento jurídico de otorgar competencias discrecionales, toda vez que es un acto político o de gobierno en el mismo sentido de la facultad del presidente de la república de ordenar Estados de Excepción constitucional, lo que trae como consecuencia que este poder del presidente de la república, en lo no reglado, no pueda ser revisado por parte de la judicatura.

En base lo anterior, resulta ser que ni el control social con su carácter difuso y condición genérica ni el control jurídico tratando de controlar escasos o inexistentes requisitos de una prerrogativa

mayoritariamente discrecional, resultan ser significativos en la misión de limitar esta facultad privativa del Presidente de la República, a diferencia del control de tipo político, el cual a pesar de sus características y de ser un control subjetivo, es el único control capaz de controlar efectivamente esta prerrogativa, dado que permite una revisión mucho más amplia que los demás controles, permitiendo revisar el mérito, la oportunidad del decreto supremo que ordena la concesión del indulto particular.

V. Bibliografía.

- Albertí, Enoch (2021). La facultad de indulto y su ejercicio. Algunas consideraciones sobre los indultos a los condenados a prisión por la STS 459/2019. *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, Valencia. Nº 30. pp. 102-123.
- Aravena Pacheco y otros y Fisco de Chile, Corte Suprema, 12 de agosto de 2014, 6143-2014 (Chile).
- Aragón, Manuel (2002). *Constitución, Democracia y Control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F.

- Beca Frei, Juan Pablo (2013). “Indulto Particular: Perfeccionamiento de una Institución Arcaica hacia la Protección de Derechos Fundamentales”. *Estudios Constitucionales*, Santiago. Vol. 11, Nº 1. pp. 477-510.
- Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. (2a ed). Legal Publishing Chile, Santiago.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. (1a ed). Trotta, Madrid.
- Canato, María del Mar (2004). “Aplicación de la amnistía en la historia de Roma”. En: Díaz Bautista, Adolfo & García Justo. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Madrid. Vol. 10. pp. 3-14.
- Castillo, Cristián (2018). *La ficción que sostiene los indultos ‘humanitarios’*. Recuperado el 30 de noviembre de 2023 de <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/derechos-humanos/la-ficcion-que-sostiene-los-indultos-humanitarios/2018-07-04/101249.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (28 de diciembre de 2017) *CIDH expresa profunda preocupación y cuestiona el indulto concedido a Alberto Fujimori*. Recuperado el 30 de noviembre de 2023 de <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/218.asp>
- Cunill, Nuria (2000). “Responsabilización por el control social”. *La responsabilización en la nueva gestión pública Latinoamericana*, Buenos Aires. pp. 269-327.
- Cury, Enrique (1997). *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Escriche, Joaquín (1847). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Librería de la señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Lima.

- Fioravanti, Maurizio (2009). *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. (6a ed.). Trotta, Madrid.
- García Leal, Laura (2003). “El debido proceso y la tutela judicial efectiva”. *Frónesis*, Caracas. Vol. 10 N° 3. pp. 105-116.
- Garrido, Vicente en prólogo de: Fliquete, Enrique (2021). *Derecho de gracia y constitución. El indulto en el estado de derecho*. Editorial Aranzadi, Pamplona.
- Gómez, Rosa (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora*. (1a ed). Tirant lo blanch, Valencia.
- González, José Luis (2011). “Los delitos de Lesa Humanidad”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo. N° 30. pp. 153-170.
- González, José Luis (2021) “El indulto: Una institución histórica e históricamente cuestionada”. *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, Valencia. N° 30, pp. 10-23.
- Granados, José Luis (2013). “¿Es el indulto un derecho del condenado?” *Revista jurídica del Perú*, Lima. Tomo N° 144. p.128. Análisis Jurídico Penal y Procesal Penal.
- Hobbes, Thomas. (2004). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. (13a ed.). Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (13 de marzo de 2011). *Indulto a violadores de derechos humanos: En contra de la norma*. Recuperado el 30 de noviembre de 2023 de <https://www.indh.cl/indulto-a-violadores-de-derechos-humanos-en-contra-de-la-norma/>
- Jellinek, Georg (1943). *Teoría General del Estado*. (2a ed.). Albotra, Buenos Aires.
- Lifante Vidal, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (25), 413–439. <https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.12>

- Macia, José (1912). Amnistía e indulto. *Estudios De Derecho*, Medellín. Vol. 1. pp. 28–36.
- Malishev, Mijail (2007). Venganza y "ley" del talión. *La Colmena*, Toluca. Vol. 53. pp. 24-31.
- Marshall, Pablo (2011). “Notas sobre el contenido del principio de la democracia”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Nº 1. pp. 16-32.
- Mera, Jorge (2011). *Código penal comentado, Libro primero. (ARTS. 1° A 105). Doctrina y Jurisprudencia*. (1a ed). Legal Publishing Chile, Santiago.
- Montaña, Juan Carlos & González, Andrea (2022). “El indulto presidencial, principales elementos jurídicos en la legislación ecuatoriana”. *Revista Sur-Academia*, Loja. Vol. 9 Nº 18. pp. 70 -89.
- Moranchel, Mariana (2021). “Andamiaje jurídico y práctica política en torno al indulto en México pos-independiente”. *Clio & Crimen, Revista del centro de historia del crimen de Durango*, Victoria de Durango. Nº 18. pp. 83-106.
- Murillo, Javier & Reyes Hernández (2011). “Hacia un concepto de justicia social”. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, Madrid. Vol. 9 Nº 4. pp. 7-23.
- Oliver, Pedro (2005). “El concepto de control social en la historia social: Estructuración del orden y respuestas al desorden”. *Historia social*, Alzira. Nº 51. pp. 73-91.
- Ordoñez, Hugo & Trelles, Diego (2019). “Control social en la participación ciudadana: Una visión desde los servicios públicos locales”. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo. Vol. 25 Nº 4.
- Pighin, Daniela (2022). Juventudes políticas y derechos humanos: el “Festival contra el indulto” y el activismo político humanitario. *Páginas*, Rosario. Vol. 14 Nº36.
- Politoff, Sergio; Matus Jean Pierre & Ramírez, María Cecilia (2008). *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. (2a ed.). Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- Pierry Arrau, P. (2010). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (8). Recuperado a partir de <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/121>
- Quezada, Ignacio (2020). Análisis de jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en materia de control de juridicidad sobre actos administrativos fundados en mérito, oportunidad y conveniencia. *Revista de Estudios Ius Novum*, Valparaíso. Vol. 13 N° 2. pp. 103-133.
- Rodríguez Llamosí, Juan (2017). El perdón cristiano en el Derecho español: los indultos a las Cofradías de penitencia. *Religiosidad popular: Cofradías de penitencia*, San Lorenzo del Escorial. pp. 7-22.
- Rodríguez, Luis & Rincón, Francisco (2019). El control social y los medios: Una contrapostura del derecho humano de la libertad de expresión. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul. Vol. 2, N° 58. pp. 47-65.
- Sánchez Maluf, Miguel (2012). Derecho Romano y Common Law. *Anuario De Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid. Vol. 6. pp. 287–297.
- Valdivia, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo* (2018 ed). Tirant lo blanch, Valencia.
- Villar Borda, Luis (2007). “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”. *Revista derecho del Estado*, Bogotá. N° 20 pp. 1-24.