

SOBRE EL VALOR Y EFECTOS DE LAS DENOMINADAS AUTOAMNISTÍAS EN EL DERECHO PENAL.

“Cuando las leyes niegan deliberadamente la intención de justicia...entonces el pueblo no les debe obediencia y también los juristas deben hallar el coraje para negarles el carácter de Derecho”.

(Gustav Radbruch)

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS DENOMINADAS AMNISTÍAS Y SUS DEFORMACIONES

Bibliografía. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (editores), *“Justicia de Transición”*, varios autores, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2009; APONTE, Alejandro, *“¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición jurídico política*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Núm. 15, Editorial Idemsa, Lima Perú, 2004; BACIGALUPO, Enrique, *“Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas a los Derechos Humanos”*, en *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2005; BERGALLI, Roberto, *“El olvido como ideología del discurso jurídico-penal”*, págs. 427-441, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, Núm. 41 a 44, Enero-Diciembre, 1988; BOBBIO, Norberto, *“Presente y provenir de los Derechos Humanos”*, en *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 131-157, traducción de Alfonso Ruiz Miguel; BUSTOS, Juan *“Estado de derecho y justicia criminal en Chile (1973-1979)”*, p.556 y ss., en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004, también en *Nuevo Foro Penal*, no 6, 1980, Medellín, Colombia; CAVALLO, Ascanio, *“La Historia Oculta de la transición”*, memoria de una época, 1990-1998, Editorial Grijalbo, 1998; CORREA, Sofía; FIGUEROA, Consuelo; JOCELYN HOLT, Alfredo; ROLLE, Claudio; VICUÑA, Manuel, *Historia del siglo XX chileno*, Editorial Sudamericana, 3ª edición, 2005; CRISTI, Renato; RUIZ TAGLE, Pablo, *“La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano”*, LOM ediciones, 2006; DE RAMON, Armando, *“Historia de Chile” Desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500-2000)*, p. 235, 3ª edición, Editorial Catalonia, 2004; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *“De la extinción de la responsabilidad penal”*, en *“Texto y Comentario al Código Penal Chileno”*, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; *“Justicia de Transición”*, editores Ezequiel Malarino; Gisela Elsner, varios autores, Universidad de Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Uruguay, 2009; HOBSBAWM, Eric, *“Historia del siglo XX”*, Crítica, 4ª edición, Buenos Aires, 2003; JAKOBS, Günther, *“¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?”*, en

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, pág. 137-158, tomo XLVII, Fascículo II, mayo-agosto, 1994; JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*El criminalista*”, Tomo V, Tipográfica Editora Argentina, 1952; LOVEMAN, Brian, LIRA, Elizabeth, “*Leyes de reconciliación en Chile: Amnistías, Indultos y reparaciones 1819-1999*”, Ediciones Dibam, 2001; “*Las suaves cenizas del olvido: vía Chilena de reconciliación política 1932-1994*”, Lom Ediciones Dibam, 1999; “*Las ardientes cenizas del olvido: vía Chilena de reconciliación política 1932-1994*”, Lom Ediciones Dibam, 2000 (en colaboración con MISFUD, Tony, SALVAT, Pablo) “*Historia Política y ética de la verdad en Chile, 1891-2001*”, Lom Ediciones, 2001; MALAMUD, Jaime “*Dignidad, venganza y fomento de la democracia*”, págs. 113-152, en *Estudios Socio Jurídicos*, Núm. 7, agosto 2005, Bogotá, también en *University of Miami Interamerican Law Review*, volumen 29, Núm. 3; MAÑALICH, Juan Pablo: “*El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía*”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, págs. 11-33, N° 5 año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile; “*Terror, Pena y Amnistía*”, Editorial Flandes Indiano, 2010; MENDEZ, Juan, “*Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de Derechos Humanos*”, en obra colectiva “*Verdad y Justicia*”, Homenaje a Emilio F. Mignone, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Estudios Legales y Sociales; NOVOA MONREAL, “*El caso de Walter Rauff. La impunidad de un nazi*”, en “*Grandes Procesos. Mis alegatos*”, Editorial Bat, Santiago, 1988; POLITOFF, Sergio, “*Adecuación social y terror en América Latina: el papel de la justicia*”, en *Derecho Penal y Criminología*, volumen VII, núm. 22, enero-abril de 1984, págs. 71-81; en holánides *Rechters in militaire dictaduren*, en la *Revista Nederlands Juristenblad*, núm. 13, de marzo de 1984, págs. 377 y ss.; en Italiano, con el título *Adequatezze sociale e terrore nell América latina: il ruolo Della giustizia*, en *Dei delitti e delle penne*, 2/1984; republicado en *Política criminal* núm. 4, 2007, CH4; “*La justicia al servicio de la verdad histórica*”. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “*In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases*”, La Haya, 1996; en *Revista Ius et Praxis*, año 3 N° 2, 1997; RIVACOBIA, Manuel, “*Orden Político y orden penal*”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995; “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, págs. 525- 537, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, Núm. 39, Julio Septiembre 1987; SALAZAR, Gabriel, “*Función perversa de la “memoria oficial”, función histórica de la “memoria social”: ¿cómo orientar los procesos auto- educativos?* (Chile, 1990-2002)”; SILVA BASCUÑAN, Alejandro: “*Tratado de Derecho Constitucional*”, t. VI, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2000; ZAFFARONI, Raúl, “*El crimen de estado como objeto de la criminología*”, pág. 511-524, en “*Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad*”, in *memoriam* a Eduardo Novoa Monreal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2008; “*Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?*”, en *Studia Iuridica*, estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Constituciones Políticas de la República de Chile, 1810-2005, Diario Oficial, Gráfica Puerto Madero; ZUÑIGA, Francisco, “*Amnistía ante la jurisprudencia (Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía)*”, en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997.

I. Introducción.

Asumiendo que la amnistía es una expresión del *derecho de gracia*, y *anómala* como acto desincriminatorio, su naturaleza comparte

fundamentos tanto en el derecho político como en el derecho penal¹. Históricamente, tiene una clara orientación tendiente a “facilitar la pacificación de una comunidad cuya vida hubiese atravesado un período de grave turbulencia política y social”², por antonomasia, referido a *delitos políticos*, debiendo otorgarse después del restablecimiento del orden constitucional, así al menos, se comprende en algunas de las leyes de esta índole que se han dictado en Chile a partir de 1814, en otras, empero subyace “la mítica idea del restablecimiento de la unidad de la familia chilena”³, bajo denominaciones de “reconciliación”, “governabilidad”, “estabilidad política”, ciclos que “se han repetido varias veces en nuestra historia”⁴, mediante practicas jurídicas concretas que ha sido factor decisivo (como en otras latitudes⁵) en la formación material de la “ideología del olvido”⁶. Sobre este último punto, cabe enfatizar la utilización de este instrumento como mecanismo de *superación del pasado*, caracterizado las mas de la veces por un panorama sociopolítico especialmente conflictivo, y seguido no sin frecuencia de la comisión de crímenes atroces, en un contexto de disolución del derecho (terror). Es por eso que no se dicute el hecho irrefutable, que en la actualidad se sostenga que el instituto esta sujeto a **fuertes limitaciones**, lo que nos lleva a replantear su necesidad desde el punto de vista del derecho y de la justicia, más aún, considerando que “después de unos 150 años de declive secular, la barbarie ha ido en aumento durante la mayor parte del siglo XX, y no hay ninguna señal de que este aumento haya terminado”⁷. Lo anterior cobra sentido si tomamos en cuenta que la amnistía, más bien sus deformaciones (autoamnistía), han sido la herramienta predilecta de

¹ En nuestro sistema no admite dudas en su regulación en la Constitución Política y el art. 93 del Código Penal.

² cfr., GUZMAN DALBORA, José Luis: “De la extinción de la responsabilidad penal”, en “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, Tomo I, pág. 445, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

³ Véase por todos, LIRA, Elizabeth, LOVEMAN, Brian: “*Las suaves cenizas del olvido*”, Vía Chilena de reconciliación política 1814-1932, pág. 7 y ss., Editorial LOM, 1999.

⁴ Ídem.

⁵ Un profundo estudio, en la obra de AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores): “*Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*”, varios autores, Instituto Max Planck, de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung.

⁶ BERGALLI, Roberto: “*El olvido como ideología del discurso jurídico-penal*”, pág. 431, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, N° 41 a 44, Enero-Diciembre, 1988.

⁷ HOBBSAWM, Eric: “*La barbarie: Guía del usuario*”, pág. 253, en “*Sobre la historia*”, traducción castellana de Jordi Beltrán y Josefina Ruiz, revisada por Elena Grau, Editorial Crítica, Barcelona, 2002.

regímenes responsables de crímenes de Estado, de manera de procurar impunidad *por cuantas fechorías hubieren cometido* sus agentes.

1.1 Evolución histórica del instituto y sus deformaciones en la historia de Chile.

La palabra amnistía viene de la voz griega “amnesis” que significa falta de recuerdo o, lo que es igual olvido. En su sentido natural y obvio, la amnistía significa: “Olvido legal de delitos que extingue la responsabilidad de sus autores”⁸, empero, para entender su verdadero sentido es necesario recurrir a sus orígenes históricos.

La amnistía en cuanto a su origen se remonta “al año 404 antes de Cristo, en que se dictó en Atenas para declarar la impunidad de los que habían participado en la expulsión de los treinta tiranos. Posteriormente los griegos acudieron nuevamente al mismo recurso, para eliminar responsabilidades por delitos políticos. En el año 44 de nuestra era se decretó también en Roma amnistía para los conjurados que intervinieron en el asesinato de Julio Cesar”⁹. Durante los siglos del absolutismo monárquico, el perdón era prerrogativa real, que se ejercía con variado sentido, tanto en orden a las personas favorecidas, como al alcance del beneficio, pudiendo extenderse a los delitos cometidos, decretarse antes o después de la condenación por ellos, y borrar ya la culpa, ya sólo la pena, o disminuir o conmutar está. Como explica Silva Bascuñan “la amplitud del privilegio monárquico se explicaba por la consunción, en la persona del rey, de las funciones fundamentales de legislar, ejecutar y juzgar”¹⁰. El mismo autor señala que “desde que en Inglaterra se configuró en la práctica la separación de los poderes públicos básicos, que más tarde se transformará en un postulado democrático, se comprendió que dicha prerrogativa importaba extender la función ejecutiva más allá de su esfera propia, puesto que se abarcaba en la practica, a través de su ejercicio, ora al campo del legislador, al dispensar del vigor de la ley a personas y

⁸ Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, 2001.

⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo: “Curso de Derecho Penal Chileno”, pág. 393, t. II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

¹⁰ SILVA BASCUÑAN, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, t. VI, pág. 245, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

situaciones comprendidas en su ordenación, ora el del Poder Judicial, al substraerse de la acción del juez una cuestión que sólo el podía decidir o prescindir de su sentencia y de la sanción dispuesta en ella”. En la Declaración de Derechos de 1688 se estableció que “el pretendido poder de la autoridad real para dispensar de las leyes o de la ejecución de las leyes, como ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal”, de ahí que los jueces dedujeron que la prerrogativa del perdón después de la sentencia quedó en pie. En Francia las primeras constituciones omitieron toda referencia a la facultad de perdonar por el ejecutivo, aunque las asambleas deliberadamente la ejercieron. La Constitución de 1848 introduce la distinción, según la cuál al Presidente de la República compete el derecho de gracia, pero las amnistías sólo puede acordarlas la ley. Conforme a la Constitución de 1787, en Estados Unidos, el Presidente puede suspender la ejecución de las penas y conceder indultos por ofensas a los Estados excepto en los casos de acusación por la Cámara de Representantes¹¹.

Es por eso que con razón se afirma que “por su raíz histórica y por razones de principio, la amnistía solamente debiera aplicarse a delitos políticos [...] u otros delitos que por su naturaleza no repugnen la conciencia moral de una sociedad”¹². En este punto, autores como Carnelutti, sostienen "en su alta y pura función, la gracia, general o particular (amnistía o gracia en sentido estricto), no debe enterarse como manifestación de clemencia ni, por tanto, como perdón, sino como integración de justicia, y por eso debería ejercitársela con la ayuda de una institución superior, a fin de corregir las inevitables imperfecciones del mecanismo legislativo y judicial...". Por su parte Carrara señala que "la justicia penal se funda en la tutela del derecho... su fin inmediato es el restablecimiento del orden; y cuando por razones humanas no puede obtenerse orden completo, el orden consiste en el menor desorden. Por consiguiente el bien mayor de los coasociados puede ser causa para apartarse del rigor de la justicia... estas causas políticas se dividen por naturaleza en dos categorías”, a la primera la llamo “serie de las causas indeterminables por la ley, que son las que inevitablemente caen bajo el derecho de gracia, derecho soberano, respecto al cual la ciencia puede dar indicaciones generales, pero sin que la ley pueda limitarlo a priori”. Por su

¹¹ SILVA BASCUÑAN, ob. cit., pág. 246.

¹² NOVOA MONREAL, Eduardo: “Curso de Derecho Penal Chileno”, pág. 439-444, t. II, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

parte, Maggiore afirma que "la amnistía es una forma de prerrogativa soberana del *ius gratiandi* [...] se trata de un poder político, esto es, de gobierno, no de jurisdicción."

En nuestro sistema un completo y dedicado estudio sobre las razones jurídicas y políticas de la clemencia, se encuentra desde el comienzo de nuestra vida republicana en los primeros textos constitucionales¹³, reconociendo, empero *severas limitaciones*¹⁴ pues se afirma que la amnistía "no debe erigirse en un auto perdón o una autoamnistía". Con todo, en un excelente y completo análisis del instituto, el profesor GUZMÁN DÁLBORA¹⁵, afirma que estas deben otorgarse "después del retorno a la normalidad constitucional", y sólo respecto de delitos políticos sus conexos y mixtos, citando a KANT, "sólo puede hacer uso de este derecho el Estado en caso que el mismo sea lesionado". La amnistía es una revaloración de los hechos y como señala el profesor CURY, "debe basarse en un criterio objetivo y tener un carácter general"¹⁶. Más recientemente, el profesor POLITOFF, ha señalado que "es contraria a la Constitución y los Tratados vigentes una amnistía que abarque delitos atentatorios contra los derechos allí garantizados, aunque no de manera explícita (genocidio, torturas y desaparición forzada de personas), hechos contemplados en las Convenciones de Ginebra de 1948, de la ONU de 1984 (OEA de 1998). Esta limitación se expresa en el texto del art. 250 inciso final del Código Procesal Penal (2000), que prohíbe sobreseer definitivamente una causa cuando los delitos investigados no pueden ser amnistiados¹⁷ conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"¹⁸, sobre este punto la profesora HORVITZ, sostiene que "el código impone una restricción absoluta al juez en esta materia, al señalar que no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto

¹³ ZUÑIGA, Francisco: "Amnistía ante la jurisprudencia (*Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía*)", en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997;

¹⁴ *Ibid.* pág. 198 y ss.

¹⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis, "De la extinción de la responsabilidad penal", pág. 446.

¹⁶ CURY, Enrique, "Derecho Penal", t. II pág. 421, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

¹⁷ Igual criterio aparece en el texto del "Anteproyecto de Código Penal Argentino", que me ha facilitado el profesor Alejandro W. Slokar, en su art. 55 dispone "Amnistía. La amnistía, salvo en los delitos de genocidio, tortura prevista en instrumentos internacionales de derechos humanos y desaparición forzada de personas extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares".

¹⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: "Lecciones de Derecho Penal Chileno", *Parte General*, p. 570-571, Editorial Jurídica de Chile, enero 2004.

de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados”¹⁹. GARRIDO MONTT²⁰, manifiesta que no esta supeditada a restricciones (lo que es un error desde el punto de vista de las exigencias del derecho internacional penal), aunque reconoce su aplicación a delitos políticos o militares. Señala con razón, que “la amnistía es un instituto controvertido, no sólo en la actualidad sino que en el pasado. Autores como BECCARIA, GARÓFALO, FEUERBACH, en su tiempo, criticaron este derecho de gracia, estimando que era una intromisión de otros poderes en la actividad judicial, lo que atentaría contra las funciones del Estado”, sin embargo, su pervivencia en algunos sistemas jurídicos, ratifica que soslayo la cerrada crítica del pensamiento penal de la ilustración, el autor, señala además, que resulta aconsejable su mantención, sosteniendo que “la amnistía requiere, siempre, un empleo prudente; es un acto supremo de clemencia y; siendo tal, su consagración jurídica y su aplicación merecen especial consideración y el mayor respeto”. Desde esta noción se ha planteado con razón, que “la amnistía puede constituir una expresión institucionalizada de compasión [...] sólo debería alcanzar a aquellos que efectivamente pueden ser considerados, en algún sentido, víctimas [...] la condición de victimización es el *padecimiento de la fuerza*, como situación contrapuesta al *ejercicio del poder*”²¹.

1.1.1 La amnistía en las Constituciones y sus diversas expresiones.

El instituto analizado, ha estado presente en casi todas las constituciones de nuestra corta historia republicana, así, la Constitución de 1818 es la

¹⁹ HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián: “*Derecho Procesal Penal*”, t. I, p. 81, Editorial Jurídica de Chile, 2003. Como se explica la norma hace referencia a aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que excluyen algunas formas de extinción de la responsabilidad criminal respecto de ciertos delitos que atentan gravemente contra tales derechos. Como expresión de lo anterior, en el derecho comparado, puede consultarse el art. 131 del Código Penal español que en su N° 4 señala que “el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso”.

²⁰ GARRIDO MONTT, Mario: “*Derecho Penal*” *Parte General*, pág. 362-365, t. I, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

²¹ MAÑALICH, Juan Pablo: “*El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía*”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, pág. 11-33, N° 5 año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile, citando un trabajo inédito del profesor Fernando Atria.

primera que otorga al Director Supremo la facultad de: “suspender las ejecuciones capitales ordenada y conceder el perdón o conmutación de penas” (art. 22). Luego en la carta de 1822, el art. 108 facultaba al Director Supremo para “suspender las ejecuciones capitales, y conmutar penas, si mediare algún grave motivo, obrando de acuerdo con el Supremo Tribunal de Justicia; pero no concederá indultos generales sin aprobación del Poder Legislativo”, siguiendo la tónica la Constitución de 1823 en su art. 18 N°15 considera entre las facultades *exclusivas* del Director Supremo “Indultar y conmutar penas con acuerdo del Senado”. La Constitución liberal de 1828, la sitúa entre las atribuciones del Congreso, al facultar de manera exclusiva el otorgamiento de indultos en casos extraordinarios (art. 46 N°13). Según la Constitución de 1833 en el numeral 11 del art. 37 señala que “solo en virtud de una lei se puede, conceder indultos jenerales o amnistías”²². La Constitución de 1925 enunciaba entre las materias de ley “conceder indultos jenerales y amnistías” (art. 44 N°14).

En el caso de la Constitución de 1980, el régimen aplicable a la materia “resulta de la sustancia preceptiva de los arts. 9; 32 N°16; 60 (32) N°16 y 62 (65) inciso 2° [...] las modificaciones que se establecen, si se compara el nuevo régimen con el anterior, derivan del debate que en la Comisión Ortúzar se realizó en las sesiones 345, 355, 359 y en el Consejo de Estado en la sesión 70”²³. Conforme al art.63 N° 16: “Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad único del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia. Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9°”; por su parte el inciso segundo del artículo 65 señala que “las leyes ... y sobre indultos generales sólo pueden tener origen en el Senado”, cuestión que ha suscitado controversias como veremos más adelante.

1.1.2. La amnistía y sistema político.

²² Constituciones Políticas de la República de Chile, 1810-2005, pág. 227, Diario Oficial, Gráfica Puerto Madero.

²³ SILVA BASCUÑAN, Alejandro: “*Tratado de Derecho Constitucional*”, t. VI, pág. 247, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2000;

La amnistía –como instituto-, no es ajeno a las necesidades de la política, en este punto tiene razón el profesor Zuñiga cuando plantea “la amnistía es un instituto de clemencia que se ha decantado como categoría de Derecho Público y en especial como categoría en la ciencia del Derecho Penal, identificándose, fines, instrumentos, características, extensión de dicho instituto, así como su significación y funcionalidad política”²⁴, en este sentido como señala Maggiore “la *indulgentia principis* se justifica como una medida equitativa enderezada a suavizar la aspereza de la justicia, cuando particulares circunstancias políticas, económicas y sociales

1.2.3 Las diversas leyes de amnistía desde 1814 a la fecha (y sus deformaciones).

En este punto, seguiremos el completo estudio de los profesores Loveman y Lira²⁵, quienes han efectuado una interesante compilación de las leyes de amnistía, indulto y otras de “reconciliación”, con análisis histórico y sociológico de gran interés para comprender el epifenómeno. Para los efectos de nuestra investigación, nos limitaremos a destacar de manera representativa las que consideramos más relevantes. En el período de los orígenes de la República hasta nuestros días encontramos diversas leyes que pueden ser consideradas como auténticas amnistías, otro tanto ocurre con aquellas que configuran las denominadas leyes de autoamnistía como veremos a continuación.

Despuntan los albores de la República y “la reconciliación política surge como un tema candente en Chile cuando el General Mariano Osorio derrotó a las tropas de O’Higgins en Rancagua y se reinició el control de España sobre el país. Desde ese momento los indultos, amnistías y diversas modalidades de reincorporación y reparación para los adversarios del regimen imperante o del gobierno de turno han figurado como un elemento crucial de la vida política”²⁶, entre el período de 1814 a 1823,

²⁴ ZUÑIGA, Francisco, “Amnistía ante la jurisprudencia (*Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía*)”, pág. 173, en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997.

²⁵ LOVEMAN, Brian, LIRA, Elizabeth, “*Leyes de reconciliación en Chile: Amnistías, Indultos y reparaciones 1819-1999*”, Ediciones Dibam, 2001;

²⁶ LOVEMAN, Brian, LIRA, Elizabeth, “*Leyes de reconciliación...*”, cit., pág. 13.

podemos señalar la citada norma que en lo esencial dispone “...por lo que mira a los demas procesados y desterrados de la capital se les concede un indulto y olvido general de sus anteriores procedimientos poniéndoles en libertad...”, luego del triunfo del ejército de San Martín, O’Higgins para consolidar el gobierno dicta la amnistía de 8 de febrero de 1819, que no logró la rendición de las tropas realistas, montoneros y bandidos, en lo esencial establecía su numeral primero: “Todas la provincias y habitantes que comprende la intendencia de Concepción quedan restituídas a la unión política y moral del Estado de Chileno, y por consiguiente existe la más completa y sincera amistad y olvido general de cuanto haya precedido sobre opiniones políticas hasta las épocas de restitución de esas provincias. Todo habitante que exista en ellas, y no se encuentre actualmente armado contra la causa del Estado, no debe responder a ningún magistrado, ni particular de su anterior conducta pública, y tiene derecho de reconvenir ante los jueces a cualquier persona que le insulte o recuerde sus anteriores operaciones públicas, para que sea castigado con la pena que señala la ley a las injurias graves”²⁷, esta es ampliada el 3 de marzo del mismo año a los demás disidentes del Estado. Finalmente encontramos la amnistía de 1822, luego de finalizada la llamada “guerra a muerte” resulta un caso interesante atendido sus importantes limitaciones, y que en su genesis se vincula a la asamblea constituyente que aprobo la constitución de 1822, en que O’Higgins llamó al país a la reconciliación y a la unidad nacional promulgando una amnistía política amplia el 17 de septiembre del mismo año, preceptuando en su numeral primero “Concede una amnistía general a todos los chilenos, y a los casados con chilenas, que por divergencia de opiniones políticas, o por actos subversivos, o por fundadas sospechas se hallen presos, expatriados o confinados, quedando excluidos de esta gracia los reos de asesinato y motín militar, conforme al artículo 7º de la sesión de 13 de agosto de la H. Convención; y aún estos si acreditaren con ulterior comportamiento haber corregido de sus anteriores extravíos, obtendrán del Gobierno toda la consideración a que por tal mejora se hicieren acreedores”.

Entre el período histórico de 1823 a 1830, impropriamente denominado de “anarquía”, encontramos otra amnistía, la dictada mediante Lei de 14 de febrero de 1827, que escuetamente, mediante su artículo 1º dispone que “Se concede una amnistía a los ciudadanos comprendido en el movimiento del 24 i siguientes”²⁸. Lo anterior, ocurre en el contexto del motin

²⁷ LOVEMAN, Brian, LIRA, Elizabeth, “*Leyes de reconciliación...*”, cit., pág. 15.

²⁸ Constituciones Políticas de la República de Chile, 1810-2005, pág. 195, Diario Oficial, Gráfica Puerto Madero.

del coronel Campino, que una vez derrotado los legisladores entregaron transitoriamente el poder ejecutivo a Ramon Freire acordaron correr un velo a los sucesos ocurridos en la noche del 24 y 25, prestando un eterno olvido para sus autores. Con todo el artículo segundo, se reservo el derecho de relegar individuos que pudiesen comterere *excesos*. En el año 1828, con la dictación de la nueva Constitución, el Congreso busco empezar de nuevo con una amplia amnistía que cubriera todos los conflictos políticos, anteriores a la promulgación, así, mediante ley de 7 de marzo dispuso su artículo primero; “Se concede indulto a los reos de delitos que las leyes no escluyan”, luego complementada por el artículo segundo de la ley de 30 de septiembre.

Entre el período de 1831 a 1871, podemos señalar las ley de 5 de septiembre de 1839 que concedió indulto (amnistía) “a cuantos individuos hubiesen desertado, hasta la fecha, así del Ejército como de la Armada nacional, con tal que su desertión no haya sido par pasarse al enemigo”²⁹. En los comienzos del gobierno de Manuel Bulnes, se busco conceder una general amnistía a los que por delitos políticos viven en el destierro. Empero, lo mas significativo corresponde al decenio de Manuel Montt, pues a consecuencia de los hechos constitutivos de guerra civil, y a pesar de “las promesas hecha por Bulnes (a los vencidos) en Purapel, Montt postergó la amnistía ofrecida como carnada para pacificar al ejercito de Cruz”, en vez de una amnistía general se recurría a una política de reparaciones particulares como los abonos de tiempo y los montepíos. No obstante, el Senado el 17 de junio de 1857, por la iniciativa del Senador Pelucón Juan de Dios Correa, aprobo una amplia amnistía que fue luego limitada por el gobierno y que dispuso: “Se concede amnistía a todos los individuos que por haber tomado parte en los acontecimientos políticos de 1851, hubieren sido o pudieren ser juzgados, i se encuentren en el país

Muy distinta es la situación posterior a la guerra civil de 1891, bajo la

1.2.3.1 Autoamnistías en el derecho comparado.

²⁹ LOVEMAN, Brian, LIRA, Elizabeth, “*Leyes de reconciliación...*”, cit., pág. 38.

A propósito de las apariencias de ley (autoamnistías), el profesor Guzmán Dálbora entrega varios *ejemplos*³⁰: a) La ordenanza alemana de 21 de marzo de 1933, que amnistió todos los actos perpetrados *en la lucha por la instauración del nacionalsocialismo*, **asesinatos incluidos**; b) la ley española de 23 de septiembre de 1939, que se refería a “delitos políticos y sus conexos que hubieren sido cometidos, por afinidad con la ideología del Movimiento Nacional”, entre 1931-1936; y **c) el Decreto Ley 2.191, dado en Chile el 19 de abril de 1978 para** “todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”³¹. Otro ejemplo es la otorgada por el Ministro Togliatti en Italia,

1.2.4 La Amnistía en la jurisprudencia (evolución histórica).

La jurisprudencia chilena, en relación a la aplicación de las normas de Derecho penal internacional, es poco coherente y oscilante³², tampoco está ajena al contexto político en que se circunscriben sus actuaciones, pasando por casos manifiestamente constitutivos de prevaricación, a declaraciones explícitas de reconocimiento a la plena eficacia jurídica para las normas de “auto perdón” o como sostiene RIVACOBÁ de “amnistía al revés”³³, elaboradas por la dictadura militar para asegurar la impunidad.

³⁰ GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., p. 446.

³¹ *ídem*.

³² Una buena síntesis sobre los fallos mas significativos, en diversos ámbitos, puede estudiarse en NOGUEIRA, Humberto: “*Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*” p. 53 y ss., en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; también con detalle en el trabajo de GARRIDO MONTT, Mario: “*Constitución y Tratados Internacionales en la jurisprudencia*” en la misma revista citada, p. 155 y ss. Sobre el problema recurrente de la falta de coherencia en la jurisprudencia chilena, véase, en la revista antes citada el trabajo del profesor PRECHT, “*Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho interno chileno*”, p.150 y ss.; y el trabajo de ZUÑIGA, Francisco, “*Amnistía ante la jurisprudencia (Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía)*”, p. 166 y ss., donde se analiza procedencia del Decreto Ley 2191 de 1978 que concedió amnistía a los crímenes de la dictadura; NOGUEIRA, “*Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional*”, p. 587, en *Revista Ius et Praxis*, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002.

³³ RIVACOBÁ, Manuel de, “*Orden Político y orden penal*”, p. 210, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995; que entiende por tales “las destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o

Sin embargo, la llegada de juristas de nota a la sala penal de la Corte Suprema, han variado de manera interesante, -a partir de 1998- el criterio del máximo tribunal³⁴, aunque curiosamente en dos días consecutivos 8 y 9 de septiembre de 1998, falló de manera diametralmente opuesta casos similares. Este último criterio ha seguido la Sala Penal de la Corte Suprema, al otorgar plena aplicación a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pues ha señalado que “los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos”³⁵. El debate aún no ha sido zanjado, como ya dijimos, por las reiteradas oscilaciones en la jurisprudencia³⁶. Escasa también es la tendencia en materia de sentencias definitivas, sobretodo en lo relativo a la aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, pues no está claramente establecido si su alcance es sólo para la investigación o también para limitar cualquier intento de extinguir la responsabilidad penal mediante la aplicación de la amnistía u otra causal de extinción. Tampoco ha sido determinada en sentencias condenatorias, la improcedencia de la prescripción en los delitos de secuestro y su natural carácter de delito permanente³⁷. Agudiza la problemática el hecho que recientemente un deplorable fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago,

servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el futuro por cuantas fechorías hayan cometido”.

³⁴ Un análisis de los fallos mas recientes en, GUZMÁN DALBORA, José Luis, “De la extinción de la responsabilidad penal” en la obra colectiva “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, Tomo I, p. 448 y ss., dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002;

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 1998 publicada en *Revista Gaceta Jurídica*, p. 122, N° 219.

³⁶ Cfr. GUZMÁN DALBORA “De la extinción de la responsabilidad penal”, p. 449 y ss., en “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, T. I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002, donde puede consultarse una abundante bibliografía en uno u otro sentido.

³⁷ Como señala ROXIN, “son delitos permanentes aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo, por ejemplo: como ocurre en la detención ilegal”, cfr. “*Derecho Penal*” *Parte general*, T. I., p. 329, de la 2ª edición alemana de Diego Luzón Peña, Editorial Civitas, 1997; al decir de NOVOA, “el momento consumativo perdura en el tiempo... tal es el caso del secuestro”, cfr, por todos, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, T. I, p. 259, Editorial Jurídica de Chile, 1960. En este mismo sentido además BUSTOS, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 190, Ariel, 1984; POLITOFF, “*Derecho penal*”, p. 237 (1997), “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro de personas, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido”, p. 183 (2001); en igual sentido, MATUS, RAMÍREZ, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*” *Parte Especial*, p. 45 y ss. Universidad de Talca, 2001.

revocó los procesamientos por delitos de secuestro, al considerar el carácter permanente de éstos, como “una ficción jurídica”, argumento más utilizado por quienes favorecen a los criminales dejando en evidencia el más profundo desconocimiento de la disciplina, sin opinión alguna en doctrina que la refrende y contraviniendo la ley vigente, a sabiendas.

Como señala GUZMAN DALBORA, no se ha perseguido en Chile crímenes internacionales, pues los procesos que han tenido lugar han sido sustanciados sobre la base de delitos comunes. La justicia chilena, no siempre ha tenido claridad y lucidez respecto a las relaciones del Derecho interno y la normativa internacional penal en materia de derechos fundamentales, carga –además– en su conciencia con decisiones absolutamente desdeñables e imperfectas desde el punto de vista técnico, como es el caso de la solicitud de extradición del *SS obersturmbannführer*, Walther Rauff (creador de los camiones de la muerte y autor confeso de 97 mil asesinatos), quién, en el año 1963, se vio enfrentado a una solicitud de la República Federal Alemana, la que nuestro máximo Tribunal abordó de “manera rutinaria”. Chile, debía decidir a falta de tratado de extradición con Alemania entre los principios generales del Derecho Internacional o *ius cogens*, (en particular la doctrina del carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad) o la prescripción del delito de homicidio calificado (391 C. Penal). La petición de extradición fue defendida brillantemente en estrados por el eminente especialista y maestro EDUARDO NOVOA MONREAL³⁸, la cuál fue acogida en primera instancia³⁹ por el Presidente del máximo Tribunal (que por ley debe conocer en primera instancia la solicitud de extradición pasiva), don Rafael Fontecilla, un juez liberal democrático, en todo el sentido de la palabra. Luego conociendo la apelación de la defensa, la Corte Suprema estableció que a falta de existencia del tipo penal genocidio este debía asimilarse al homicidio calificado, el cuál prescribe en 15 años de acuerdo con nuestra legislación, tiempo que a la fecha de la solicitud había transcurrido, de modo que revocando el fallo en alzada, dejó en libertad al líder del *Grupo IID* de las temidas SS. Lo consignado en el considerando 38 de la sentencia “el exterminio masivo de seres humanos por motivos raciales, constituye la comisión de crímenes alevosos que repugnan la conciencia jurídica de la humanidad... Sin embargo, el tribunal ha debido acoger la prescripción de la acción penal, porque en su concepto, la procedencia de esta excepción se manifiesta con sujeción a los principios

³⁸ Un especial tratamiento del caso, NOVOA MONREAL, “Grandes procesos. Mis alegatos”, p. 61 y ss.; también en POLITOFF, “Derecho Penal”, cit. (1997) p. 111; (2001), p.88.

³⁹ Véase con detalle las sentencias de primera y segunda instancia publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), Tomo LX, N°4, segunda parte, sección cuarta, p.112-193.

del Derecho Internacional”⁴⁰, no puede ser calificado, sino como una hipocresía pues la reflexión moral resulta inútil e insoportable con lo resuelto por los jueces. Momentos de oscuridad en la historia judicial chilena sobran en el período que abarca el presente proyecto, pues “no más del 1% de los habeas corpus”⁴¹ (recurso de amparo conforme a la Constitución) presentados por las víctimas del terrorismo de Estado fueron acogidos, así como también, hace unos años, la decisión en fallo dividido de la Corte de Apelaciones de Santiago⁴², de eximir de todo juicio a Pinochet por las garantías del debido proceso (las mismas que él no respeto a sus víctimas), es una trágica ironía de la vida.

En el derecho comparado, ocurren situaciones parecidas, en Alemania después de la guerra, los Tribunales debieron ocuparse del genocidio por cámara de gas, “ofreciendo las más de la veces una apariencia de justicia”⁴³. Los jueces, optaron poco a poco por una actitud cada vez más comprensiva y benévola hacia los hechores. En algunos casos (como en T4) se recurrió a la noción de falta de conciencia de la antijuridicidad: los autores creían que al dar muerte a los “pacientes” a su cargo realizaban un acto lícito, en el caso de “eutanasia” pensaban que la prohibición de matar había perdido vigencia en virtud del decreto secreto del Führer, “...ellos obraron en consecuencia por un error de prohibición invencible”; en otros casos, se optó por “el estado de necesidad suprallegal”, los médicos incluían a ciertas personas en las listas de ejecuciones para *poder salvar* a otros pacientes, pues pensaban que si no lo hacían “fanáticos nazis ocuparían su lugar”; sus buenos sentimientos quedan acreditados, al decir de los jueces, pues los acusados “se encargaban personalmente que hubieran suficientes ataúdes para las víctimas de la eutanasia”. En los casos del “Aktion Reinhard”, muchas penas fueron suspendidas, incluso “los gaseadores de Sobibor”, fueron absueltos pues actuaron con temor a que si no obedecían serían víctimas de represalias⁴⁴ (¿obediencia debida?).

⁴⁰ Ibid. p. 186-187.

⁴¹ TAVOLARI, Raúl, “Habeas Corpus. Recurso de amparo”, p. 73 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1995; quién fuera mi profesor de Derecho Procesal, analiza con profundidad la actuación de los Tribunales en el período dictatorial, en relación a ésta fundamental acción procesal constitucional, para asegurar la libertad personal.

⁴² Sentencia de 9 de julio de 2001, causa rol N° 28.075-2001

⁴³ POLITOFF, Sergio, “La justicia al servicio de la verdad histórica”. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”, La Haya, 1996; en Revista Ius et Praxis, año 3 N° 2, 1997

⁴⁴ ídem, con detalle.

El panorama latinoamericano no dista mucho de los ejemplos señalados. En Argentina, la persecución de estos crímenes ha tenido lugar mediante la utilización de normas del derecho penal común, como ocurre en el juicio de los comandantes de las juntas militares, que se basó en la aplicación de normas del Código Penal, luego sepultadas en la impunidad con la “ley de punto final” y “obediencia debida”. “Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia comenzó paulatinamente a recurrir a normas del derecho internacional en este tipo de casos”, como ocurre en los pedidos de extradición de Schwammberger (SS) y Priebe y el caso *Poblete*⁴⁵. En Uruguay las graves violaciones de los derechos humanos, bajo la forma de tortura y desaparición forzada de personas, se materializó en denuncias que transitaron por diversa suerte procesal, pero, en esencia ninguna de ellas fue debidamente investigada, “y ello se debió fundamentalmente a la aplicación de las leyes de *punto final* que imposibilitaron el desarrollo de los procesos”⁴⁶. En el caso boliviano, puede afirmarse que la justicia de dicho país, no se caracteriza por tener una historia de procesamiento y sanción a las violaciones de derechos humanos cometidas por la dictadura de Banzer en el marco de la “Operación Cóndor” (1971-1978), con la excepción del caso *Trujillo* que ha sido trascendental para lo que constituye la aceptación de la desaparición forzada de personas como una conducta delictiva del Estado⁴⁷. En Perú los casos de la llamada *lucha antiterrorista* (1980-2000), cobra relevancia el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso *Barrios Altos*, que declara que las leyes de *amnistía* de Fujimori “carecen de efectos jurídicos” por contravenir la Convención Americana de Derechos Humanos, ordenando al Estado Peruano investigar los hechos y determinar a los responsables⁴⁸. En España, el primer caso de aplicación del *principio de justicia universal*, la constituyen los procesos por genocidio, terrorismo y tortura iniciados en los juzgados de instrucción de la Audiencia Nacional, a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena⁴⁹, sobre esta última, son bien conocidos los periplos del octogenario tirano chileno y su lamentable desenlace en sobreseimiento definitivo en Chile fundado en la “locura o demencia”, consecuencias de un delicado estado de salud, que no le permitía sobrellevar un “debido proceso”, acreditada sobre la base de *extraños* exámenes médicos.

⁴⁵ Cfr. MALARINO, Ezequiel, en “Persecución penal nacional de crímenes internacionales”, ob. cit., Informe Argentina, p. 71 y ss.

⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ, José Luis, en *idem*, Informe Uruguay, p. 522.

⁴⁷ Cfr. SANTALLA, Elizabeth en *idem*, Informe Bolivia, p. 105 y ss.

⁴⁸ Cfr. CARO, Dino en *idem*, Informe Perú, p. 483 y ss.

⁴⁹ Cfr. GIL, Alicia en *idem*, Informe Bolivia, p. 387 y ss.

Lo cierto es que en este tipo de decisiones judiciales, resulta brutal constatar que tales sentencias, -las más de las veces- se “hayan orientado más hacia el Estado que hacia el derecho”. En general, sobre la torcida administración de justicia, evidente en la solución de estos casos (impunidad), tiene razón DE MILDT, cuando señala “que difícilmente habría que esperar que los que son corresponsables por acción u omisión, sean justicieros en causa propia”.

1.2 El contexto histórico no legitima la ideología de la continuidad.

“La distancia en el espacio y en el tiempo reduce la intensidad de la comprensión. Otro tanto acontece con la magnitud. Diecisiete es una cifra que conocemos íntimamente como a un amigo; cincuenta mil millones no es más que un sonido. Un perro atropellado por un coche altera nuestro equilibrio emocional y nuestra digestión; tres millones de judíos asesinados en Polonia sólo producen una aprensión moderada; las estadísticas no sangran; lo que cuenta es el detalle. Somos incapaces de abarcar en nuestra conciencia el proceso total; sólo podemos poner nuestra mira en trozos pequeños de la realidad”.

Arthur Koestler (Enero de 1944)⁵⁰.

1.2.1 ¿La amnistía como instrumento de superación del pasado?

Diversos autores se han planteado la cuestión referida a si el derecho penal es un mecanismo idóneo para la superación del pasado, así JAKOBS, hace más de quince años ha señalado a propósito de los crímenes del estado nacionalsocialista y el caso de los francotiradores del muro de Berín, el déficit de rendimiento del derecho penal, pues para ser posible su intervención deben concurrir acumulativamente “tres condiciones: *imputabilidad*, es decir, demostrar que el hecho del autor es la causa del déficit de la vigencia de la norma; *necesidad* de la pena para el restablecimiento de la norma; y *positividad*, en relación a la legitimidad y validez del ordenamiento jurídico en la actualidad”⁵¹, mas recientemente,

⁵⁰ Cita que hemos reproducido del texto de POLITOFF, Sergio; “La justicia al servicio de la verdad histórica”, p. 283, Revista *Ius et Praxis*, año 3 N°2, 1997.

⁵¹ JAKOBS, Günther, “¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pág. 138 y ss., tomo XLVII, Fascículo II, mayo-agosto, 1994;

APONTE, parafraseando al profesor Alemán, ha publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales

1.2.2 Algo sobre la palabra de los muertos. Criminología, crimen de Estado y técnicas de neutralización.

La criminología tradicionalmente no ha puesto como objeto de sus estudios el *crimen de estado*, más bien, “tanto la atención científica como la comunicación social no pueden hacer otra cosa que concentrarse sobre campos limitados y por ello, irremisiblemente, pierden de vista o dejan en segundo plano lo que queda excluido de su foco de atención”⁵², la cita que hemos reproducido en el encabezamiento de este capítulo puede servir de amable advertencia, pues “en el caso de la comunicación social esto genera la llamada *indiferencia moral*: todos saben la existencia de los hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto, no existe desinformación sino negación del hecho”⁵³.

Cabe recordar que gran parte de los delitos amnistiados forman parte de aquellos que sus propios autores pretenden justificar, bajo el reiterativo y burdo pretexto del enemigo interno, que en palabras del *espantoso jurista*⁵⁴ CARL SCHMITT, -quién en 1927- escribía que “la distinción propiamente política es la de amigo enemigo”, donde “el enemigo es, en un sentido singularmente intenso, existencialmente, otro distinto, un extranjero, con el cual caben en caso extremo conflictos existenciales”⁵⁵, de manera que “la necesidad de *pacificación interna* conduce al Estado (el que como unidad esencialmente política

⁵² ZAFFARONI, Raúl, “*El crimen de estado como objeto de la criminología*”, pág. 511, en “Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad”, *in memoriam* a Eduardo Novoa Monreal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2008.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Denominación propuesta por INGO MÜLLER, en *Furchtbare juristen. Die unbewältigte vergangenheit unserer justiz*, Kindler Verlag, Munich, 1987.

⁵⁵ POLITOFF, Sergio, “*Sistema jurídico penal y legitimación política en el estado democrático de derecho*”, en *Gaceta Jurídica*, 1994, N° 172, p. 10 y ss. Como infiere críticamente el profesor chileno, no se crea que el conflicto “existencial” está pensado por Schmitt como una suerte de contienda simbólica: los conceptos amigo, enemigo y guerra adquieren su acepción real, cuando se refieren a la posibilidad real y mantenida de imatar físicamente! (el destacado es nuestro), y es ese poder sobre la vida del hombre lo que eleva a la comunidad política sobre todas las demás comunidades y sociedades humanas.

corresponde el *ius belli*) a decidir *por sí mismo mientras subsista*, quién es el enemigo interno”⁵⁶.

1.2.2 La ideología del olvido (¿técnica de neutralización?).

Una primera precisión amerita la adscripción de la *ideología de la continuidad* entre el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1990, pues al decir de algunos autores (Van Weezel), no hubiese existido una interrupción del orden constitucional⁵⁷. Posición similar al ideario de un importante sector de la cultura jurídica (y, en particular de la cultura jurídico penal) en Alemania, según la cual “los doce años del Estado de Hitler no fueron considerados como una interrupción de la constitucionalidad alemana, sino que ha imperado el criterio precisamente contrario, es decir, el de la *continuidad*, desde la unificación de Alemania bajo Bismarck, en el imperio alemán, hasta la Alemania unificada de hoy”⁵⁸. De esta manera, varias de las reglas dictadas bajo el nazismo “mantuvieron su valor legal (con excepción de las manifiestamente nacionalsocialistas)⁵⁹”, tampoco se anularon “los inocuos fallos de la justicia penal en que se expresaba el terror del Estado”, como los del llamado Tribunal del Pueblo (*Volksgerichtshof*) que como señala SPENDEL, eran de una “infamia casi increíble”, y que condujo a la pena de muerte a diversas personas etiquetadas como “asociales o deficientes mentales que ni siquiera habían cometido delitos...”⁶⁰. Lo anterior tiene varias proyecciones, en Chile el Poder Judicial, “que no sufrió

⁵⁶ SCHMITT, Carl, “*Der Begriff des Politischen*”, *Hanseatische Verlagsanstalt*, pág. 7 y ss., Hamburgo, 1933.

⁵⁷ En contra este planteamiento, DE RAMON, Armando, “*Historia de Chile*” *Desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500-2000)*, p. 235, 3ª edición, Editorial Catalonia, 2004; CORREA, Sofía; Figueroa, Consuelo; JOCELYN HOLT, Alfredo; ROLLE, Claudio; VICUÑA, Manuel, *Historia del siglo XX chileno*, Editorial Sudamericana, 3ª edición, 2005; CRISTI, Renato; RUIZ TAGLE, Pablo, “*La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*”, p. 130. LOM ediciones, 2006.

⁵⁸ POLITOFF, Sergio, “*La justicia al servicio de la verdad histórica*”. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”, La Haya, 1996; p. 284 y ss., en *Revista Ius et Praxis*, año 3 N° 2, 1997.

⁵⁹ Vid. infra notas 45-47.

⁶⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*”, p. 354, 4ª edición revisada y ampliada, Tirant lo blanch, 2003.

descabezamiento, amén de no pronunciarse en defensa de los derechos conculcados, tampoco los protegió”⁶¹.

En nuestro contexto no resulta extraño, que varios juristas, sin más, la vigencia de todas las reglas dictadas por el régimen de facto⁶², incluso las manifiestamente delictivas, donde claramente subsiste una tradición autoritaria⁶³, *orientadas en varias materias más hacia el Estado que hacia el derecho*, y que en el caso particular del Decreto ley 2.191, pretende impedir las legítimas aspiraciones de justicia de las víctimas, que han sido encasilladas como pretensiones de “justicia a toda costa” las que implicarían “una vulneración de las reglas y principios del estado de derecho”. La vigencia de tales principios nadie discute, pero que en verdad no resultan infringidos, como veremos más adelante, y que admiten ciertas distinciones a fin de determinar si efectivamente cumplen una función limitativa, pues razonar de otro modo significa que no es posible reconocer diferencia entre lo legal y lo ilegal, entre lo constitucional e inconstitucional, y entre lo democrático y lo autoritario.

Si algo se desprende de la evolución histórica en el presente siglo, es la subordinación del Estado a los intereses de los individuos, cuestión que –aunque resulte irónico- reconoce el propio art. 1 de la Constitución Política de 1980. Es por eso que el Estado y sus agentes no pueden alegar en su favor la *irretroactividad de la ley penal*, ya que esta “es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de éste, y si el Estado no puede invocar esta garantía tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares”⁶⁴.

⁶¹ Cfr. con detalle Correa, Sofía; Figueroa, Consuelo; Jocelyn Holt, Alfredo; Rolle, Claudio; Vicuña, Manuel, *Historia del siglo XX chileno*, p. 283, Editorial Sudamericana, 3ª edición, 2005

⁶² Cfr. SALAZAR, Gabriel, “Función perversa de la “memoria oficial”, función histórica de la “memoria social”: ¿cómo orientar los procesos auto-educativos? (Chile, 1990-2002)”. El historiador señala que “La ley suele tener más prestigio del que merece. Por eso, los perseguidos por la justicia histórica se apresuran a refugiarse en ese *surplus* de prestigio, a objeto de moderar o anular la virulencia de esa justicia. Los que se han refugiado allí (que no son pocos, ni muy inocentes) han logrado montar la doctrina (pública) de que la legitimidad radica en la ley misma, y no en el proceso histórico que la dictó”.

⁶³ Sobre la naturaleza autoritaria de la Constitución, cfr., con detalle, CRISTI, Renato; RUIZ TAGLE, Pablo, “*La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*”, p. 130. LOM ediciones, 2006.

⁶⁴ BUSTOS, Juan, “*El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 428, en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004.

1.2.2 La técnicas de neutralización en el crimen de Estado.

Se ha sostenido que “tanto la atención científica como la comunicación social no pueden hacer otra cosa que concentrarse sobre campos limitados y por ello, irremisiblemente, pierden de vista o dejan en segundo plano lo que queda excluido de su foco de atención. En el caso de la comunicación social, esto genera la llamada *indiferencia moral*: todos saben la existencia de hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto, no existe desinformación sino negación del hecho”⁶⁵. Lo anterior supone destacar la banalización de la destrucción cotidiana de miles de vidas humanas ante el silencio indiferente del mundo, como si fuese el inevitable resultado de un curso natural o, más aún, como si no sucediese (negación)⁶⁶.

En este sentido podemos atender la crítica de COHEN, quién hace largo tiempo llama la atención acerca de este fenómeno en el campo criminológico con respecto a los crímenes de estado⁶⁷.

1.2.3 Tentativas de negación de responsabilidad el caso de la autoamnistía ante el legislador chileno.

Aunque resulte obvio, parte del programa de gobierno de la Concertación uno de sus puntos consistía en derogar la mal llamada ley de amnistía, claro esta que nunca se presento iniciativas de esa índole. No obstante las formas de abordar la problemática de una práctica judicial implacable (en el sentido de aplicar sin más la amnistía decertando el sobreseimiento definitivo), ahí surgen las diversas propuesta para “encarar” el problema de la amnistía, entre ellas la doctrina Aylwin, que buscaba investigar y luego amnistiar; el proyecto Figueroa-Otero, con diversas reinterpretaciones; el proyecto de rebaja de penas hasta llegar a las propuestas de leyes interpretativas del año 2003, nulidad de derecho público el 2006 e interpretativa el año 2009. Con todo la historia se ha

⁶⁵ ZAFFARONI, Raúl, “*El crimen de estado como objeto de la criminología*”, pág. 511, en “Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad”, *in memoriam* a Eduardo Novoa Monreal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2008.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ COHEN, Stanley, “*Human Rights and Crimes of The State: The Culture of Denial*”, Australian and New Zealand Journal of Criminology, July, 1993 26: 97-115;

encargado de enseñar que todo era posible en nuestra frágil transición a la democracia, ya que se han desarrollado conductas muy distintas a las recomendaciones de la Comisión Rettig. Una muestra de ello es el llamado “acuerdo marco” promovido por parlamentarios de todas las tendencias, que significaba una segunda amnistía, “descubierto por el Diputado Andrés Aylwin en un escritorio de la Cámara de Diputados, ahí en un papel que alguien ha olvidado; es el acuerdo descrito descarnadamente como una segunda amnistía”. En lo medular propone rebajar penalidades, mediante normas transitorias a los violadores de derechos humanos⁶⁸.

Como señalamos el ámbito legislativo, ha sido una de las sedes para abordar, las dificultades que acarrea la aplicación de la autoamnistía contenida en el D.L. 2191, particularmente tratándose de las formas de anular los efectos de ésta, por ejemplo, las repercusiones originadas, a partir de la presentación en la Cámara de Diputados, de un proyecto de ley⁶⁹ que declara la nulidad de derecho público del Decreto Ley N° 2191 de abril de 1978, (y que ha sido objeto de *torcidas interpretaciones* a partir del art. 65 de la Constitución Política, destinadas a evitar su trámite legislativo), ofreciendo de manera acotada los argumentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales que desbaratan cualquier tentativa para legitimar un *acto de poder ilícito*, contenido en el citado decreto, bajo el rótulo de una supuesta ley de amnistía. La referida disposición, no es una ley de amnistía, pues carece de los presupuestos materiales y formales, por lo que debe ser anulada y privada de efectos jurídicos. Sobre el particular, ya la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)* ha declarado⁷⁰ que el citado Decreto ley, viola los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la

⁶⁸ Cfr. por todos, CAVALLO, Ascanio, en “*La Historia oculta de la transición*”, p. 41 y ss.,

⁶⁹ El proyecto iniciado por moción de los Senadores, Girardi, Letelier, Navarro, Ruiz Esquide, dispone lo siguiente: **Art. 1°.-** *Declarase insanablemente nulo por inconstitucional, el Decreto ley N°2191 de 19 de abril de 1978; Art. 2°.-* *El Decreto ley N°2.191, carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penales, civiles, administrativas y militares emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 18 del Código Penal; Art. 3°.-* *Se declara que son inamnistiables e imprescriptibles todos aquellos crímenes y simples delitos perpetrados por funcionarios públicos o particulares durante un período de interrupción constitucional, que cometidos individual o masivamente puedan ser calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, de conformidad a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como por los Principios Generales del Derecho Internacional.*

⁷⁰ Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIHD), N° 34/96. En el citado informe, en sus alegatos el Gobierno de Chile señala que “*ha intentado derogar el Decreto-Ley de amnistía, pero el precepto constitucional dispone que las iniciativas relativas a amnistías sólo pueden tener origen en el Senado [artículo 62 (hoy 65) inciso segundo de la Constitución], donde carece de mayoría debido al número de personas no designadas por votación popular en ese cuerpo*

Convención Americana de Derechos Humanos, también denominado *Pacto de San José de Costa Rica*, refrendado por el contundente fallo de la Corte Interamericana de fecha 26 de septiembre de 2006, en el caso “*Almonacid y otros*” contra Estado de Chile⁷¹.

legislativo”. El obstáculo aludido aparentemente ha desaparecido conforme a la reforma constitucional de 2005.

⁷¹ Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CAPÍTULO II.

LA AMNISTÍA COMO UN ACTO DE PODER (INDULGENCIA) FRENTE AL VENCIDO.

Bibliografía. ALDUNATE, Enrique, “Una necesaria revisión de la amnistía, sus presupuestos de validez y las limitaciones en el orden constitucional e internacional penal”, en *Modernas tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*, libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Jose Urquizo Olaechea (Director), Nelson Salazar Sanchez (Coordinador), IDEMSA, Lima-Peru, 2007; BUSTOS, Juan; ALDUNATE, Enrique, “Inadmisibilidad de autoamnistías en el derecho penal”, en Revista GACETA JURÍDICA, núm. 326, pág. 7-23, Agosto, 2007; ANTOLISEI, Francesco “Manual de Derecho penal”, Parte General, 8ª edición, corregida por Luigi Conti, Editorial Temis, 1988; ALVAREZ, Hernán, “Ley de Amnistía del año 1998”, en Revista Gaceta Jurídica N°180, 1995; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (editores), “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”, varios autores, Instituto Max Planck, de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Uruguay, 2003; “Justicia de Transición”, varios autores, Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Uruguay, 2009; AMBOS, Kai, “La parte general del Derecho Penal Internacional”. Bases para una elaboración dogmática, p. 85, traducción de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer-Stiftung, 2005; BACIGALUPO, Enrique, “Manual de Derecho Penal”, Editorial Temis, 1996; “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas a los Derechos Humanos”, en *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2005; BERNALES, Gerardo, “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, en Revista Ius et Praxis, volumen 13, N°1, págs. 245-265, 2007; BUSTOS, Juan “Manual de Derecho penal”, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984; Parte especial, Ariel, 1986; “Estado de derecho y justicia criminal en Chile (1973-1979)”, p.556 y ss., en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004, también en *Nuevo Foro Penal*, no 6, 1980, Medellín, Colombia; COURTIS, Christian, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en *Estudios sobre Justicia Penal*, en homenaje al Profesor Julio B. J Maier, Editores del Puerto, 2005; CUMPLIDO, Francisco, “Los Tratados Internacionales y el artículo 5 de la Constitución” en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; CURY, Enrique, “Derecho Penal”, Editorial Jurídica de Chile, 1982; “Texto y Comentario al Código Penal Chileno”, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; DENCKER, Friedrich, “Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional”, en *Estudios sobre Justicia Penal*, en homenaje al Profesor Julio B. J Maier, Editores del Puerto, 2005; ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998; “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Editorial Jurídica, 1987; FERNÁNDEZ, Karinna, SFERRAZZA, Pietro, “La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos”; GARRIDO, Manuel, “La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada”, en p. 71-89, en “Derechos Humanos e Interés Público”, Cuadernos de Análisis Jurídico, N°11, serie publicaciones especiales UDP, 2001; GARRIDO MONTT, Mario “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1997; “Constitución y Tratados Internacionales en la jurisprudencia” en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”, coordinadores Kai Ambos; Ezequiel Malarino; varios autores, Instituto Max Planck, de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Uruguay, 2003; “De la extinción de la responsabilidad penal”, en “Texto y Comentario al Código Penal Chileno”, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz

Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; HORVITZ, María Inés, *“Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile”*, en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006; JAKOBS, Günther, *“La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva”*, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996; JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *“Tratado de derecho penal”*, t. I, ; *“El criminalista”*, Tomo V, Tipográfica Editora Argentina, 1952; MAÑALICH, Juan Pablo: *“El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía”*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, págs. 11-33, N° 5 año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile; *“Terror, Pena y Amnistía”*, Editorial Flandes Indiano, 2010; MAIER, Julio, *“Amnistía, vigencia del derecho y ley más benigna”*, págs. 679-686, en *Doctrina Penal*; *“Desobediencia debida (a propósito de la llamada ley de “obediencia debida)”*, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, No 38, Abril Junio 1987; MATUS, Jean Pierre, *“El informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional”*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ISSN 1695-0194 (RECPC 07-07), 2005; *“Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía de fecha 19 de abril de 1978”*, en *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, N°1, págs. 275-296, 2006; MEDINA, Cecilia (editores) *“Sistema Jurídico y Derechos autores, Cuaderno de análisis jurídico N°6, serie publicaciones especiales, UDP, 1996; “Jurisdicción Militar” en Informes de Investigación, Número 1, 1999, Centro de Investigación Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; MERA, Jorge, “Los delitos contra los Derechos Humanos”, en Doctrina Penal, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, No 39, Julio Septiembre 1987; “El decreto ley de amnistía de 1978, y la exigencia de la justicia por la violación de los Derechos Humanos”, en Revista de Ciencias Penales, 5ª época, 1990-1993, t. XL; MERA, Jorge, CASTRO, Alvaro, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema”, Ed. Lexis Nexis, 2007; MAIER, Julio B., “Amnistía, vigencia del derecho y ley más benigna”, p. 682, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, N° 24, Octubre Diciembre 1983; NOGUEIRA, Humberto, *“Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”* en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; *“Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”*, en *Revista Ius et Praxis*, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002; *“Decreto ley de amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos”*, págs. 107-130, en *Revista de Derecho* Vol. XVIII N° 2 Universidad Austral, Diciembre 2005; *“Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía de fecha 19 de abril de 1978”*, en *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, N°1, págs. 251-274, 2006; *“Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005, en materia de tratados internacionales”*, en obra colectiva *“La constitución reformada de 2005”*, p. 397, Librotecnia, 2005; NOVOA MONREAL, Eduardo, *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, 1960-1966; *“El desaparecimiento de personas”. Breve análisis jurídico*, en *Revista Araucaria de Chile*, N°14, 1981; *“El caso de Walter Rauff. La impunidad de un nazi”*, en *“Grandes Procesos. Mis alegatos”*, Editorial Bat, Santiago, 1988; PASTOR, Daniel, *“El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones jurídicas críticas”*, en *Estudios sobre Justicia Penal*, en homenaje al Profesor Julio B. J Maier, Editores del Puerto, 2005; ORTUZAR, Waldo, *“La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal”*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, N°1, 1991; PFEFFER, Emilio *“Constitución política de la república y tratados Internacionales”*, en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; PRECHT, Jorge, *“Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho interno chileno”*, en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; POLITOFF, Sergio, *“Derecho Penal”*, Tomo I, Editorial Conosur, 1997; *“Lecciones de Derecho Penal Chileno”*, Parte General, en coautoría con MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, enero 2004, RIVACOBBA, Manuel, *“Programa Analítico de Derecho Penal”*, 4ª edición revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dálbora, Edeval 1997; *“Orden Político y orden penal”*, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995; ROXIN, Claus, *“Derecho Penal”* Parte General, Tomo I, Traducción de la 2ª edición alemana de Diego Luzón Peña, Editorial*

Civitas, 1997; “*Derecho Procesal Penal*” (*Strafverfahrensrecht*), traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. Maier, 25ª edición alemana, 1ª reimpression en castellano, Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 2000; VELASQUEZ, Fernando “*Manual de Derecho Penal*”, 2ª edición, Editorial Temis, 2004; WELZEL, Hans “*Derecho Penal Alemán*”, traducción de los profesores Juan Bustos y Sergio Yañez, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición en español, 2002; *Naturrecht und materiales Gerechtigkeit*, p. 251, 4ª. Edición, Vandenhoeck y Ruprecht, Gottingen 1962; “*Recht und Sittlichkeit*”, en *Festschrift für Friedrich Schafftein*, Gottinga, 1975; WLASIC, Juan Carlos: “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, prólogo del Dr. German Bidart Campos, Editorial Iuris, 1998; ZAFFARONI, Raúl, “*Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?*”, en *Studia Ivridica*, estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias; ZAFFARONI, Raúl, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, “*Derecho Penal*”, Parte General, en colaboración con 2ª edición, Ediar, 2002; “*Manual de Derecho Penal*”, 9ª reimpression, Ediar, 1999; ZAFFARONI, Raúl, CAVALLERO, Juan “*Derecho Penal Militar*”, Ediciones Jurídicas Ariel, 1980, Buenos Aires.; ZIFFER, Patricia, “*El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*”, en *Estudios sobre Justicia Penal*, en homenaje al Profesor Julio B. J Maier, Editores del Puerto, 2005; ZUÑIGA, Francisco, “*Amnistía ante la jurisprudencia (Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía)*”, en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; *Revistas especializadas y sentencias: Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), 1963, Tomo XCVI, sección cuarta, 1999; *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca;

1.3 Fundamento, naturaleza jurídica; discusión.

Si revisamos uno de los textos clásicos del Derecho Penal Chileno, el profesor NOVOA MONREAL, sostiene que “su origen se remonta al año 404 antes de Cristo, en que se dictó en Atenas para declarar la impunidad de los que habían participado en la expulsión de los treinta tiranos”, luego de caracterizar sus efectos señala enfáticamente que “por su raíz histórica y por razones de principio, la amnistía solamente debiera aplicarse a delitos políticos [...] u otros delitos que por su naturaleza no repugnen la conciencia moral de una sociedad”⁷². Un completo y dedicado estudio sobre las razones jurídicas y políticas de la clemencia, se encuentra desde el comienzo de nuestra vida republicana en los primeros textos constitucionales⁷³, reconociendo, empero *severas limitaciones*⁷⁴ y señalando que las amnistía “no debe erigirse en un auto perdón o una autoamnistía”. Con todo, en un excelente y completo análisis del instituto, el profesor GUZMÁN DÁLBORA⁷⁵, afirma que esta deben otorgarse “después del retorno a la normalidad constitucional”, y sólo respecto de

⁷² NOVOA MONREAL, Eduardo: “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, p. 439-444, t. II, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

⁷³ ZUÑIGA, Francisco: “*Amnistía ante la jurisprudencia (Derechos Humanos como limite al ejercicio de la soberanía)*”, en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997;

⁷⁴ *Ibíd.* p. 198 y ss.

⁷⁵ GUZMAN DALBORA, José Luis, “*De la extinción de la responsabilidad penal*”, p. 446.

delitos políticos sus conexos y mixtos, citando a KANT, “sólo puede hacer uso de este derecho el Estado en caso que el mismo sea lesionado”. La amnistía es una revaloración de los hechos y como señala el profesor CURY, “debe basarse en un criterio objetivo y tener un carácter general”⁷⁶.

La amnistía es un instituto en virtud del cual el poder público, por razones de alta política y mediante una norma de carácter general, renuncia a punir un cierto número de delitos, extinguiendo completamente las responsabilidades penales derivadas de éstos. Como el indulto, la amnistía es una expresión del derecho de gracia o indulgencia soberana (**indulgentia principis**), de viejas raíces históricas y típico de la organización política del antiguo régimen, cuando el monarca concentraba en su persona todos los poderes públicos y podía, en consecuencia, atraer a su conocimiento causas pendientes de fallo y perdonar las penas en cualquier instante, según su arbitrio, facultad que sobrevivió al advenimiento del Estado de Derecho y a la cerrada crítica del pensamiento penal ilustrado y revolucionario -que la combatió, entre otros motivos, por el atentado que entraña contra la majestad absoluta de la ley y la independencia del Poder Judicial, el debilitamiento que provoca en la autoridad de sus resoluciones, y porque, seduciendo a los ciudadanos con la expectativa de una futura impunidad, fomenta los delitos en lugar de prevenirlos-, pero reservada, de ahí en adelante, a los supremos poderes políticos del Estado (en el caso de la amnistía, el Parlamento) y sujeta a ciertas restricciones⁷⁷.

El fundamento de la amnistía difiere de las consideraciones que se aducen en pro del indulto, por lo que los muchos y a menudo certeros reparos dirigidos contra el último no la hieren necesariamente. La amnistía responde a la exigencia de facilitar la pacificación de una comunidad cuya vida hubiese atravesado un período de grave turbulencia política y social, el que, por lo mismo, fue ocasión inevitable para la comisión de delitos, y de precaver el consiguiente "colapso de la legislación penal, al ser de imposible aplicación cuando gran número de los habitantes de un país tratan de instaurar un régimen político distinto y fracasan, no sin antes incurrir en las sanciones penales correspondientes⁷⁸.

⁷⁶ CURY, Enrique, “*Derecho Penal*”, t. II p. 421, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

⁷⁷ Guzman, ob. cit.

⁷⁸ Idem.

1.3.1 Clases

Según la opinión dominante la amnistía “es procedente en cualquier momento a partir de la comisión del delito” (obviamente referida a la verdadera amnistía, no las auto amnistías). Se pueden distinguir dos clases de amnistía. La **propia** tiene lugar antes de que se pronuncie sentencia firme, y es causa de extinción de la acción penal; la **impropia**, a su turno interviene dictada la sentencia extinguiendo la pena⁷⁹. En Colombia Velasquez distingue Ahora bien, según que la amnistía extinga la acción penal o la ejecución de la pena impuesta se le conoce, respectivamente, como *propia* o *impropia*; en este caso, por supuesto, se trata de la primera.

1.3.2 Efectos

1.3.3 La amnistía propia e impropia ¿Discusión artificiosa?

Sostener que el Decreto Ley No 2.191 de 19 de abril de 1978, es una *amnistía impropia* es una falacia, pues se trata a las claras de una amnistía al revés, una apariencia de amnistía, y al tenor de su artículo primero hace imposible tal apreciación, pues, más se asemeja a la amnistía propia, y sólo el artículo 2º podría vincularse a esta noción, al referirse a los condenados por Tribunales militares (en varios casos los supuestos beneficiados, fueron ejecutados antes de la sentencia). Este planteamiento no tiene futuro, atendido a que existiría un salto lógico al calificar de amnistía a una disposición que no lo es, por lo que menos podría sostenerse una clasificación que sólo es procedente ante una norma que cumpla con sus características. Los argumentos de algunos *funcionarios públicos*, pecan de superfluos, pues ni siquiera cuentan con apoyo en el texto del citado decreto. No basta con señalar conforme a la teoría tradicional que es una disposición legal dictada por el detentador del poder, que es aplicada por los tribunales (en algunos casos en hipótesis prevaricación), no sólo como reflejo de esterilidad científica de un positivismo trasnochado, si no que como síntoma de un escaso conocimiento de los orígenes de la institución, sus elementos, características, y **limitaciones** en su aplicación.

⁷⁹ GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., p. 449, ZAFFARONI, p. 125.

Corroborar la crítica al planteamiento, la absurda regulación propuesta por el decreto de facto, que bajo esta fórmula genérica, la jurisprudencia se hizo cargo de su procedencia en numerosos casos de delitos de ordinaria ocurrencia, tales como infracciones de tráfico vehicular, giros fraudulentos de cheques, delitos tributarios reiterados⁸⁰. Cabe interrogarse si en esta clase de delitos corresponde la aplicación de la amnistía, conforme a los supuestos que sirvieron de base a su dictación. Lo anterior ratifica la idea de los usurpadores de dotar a tamaña ilegalidad, de respaldo ciudadano (amnistiando un gran número de hechos delictivos cometidos en el período que abarca), a pesar de expresamente excluir algunos delitos, precio bastante bajo con tal de mantener la impunidad en aquellos crímenes realizados por los jerarcas, sus agentes y sicarios. En este punto cobran vigor los reparos políticos criminales efectuados por RIVACOBÁ, a este tipo de disposiciones, “en primer término, el de la impunidad que busca y asegura para los autores, no de algunas infracciones aisladas, sino de una serie incontable de delitos gravísimos, de la más variada especie, perpetrados todos dentro de un conjunto o sistema planificado de criminalidad y sadismo por funcionarios públicos, prevaleciendo precisamente de su carácter público...”⁸¹.

1.4 Nuestra posición. Delitos de naturaleza política. Su otorgamiento después del retorno de la normalidad constitucional.

1.5 Limitaciones del orden constitucional e internacional penal.

Es un error en la interpretación sostener que varios de los tratados internacionales, no implican una prohibición de amnistiar, si bien no lo declaran expresamente, en sus normas late la inequívoca voluntad de que las obligaciones que consagran e interdicen⁸². La jurisprudencia lo ha

⁸⁰ ETCHEBERRY, Alfredo: “*El derecho penal en la jurisprudencia*”, (sentencias 1967-1982), Tomo IV, p. 250 y ss., Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2ª edición, 2002.

⁸¹ RIVACOBÁ, Manuel: “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, p. 533, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, No 39, Julio Septiembre 1987.

⁸² GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., p. 451 y ss.

acogido en diversos fallos⁸³, aplicando tales convenios y desechando la amnistía, como lo señala la doctrina “es contraria a la Constitución y los Tratados vigentes una amnistía que abarque delitos atentatorios contra los derechos allí garantizados, aunque no de manera explícita (genocidio, torturas y desaparición forzada de personas)”, limitación que se expresa en el texto del art. 250 del Código Procesal Penal, que prohíbe sobreseer definitivamente una causa cuando los delitos investigados no pueden ser amnistiados conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁸⁴.

Una jurisprudencia que haga caso omiso al orden internacional, al permitir la pervivencia de legislación de facto que garantiza la impunidad, constituye por vía de ejemplo una grave infracción del *Pacto de San José de Costa Rica*. En ningún caso puede plantearse que la vigencia posterior de un tratado internacional a los hechos investigados vulnere la garantía de la *irretroactividad de la ley penal*, pues, el instrumento internacional, no es más que la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa **humanidad postulado desde antes** para las **prácticas de exterminio estatal**, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad.

Llama la atención, en nuestro país, las escasas reflexiones sobre los pronunciamientos de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), que en otras oportunidades a propósito otros delitos, muy parecidos a los que en rigor motivan el proyecto de ley, ha señalado⁸⁵ que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la convención. El

⁸³ Corte Suprema, sentencia de 11 de marzo de 1998; publicada en *Revista Gaceta Jurídica* N° 213, p. 155; Corte Suprema, sentencia de 9 de septiembre de 1998, publicada en *Revista Gaceta Jurídica* N° 219, p. 122. Un interesante precedente constituyó, la sentencia redactada por el profesor de Derecho Constitucional, Humberto Nogueira, en la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de septiembre de 1994, negando lugar a la aplicación de la amnistía, publicada en *Revista Gaceta Jurídica* N° 171, p. 126 y ss., lamentablemente revocada por un “recurso de queja”, deducido ante la Corte Suprema.

⁸⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*”, *Parte General*, p. 570-571, Editorial Jurídica de Chile, enero 2004.

⁸⁵ cfr. sentencia del caso *Velásquez Rodríguez* del 29 de julio de 1988, párrafo 165, serie C N° 4.

ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado, por su parte la CoIDH, recordó que en otra ocasión había puntualizado que "la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de **esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente**. Así, en la **protección de los derechos humanos**, está **necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal**"⁸⁶.

Se ha dicho por la CIDH, que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "**ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad**"⁸⁷. Que este criterio ha sido sostenido por la CIDH, al manifestar "Esta Corte considera que **son inadmisibles las disposiciones de amnistía**, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir **la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas**, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...**las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos**

⁸⁶ La expresión "leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párrafo 21), aspectos que también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia *Castillo Petruzzi* del 30 de mayo de 1999, serie C N° 52.

⁸⁷ cfr. Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso *Blake*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú..."⁸⁸.

Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado chileno ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"⁸⁹. A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, **lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención.** Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional⁹⁰.

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*, después de regular los principios básicos de la jurisdicción penal interna (*nullum crimen nulla poena sine lege*, Art. 15.1), agrega: "Nada de los

⁸⁸ cfr. CIDH, caso "*Barrios Altos*", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie c N° 75.

⁸⁹ cfr. CIDH, caso "*Velázquez Rodríguez*", sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4.

⁹⁰ conf. CIDH, caso "*Barrios Altos*", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "*Trujillo Oroza vs. Bolivia*" -Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "*Benavides Cevallos*"- cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°.

dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fuera delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**". En cuanto al Tribunal competente, el Art. 53 N° 3 de nuestro Código Orgánico de Tribunales confiere competencia al Presidente de la Corte Suprema para conocer en primera instancia, "*de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional*", entregando la segunda instancia a una sala. Esta disposición -al decir del profesor MATUS-, no hace más que darle contenido orgánico a un principio que el propio ANDRÉS BELLO sentara hace más de siglo y medio, esto es, "*que en una nación i en una época dadas el derecho de jentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda*"⁹¹. Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que nuestro texto constitucional "no contiene norma explícita sobre los principios imperativos del derecho internacional (*ius cogens*), como asimismo sobre las normas de derecho consuetudinario internacional, dejando su consideración a la discrecionalidad de los diversos tribunales, los cuales a menudo adoptan decisiones jurisdiccionales ambiguas y muchas veces contradictorias, generando una completa inseguridad jurídica sobre su valor y aplicabilidad en el derecho interno"⁹², siendo necesario *de lege ferenda* una norma específica que dote de armonía a las obligaciones del Estado chileno a partir de la ratificación de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (art. 53 y 64)⁹³. Este debate no es ajeno a nuestra jurisprudencia, a propósito de la solicitud de extradición de del *SS obersturmbannführer*, Walther Rauff (creador de los camiones de la muerte y autor confeso de 97 mil asesinatos), quién, en 1963 se vio enfrentado a una solicitud de la República Federal Alemana, la que

⁹¹ Cfr., por todos, MATUS, Jean Pierre, "*El Informe Valech...*", quién considera muy significativo este pasaje de Andrés Bello, sobre el cual el redactor del Código Civil chileno vuelve más adelante, al punto de considerar "las sentencias de los juzgados de presas" (norteamericanos e ingleses) como fuentes para "explorar e ilustrar las reglas del derecho internacional" en su obra "El Derecho Internacional". En: Obras Completas, Vol. X. Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1886, p. 21.

⁹² NOGUEIRA, Humberto, "*Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005, en materia de tratados internacionales*", en obra colectiva "*La constitución reformada de 2005*", p. 397, Librotecnia, 2005.

⁹³ En igual sentido, SILVA BASCUÑAN, Alejandro: "*Tratado de Derecho Constitucional*", t. IV, p. 119 y ss., 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997, y MEDINA, Cecilia: "*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", en "*Selección de tratados internacionales y recomendaciones de organismos Internacionales*", Humanas, 2006. Quien aproxima una respuesta a la falta de norma explícita sobre los principios generales del derecho internacional, a partir de una norma que se remita, o el criterio a seguir en caso de contradicción.

nuestro máximo Tribunal abordó de “manera rutinaria”. Chile, debía decidir a falta de tratado de extradición con Alemania entre los principios generales del Derecho Internacional o *ius cogens*, (en particular la doctrina del carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad) o la prescripción del delito de homicidio calificado (art. 391 C. Penal). La petición de extradición fue defendida brillantemente en estrados por el profesor NOVOA MONREAL⁹⁴, la cuál fue acogida en primera instancia⁹⁵ por el Presidente del máximo Tribunal, don Rafael Fontecilla, un eminente especialista. Luego conociendo la apelación de la defensa, la Corte Suprema estableció que a falta de existencia del tipo penal genocidio este debía asimilarse al homicidio calificado, el cuál prescribe en 15 años de acuerdo con nuestra legislación, tiempo que a la fecha de la solicitud había transcurrido, de modo que revocando el fallo en alzada, dejó en libertad al líder del *Grupo IID* de las temidas SS.

1.6 Contradicción de la amnistía como “tentativa de encubrimiento” bajo la modalidad de “amnistías al revés” o “auto amnistía”, con los presupuestos jurídicos y de necesidad de la pena.

No pueden ser calificadas jurídicamente como amnistía, sino más bien, **amnistía al revés** como sostiene el profesor RIVACOBÁ, las “destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el futuro por cuantas fechorías hayan cometido”⁹⁶. Disposiciones como estas no son fruto de un acto de indulgencia, que enaltece a quien lo cumple, ni procuran llevar sosiego a la comunidad, sino por el contrario constituyen una burda vulneración del principio de *igualdad ante la ley* y marca deshonrosa de regímenes tiránicos como el vivido en Chile. Estas **amnistías al revés, tienen sólo la forma pero no su contenido jurídico**, ni siquiera como

⁹⁴ Un especial tratamiento del caso, NOVOA MONREAL, Eduardo, “Grandes procesos. Mis alegatos”, p. 61 y ss.; también en POLITOFF, Sergio, “Derecho Penal”, cit. (1997) p. 111; (2001), p.88.

⁹⁵ Véase con detalle las sentencias de primera y segunda instancia publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), Tomo LX, N°4, segunda parte, sección cuarta, p.112-193.

⁹⁶ DE RIVACOBÁ, Manuel: “Orden Político y orden penal”, p. 210, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N° 2, mayo-agosto de 1995.

manifestación de legislación jurídica vinculante, al emanar de decretos leyes de regimenes de facto.

Como el mismo autor lo ha señalado críticamente, “bajo los totalitarismos, tiranías o dictaduras que han padecido en estos tiempos no pocos países, fueron perpetrados incontables desafueros y delitos que entonces era imposible perseguir, esclarecer y hasta conocer, y no es infrecuente sino usual, que quienes detentaban el poder dictaran antes de abandonarlo, con el nombre que mejor les pareciera, unas disposiciones de auto amnistía para sus conmlitones, partidarios, polizontes y sicarios, y, por de contado, para sí mismos, dejando o intentando dejar todo, según frase muy conocida de un personaje siniestro, *atado y bien atado*, sin que los regimenes de otra laya que les han sucedido hayan puesto interés o decisión para traer semejantes fechorías y semejantes malhechores a juicio ni para declarar que semejantes auto amnistías apenas son tristes contrafiguras de una autentica amnistía”⁹⁷.

1.6.1 Infracción al principio de igualdad ante la ley.

Quien plantea la desigualdad (en el tratamiento penal de estos casos), incurre en una falacia, pues como con razón, se ha sostenido que “la pena al genocidio no se distingue del resto del ejercicio del poder punitivo: es tanto o mas selectiva que las restantes penas”⁹⁸, lo demuestra el hecho, que generalmente no se extiende a todos los autores, mucho menos a los partícipes. Ante la magnitud del ilícito cometido, “el derecho penal prácticamente carece de espacio para limitar el poder punitivo e incluso la venganza privada”, la función acotante no solo se reduce al ámbito fáctico sino que también al ético, “es tan extraordinario el esfuerzo de los hechores de los crímenes para llegar a una situación concreta de vulnerabilidad, habiendo gozado de invulnerabilidad casi absoluta”⁹⁹. En

⁹⁷ DE RIVACOBBA, Manuel: “*Violencia y Justicia*”, p. 36, textos escogidos por sus alumnos, prólogo de José Luis Guzmán, epílogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, Universidad de Valparaíso-Editorial, 2002.

⁹⁸ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., p. 197 y ss. En igual sentido JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*El criminalista*”, Tomo VII, p. 290 y ss., Editorial La Ley, 1947, a propósito de su enjundioso estudio sobre los crímenes de guerra, pues no se castiga a “todos” los culpables... “de los que ocupaban asiento de acusados, ya dijimos dos han sido absueltos. Acaso los más culpables, por haber proporcionado a Hitler los medios económicos y diplomáticos...Pero eran los más conservadores y la Iglesia y el capital tenían que salvarlos”. Similar conclusión aparece en “*Amén*”, el brillante relato cinematográfico de COSTA GAVRAS (2002).

⁹⁹ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., p. 197.

este sentido al plantear la inaplicabilidad o la anulación de una disposición legal, no debe entenderse como una vulneración de garantías, pues por esa vía lo que se busca es el restablecimiento de la igualdad quebrantada por el acto de poder referido y refrendado durante la existencia del régimen tiránico que lo validaba. Para el avance de la justicia se requiere una real cooperación democrática con los organismos encargados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, y no presiones para instalar la impunidad de los violadores de los derechos humanos. En este punto, lo que si puede exigir el Estado democrático de derecho es que se prueben los hechos y que se respete el principio de humanidad, cuestión que se ha cumplido cabalmente en los casos aislados en que se ha hecho justicia.

A mayor abundamiento, no reconocer valor jurídico a disposiciones de semejante calaña, no es otra cosa que reestablecer el *principio de igualdad* quebrantada bajo estas supuestas “garantías”, que no buscan sino otra cosa privilegiar a un grupo bien determinado por las fechorías cometidas y procurar su impunidad. Quién sostenga que negar valor jurídico a disposiciones de esta calaña, alegando una supuesta infracción de las garantías sólo pretenden hacer de lo negro blanco, pues como se ha afirmado “esto es lo verdaderamente grave, lo verdaderamente demoledor, pues cuando en un régimen republicano y democrático se mira o se trata con predilección a un sector en detrimento del resto de la ciudadanía, y más, si tal sector es el militar, que posee los instrumentos de la fuerza, se está declarando que no representa ya la voluntad popular, sino que se ha entregado el miserable arbitrio de una facción, que ha abdicado el ejercicio de la soberanía y lo ha reemplazado por una actitud de mansedumbre y sumisión”¹⁰⁰.

1.6.1.1 Ejemplos comparados de normas de auto amnistía.

A propósito de estas apariencias de ley, el profesor GUZMÁN DÁLBORA entrega varios *ejemplos*¹⁰¹: a) La ordenanza alemana de 21 de marzo de 1933, que amnistió todos los actos perpetrados *en la lucha por la instauración del nacionalsocialismo*, **asesinatos incluidos**; b) la ley española de 23 de septiembre de 1939, que se refería a “delitos políticos y sus conexos que hubieren sido cometidos, por afinidad con la ideología del

¹⁰⁰ RIVACOBBA, Manuel: “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, p. 535 y ss., en *Doctrina Penal, Teoría y práctica de las Ciencias Penales*, No 39, Julio Septiembre 1987;

¹⁰¹ GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., p. 446.

Movimiento Nacional”, entre 1931-1936; y **c) el Decreto Ley 2.191, dado en Chile el 19 de abril de 1978 para** “todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”¹⁰² –otra vez, asesinatos, secuestros incluidos-, que al decir de NOVOA MONREAL, “cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente”¹⁰³. De esta manera la posición respecto de los delitos cometidos por aparatos organizados y maquinaria estatal como crímenes contra la humanidad aparecen bastante definidas¹⁰⁴, pues en general algunas de las violaciones mas frecuentes como el “desaparecimiento forzado de personas constituye una política de los Estados dictatoriales”¹⁰⁵.

¹⁰² ídem.

¹⁰³ NOVOA MONREAL, Eduardo: “*El desaparecimiento de personas*”. Breve análisis jurídico, p. 29, en Revista Araucaria de Chile, N°14, 1981. El autor, demuestra de manera contundente los elementos configuradores de esta clase de crímenes, y en aplicación de una rigurosa lógica jurídica a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, demuestra todos los preceptos internacionales que infringen. Similar posición sostiene BUSTOS en “*El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 423, sobre la posible asimilación en la legislación interna, con detalle, p. 429.

¹⁰⁴ Cfr., por todos, MATUS, Jean Pierre: “*El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile Durante el Régimen Militar*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-07 (2005). Quién señala que “La primera declaración formal del contenido de la expresión crímenes contra la humanidad aparece en el Art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg de 8.8.1945, declarando como tales la “el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal”. El Estatuto y los juicios mismos celebrados en Nuremberg fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 11.12.1946 y declarados como parte de los “principios del derecho internacional”³⁵. Aunque se discute entre los internacionalistas si los principios que recogen son propios del derecho en general, o de la costumbre internacional (p. 386, nota 22), lo cierto es que ellos sirven de base mínima para la tipificación de los crímenes contra la humanidad, al punto de considerárseles parte del *ius cogens*”.

¹⁰⁵ BUSTOS, Juan: “*El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 430.

1.6.2 Tentativa de encubrimiento.

Se puede afirmar que el Decreto Ley N° 2.191, es ilícito y tiene carácter delictivo pues se trata de una hipótesis que configura una **tentativa de encubrimiento**, pues aparece dictado por los mismos autores de los hechos que pretenden resultar beneficiados¹⁰⁶. De tal suerte que adolece de nulidad de derecho público conforme al art. 7 de la Constitución Política. Tiene razón el profesor MATUS, al señalar que “no siendo oponible este D.L. ante el derecho internacional, es posible concluir que sus autores intelectuales y quienes asesoraron a los miembros de la Junta de Gobierno desde la propia junta o desde los Ministerios encargados de su redacción, de haber estado conscientes del efecto de esta suerte de [encubrimiento legal], podrían ser responsables de los crímenes contra la humanidad que de esta manera se encubrieron de hecho”¹⁰⁷.

Se puede plantear como un caso de **tentativa de encubrimiento**, por vía de la “amnistía”, el acto de poder, N° 22.924 de 22 de septiembre de 1983 (en Argentina), que pretendió amnistiar los actos de fuerza de los usurpadores a través de otro decreto emergente de la misma fuente (usurpadores del poder), configurando el delito de *tentativa de encubrimiento*, es decir, un delito con apariencia y registro de ley¹⁰⁸. Como lo detalla MAIER, “El gobierno de fuerza sancionó, días antes de su dimisión, insólitamente, una ley llamada de *pacificación nacional*, que pretende, sobre todo, cubrir delitos cometidos por sus miembros o los integrantes de los cuerpos armados que sustentaban el poder, impidiendo su averiguación y su persecución posterior. Se trata de una ley de amnistía que el periodismo y el consenso popular califico mejor, dándole el nombre de “autoamnistía”, en reemplazo de la engañosa designación oficial”¹⁰⁹.

1.6.3 El *normativismo*. La auto amnistía como *contradicción preformativa*.

¹⁰⁶ El art. 1° del D. L. 2191 dispone: “*Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices y encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Siempre que no se encuentren sometidas a proceso o condenadas*”. Con el retorno de la “normalidad” Constitucional, pero sólo a partir de la detención de Pinochet en 1998, ha sido acreditado en diversos procesos judiciales la participación en diversos crímenes de alguno de los propios legisladores que firman el citado decreto de facto y de sus agentes.

¹⁰⁷ MATUS, ob. cit., p. 07:28.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, ob. cit., p. 125.

¹⁰⁹ MAIER, Julio B., “*Amnistía, vigencia del derecho y ley más benigna*”, p. 682, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, N° 24, Octubre Diciembre 1983

En la concepción *normativista* en boga, se plantea que “la amnistía debe ser considerada un equivalente funcional de la pena [...] que la amnistía debe hacer posible la solución del conflicto sin pena”¹¹⁰, y como luego agrega MAÑALICH, “la amnistía es una renuncia de la pena sin negación de responsabilidad [...], la renuncia a la actualización de las consecuencias del reproche, en términos de acción comunicativa, supone la asunción de la perspectiva de segunda persona”¹¹¹, aquí se explica el vicio que adolece toda *autoamnistía*, pues, “La auto-amnistía es la amnistía que se atribuye en primera persona. Esta forma amnistía jamás puede alcanzar el éxito ilocucionario que podría justificarla: la estabilización normativa de la expectativa defraudada. La auto-amnistía se interpreta como un modo de elusión de las consecuencias de la responsabilidad...”¹¹². En este punto son importantes también, las reflexiones del profesor SANCINETTI, a propósito del debate sobre las leyes de punto final, al sostener que “es necesario llamar la atención acerca del grado en que el *punto final* constituiría una lesión al *valor* representado en la *norma*, como modelo orientador de la sociedad [*prevención general positiva*]. Así como la pena halla su justificación moral en la necesidad de reafirmar la creencia real en el valor de la vida –por ejemplo-, el “punto final”, como contrapartida, es la prueba de la no creencia en el carácter esencial del valor afectado –v. gr.-, por el asesinato: la vida del hombre”¹¹³. Esto último, es coherente con el hecho que “los códigos penales modernos y los nuevos proyectos empiezan el catálogo de delitos justamente con aquellos referidos a la persona humana, a diferencia de los Códigos anteriores que se iniciaban con aquellos que atacaban la seguridad exterior o interior del Estado, poniendo entonces a éste como el bien básico protegido penalmente”¹¹⁴, es por eso que en la concreción de los bienes jurídicos se comienza con los crímenes contra la vida y la humanidad, pues “atacan al ser humano global

¹¹⁰ ídem.

¹¹¹ ídem.

¹¹² ídem.

¹¹³ SANCINETTI, Marcelo: “Análisis crítico del juicio a los ex comandantes”, p. 106, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, N° 37, Enero-Marzo, 1987. Al decir del autor por punto final se entiende, en este contexto, impedir nuevos procesamientos al personal de las fuerzas armadas.

¹¹⁴ BUSTOS, Juan: “El delito de desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas”, p. 420, en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004.

e intencionalmente”¹¹⁵, de ahí su significado, trascendencia y la especial protección que recibe en los tratados internacionales.

1.6.4 El Decreto Ley 2.191.

El acto de poder que se critica, publicado en el Diario Oficial el 19 de abril de 1978, tuvo el siguiente alcance normativo:

CONCEDE AMNISTIA A LAS PERSONAS QUE INDICA POR LOS DELITOS QUE SEÑALA

Núm. 2.191.- Santiago, 18 de Abril de 1978.- Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes N.os 1 y 128, de 1973, y 527, de 1974, y

Considerando:

1º- La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;

2º- El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos;

3º- La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.

La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente Decreto ley:

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

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

¹¹⁵ BUSTOS, Juan: “Manual de Derecho penal”, Parte Especial, p. 183, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.

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

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

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

Regístrese en la Contraloría General de la República, publíquese en el Diario Oficial e insértese en la Recopilación Oficial de dicha Contraloría.- AUGUSTO PINOCHET UGARTE, General de Ejército, Presidente de la República.- JOSE T. MERINO CASTRO, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada.- GUSTAVO LEIGH GUZMAN, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea.- CESAR MENDOZA DURAN, General, Director General de Carabineros.- Sergio Fernández Fernández, Ministro del Interior.- Mónica Madariaga Gutiérrez, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud.- Enrique Montero Marx, Subsecretario del Interior.

1.6.4.1 Las vacilaciones de la jurisprudencia.

El comportamiento de los tribunales durante los 30 años de vigencia del DL 2.191 ha tenido una notoria variación. Del estudio de las sentencias dictadas, especialmente por la Corte Suprema, es posible distinguir diversas doctrinas en la aplicación y rechazo de esta norma. Esta evolución incluye desde la aplicación inmediata de la amnistía bastando la comprobación de que los hechos habrían ocurrido en el período cubierto por ella, su aplicación solo una vez identificados los responsables y agotada la investigación, hasta las doctrinas en virtud de las cuales se niega su aplicación.

Estas últimas se refieren básicamente a la consideración del

secuestro como delito de ejecución permanente, en virtud del cual se hace no aplicable la amnistía en los casos de detenidos desaparecidos, y la preeminencia del derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sin embargo, si bien es posible advertir tendencias, no es posible trazar líneas absolutas ni establecer la existencia de una jurisprudencia única. La conformación variable de las salas de la Corte Suprema, la reticencia a seguir y citar precedentes, y en ocasiones la escasa argumentación de los fallos contribuyen a estos factores.

Por lo mismo ha existido una cierta superposición de doctrinas jurisprudenciales, en algunos momentos, que restan certeza a la aplicación del derecho y a la seguridad jurídica.

CAPÍTULO III

EFFECTOS PENALES DE LAS DENOMINADAS LEYES DE “AUTO AMNISTÍA”

Bibliografía. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; *“Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de derecho”*, pág. 152 y ss, 4ª edición, Editorial Nascimento, 1971; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (editores), *“Justicia de Transición”*, varios autores, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2009; APONTE, Alejandro, *“¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición jurídica política”*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Núm. 15, Editorial Idemsa, Lima Perú, 2004; BACIGALUPO, Enrique, *“Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas a los Derechos Humanos”*, en *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2005; BUSTOS, Juan *“Estado de derecho y justicia criminal en Chile (1973-1979)”*, p.556 y ss., en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004, también en *Nuevo Foro Penal*, no 6, 1980, Medellín, Colombia; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *“De la extinción de la responsabilidad penal”*, en *“Texto y Comentario al Código Penal Chileno”*, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; NIEVA, Jordi, *“La Cosa Juzgada. El fin de un mito”*, Colección Derecho y Proceso, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010; NOGUEIRA, Humberto, *“Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”* en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; *“Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”*, en Revista *Ius et Praxis*, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002; *“Decreto ley de amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos”*, págs. 107-130, en Revista de Derecho Vol. XVIII N° 2 Universidad Austral, Diciembre 2005; *“Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía de fecha 19 de abril de 1978”*, en Revista *Ius et Praxis*, volumen 12, N°1, págs. 251-274, 2006; *“Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005, en materia de tratados internacionales”*, en obra colectiva *“La constitución reformada de 2005”*, p. 397, Librotecnia, 2005; NOVOA MONREAL, Eduardo, *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, 1960-1966; *“El derecho como obstáculo al cambio social”*, 10ª edición, siglo veintiuno editores, 1991; *“Una crítica al derecho tradicional. Obras escogidas”*, Editorial Antártica, 1993; NUÑEZ, Raúl, *“El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”*, págs. 199-223, Revista *Ius et Praxis*, año 14, N°1, 1998; PASTOR, Daniel, *“El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones jurídicas críticas”*, en Estudios sobre Justicia Penal, en homenaje al Profesor Julio B. J Maier, Editores del Puerto, 2005; *“La deriva neopunitivista de organizaciones y activistas como causa del desprestigio de los derechos humanos”*, en Nueva Doctrina Penal, 2005; POLITOFF, Sergio, *“Justicia y Fascismo”*, págs. 3-9 en Revista Araucaria de Chile, N°3, 1978; *“Adecuación social y terror en América Latina: el papel de la justicia”*, en *Derecho Penal y Criminología*, volumen VII, núm. 22, enero-abril de 1984, págs. 71-81; en holandes *Rechters in militire dictaduren*, en la Revista *Nederlands Juristenbland*, núm. 13, de marzo de 1984, págs. 377 y ss.; en Italiano, con el título *Adequatezze sociale e terrore nell’America latina: il ruolo Della giustizia*, en *Dei delitti e delle penne*, 2/1984; republicado en *Política criminal núm. 4, 2007, CHA*; *“La justicia al servicio de la verdad histórica”*. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, *“In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”*, La Haya, 1996; en Revista *Ius et Praxis*, año 3 N° 2, 1997; RIVACOBÁ, Manuel, *“Orden Político y orden penal”*, en Revista Chilena de Derecho, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995; *“Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida”*, págs. 525- 537, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, Núm. 39, Julio Septiembre 1987; ZAFFARONI, Raúl, *“El crimen de estado como objeto de la criminología”*, pág. 511-524, en *“Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad”*, in memoriam a Eduardo Novoa Monreal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2008; *“Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”*, en *Studia Iuridica*, estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias; ZAFFARONI, Raúl, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *“Derecho Penal”*, Parte General, en colaboración con 2ª edición, Ediar, 2002; *“Manual de Derecho Penal”*, 9ª reimpresión, Ediar, 1999.

1.1 Planteamiento preliminar. Los posibles caminos para privar sus efectos jurídicos.

Diversas son las alternativas para encarar la necesidad de privar de efectos jurídicos a las denominadas leyes de autoamnistía, entre ellas se ha planteado la derogación, su nulidad o su reinterpretación por la vía de una ley interpretativa, cada una con efectos jurídicos diversos, atendida la propia naturaleza de estas alternativas jurídicas, la que en todas resulta de la intervención de los poderes legislativo y judicial.

1.1.1 Derogación.

La derogación es “la cesación de la eficacia de un a ley por virtud de otra ley posterior”¹¹⁶. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras. En nuestro sistema no esta definida, tan sólo el Código Civil en su artículo 42 distingue entre la derogación expresa y tácita se entiende por la primera, cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior, y es la segunda, cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua. El fundamento radica en la evolución sin fin de la sociedad que constantemente exige nuevas normas jurídicas que concuerden con el momento histórico que se vive.

En relación a la posibilidad de la derogación, Etcheberry, señala que “a propósito de la dictación del Decreto Ley 2.191 de 1978, por el régimen militar, se ha discutido la posibilidad constitucional y legal de derogar una ley de amnistía. Ello supone despejado el problema previo de su valor jurídico que se otorga a los decretos leyes”¹¹⁷, - cuestión que refutamos más abajo-, empero merece analizar previamente el planteamiento sobre validez y eficacia de la norma, especialmente en lo tocante a los decretos leyes, si su valor depende de la

¹¹⁶ Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; *Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de derecho*, pág. 152 y ss, 4ª edición, Editorial Nascimento, 1971.

¹¹⁷ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte General, t. II, p. 249, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Sobre esta posibilidad Etcheberry agrega, “si se reconoce tal valor jurídico, la posibilidad de derogación se resuelve de distinta manera según la clase de amnistía de que se trate. Cuando se trata de la impropia, no es posible derogarla con efecto retroactivo, ya que ella ha beneficiado específicamente a determinadas personas, que han adquirido un derecho personal a la extinción de su responsabilidad penal. Esta última no podría ser revivida sin violar el **principio *nom bis in idem***. Distinta es la respuesta de la amnistía propia. Esta se refiere solo a los hechos, no a personas determinadas: respecto a los hechos nadie ha sido legalmente responsable. Solo ha habido una renuncia unilateral del Estado a ejercer las acciones correspondientes para la sanción de tales hechos: la ley de amnistía no declara que el hecho no ha ocurrido, ni que hubiera sido lícito, ni modifica la pena que tiene asignada, ni altera los efectos no penales consecuencia de los hechos. No existiendo derechos específicamente adquiridos, el Estado por medio de otra ley, puede dejar sin efecto su renuncia anterior y reasumir su derecho a investigar, juzgar y sancionar”¹¹⁸. Sin embargo, el jurista no hace mención a las limitaciones del instituto, y podrían resultar contradictorias con lo planteado en su obra por el autor, a propósito fundamentos internacionales del derecho penal que “Andrés Bello no ponía en duda”¹¹⁹, todas estas disposiciones son “normas de validez universal, que no pueden ser desconocidas, ni por los tratados internacionales, ni por los ordenamientos jurídicos internos, es lo que actualmente se llama *ius cogens*”¹²⁰, lo anterior puede vincularse al debate en torno al art. 5º, por la incorporación expresa de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución Chilena (que entre otros garantizan el derecho a la vida y la exigencia de castigo a los crímenes internacionales), concluyendo que las limitaciones al ejercicio de la soberanía, “deben considerarse como las bases del sistema penal nacional”¹²¹. Estos instrumentos deben tomarse en cuenta en cualquier interpretación que se haga del derecho penal positivo interno, que no puede entrar en contradicción con ellos”¹²².

Ahora bien, como consecuencia de una eventual derogación o el debate sobre la *irretroactividad* corresponde referirse a la contra excepción, de ésta última, que esta dada por la *ultractividad de la ley penal*. Así la ley penal vigente al momento de la comisión del delito deriva en ultractiva si a pesar de haber cesado en su vigencia, o haber sido formalmente derogada en su totalidad, mantiene su aplicación en el tiempo. El primer caso es el de las leyes temporales, situación respecto a la cual la doctrina mayoritaria estima que debe seguir aplicándose la ley temporal, aunque sea más gravosa para el procesado que las disposiciones permanentes, lo que constituye una excepción al principio de

¹¹⁸ Etcheberry, ob. cit., p. 250.

¹¹⁹ Etcheberry, ob. cit. p. 72.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Etcheberry, ob. cit. p. 75.

¹²² Zaffaroni, Eugenio “*Manual de Derecho Penal*”, p. 30, 9ª reimpression, Ediar, 1999.

retroactividad de la ley más benigna. En cambio no constituye excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal que continua rigiendo materialmente¹²³.

No obstante lo anteriormente planteado, declarar la nulidad de derecho público por inconstitucional del decreto ley 2.191 de 1978, no puede llevar a una mal intencionada discusión acerca del tema de los efectos de la ley penal en el tiempo y la temporalidad de las leyes penales, es decir, cual ley penal será aplicable en el caso concreto, por la simple razón de que en el proyecto de ley comentado, no se plantea una derogación formal, sino de *nulidad de derecho público* por el vicio contenido en esta apariencia de ley, lo cual trae como natural consecuencia, retrotraerse al momento anterior de la dictación del acto ilegal e inconstitucional, es decir, considerar que el acto ilegal e inconstitucional nunca existió.

1.1.2 Interpretación auténtica.

La alternativa mas utilizada es la de la dictación de una ley interpretativa, la que recoge lo que por definición es un sistema de interpretación de la ley “es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo”¹²⁴. Como lo explican los profesores Alessandri y Somarriva, “llámense explicativas o interpretativas las normas que fijan el sentido, extensión o contenido de las palabras o conceptos que se encuentran en otras normas, o sirven de regla para su interpretación o la de los actos jurídicos”¹²⁵. El concepto de ley interpretativa se opone al de ley derogatoria o modificatoria. La doctrina expresa que “la ley interpretada y la ley interpretativa se muestran como dos **leyes coexistentes en torno al mismo objeto**; de aquí se desprende que pueden coexistir en la medida que no se encuentren, entre sí, en antinomia”¹²⁶.

¹²³ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, “*Texto y comentario del Código Penal Chileno*”, p. 267-268, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

¹²⁴ Squella, Agustín, “*Introducción al derecho*”, pág. 397, Editorial Jurídica de Chile, tercera reimpresión de la 1ª edición, 2003.

¹²⁵ Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, “*Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho*”, pág. 16, Redactada, ampliada y puesta al día por Antonio Vodanovic, Cuarta edición, Editorial Nacimiento, 1971.

¹²⁶ Ducci, Carlos, “*Interpretación jurídica*”, pág. 46, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

El efecto de la ley interpretativa, es que se entiende incorporada a la ley interpretada, según lo establece el inciso segundo del art. 9 del Código Civil¹²⁷, lo que ha llevado a algunos a sostener que atribuir a la ley interpretativa del art. 93 del Código Penal, un efecto retroactivo, “en la parte más gravosa para el autor”, es inaceptable en atención a la vigencia del principio *nulla poena* (que prohíbe una aplicación retroactiva de la ley).

Como explica el profesor Cury, “este punto de vista es desacertado. Si la ley es en realidad interpretativa –o sea, si efectivamente no hace más que fijar el sentido de ella dentro de los marcos conceptuales preestablecidos- y si, además, la decisión respecto a esa calidad pertenece a los tribunales, no se divisa la forma en que su aplicación retroactiva, vulneraría el principio de reserva, puesto que la interpretación efectuada por la ley *también hubiese podido ser realizada lícitamente por el juez* aunque aquella no se hubiere dictado”¹²⁸. Al respecto hay que destacar que ya nuestros tribunales de justicia tanto inferiores como superiores han dictado sentencias interpretando para el caso concreto el sentido que ha de tener las menciones a la amnistía y la prescripción establecidas en el artículo 93 del Código penal, en cuanto ha de entenderse que no se aplican a los delitos contra la Humanidad. Luego, tiene razón Bustos, al señalar que “es la hora que el poder legislativo establezca de modo general la correcta interpretación de estos términos, conforme a lo ya señalado por los tribunales”¹²⁹.

1.1.2.1 Los proyectos legislativos de 1990 a 2009.

El proyecto de ley (boletín) tiene dispone que no se podrán aplicar las normas sobre amnistía o prescripción cuando según las reglas del derecho internacional ¹³⁰se refiera a hechos que configuren delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad o de guerra. De esta manera se entienden comprendidos los tratados ratificados por Chile que se encuentran vigentes, así como las reglas en tratados o convenciones que englobe las

¹²⁷ “Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

¹²⁸ Cury, Enrique, “*Derecho Penal*” *Parte General*, pág. 193, 8ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. En igual sentido, Garrido Montt, t. I, pág. 95, Novoa, *Curso...*, t. I, pág. 135, Soler, t. I, pág. 136.

¹²⁹ Cfr. Bustos, Juan, Aldunate, Enrique, “*Inadmisibilidad de autamnistías en el derecho penal*”, pág. 18, en *Revista Gaceta Jurídica*, núm. 326, pág. 7-23, Agosto, 2007.

¹³⁰ Cfr. Informe, cit., pág. 11 y siguientes.

obligaciones internacionales del Estado Chileno (por ejemplo; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto de San José de Costa Rica), asimismo comprende los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (*ius cogens*), tal como se desprende del fallo de la CIDH, y que no admita dudas de su carácter interpretativo. Por otro lado la norma interpretativa dispone la inaplicabilidad de la denominada *prescripción gradual de la pena o media prescripción* establecida en el art. 103 del Código Penal, atendido que por una parte existe una obligación de entender esta clase de delitos sobre la noción de imprescriptibilidad, por otro lado, las garantías (prescripción) son establecidas a favor del ciudadano frente al Estado, por lo que el Estado no puede ocupar en su propio beneficio estas garantías, cuando se trata de sancionar crímenes perpetrados por sus agentes o particulares que actúan a nombre de éste, pues significaría una ampliación de sus actuaciones arbitrarias (delictivas), lo que es contrario al Estado de Derecho y el Derecho Internacional.

1.1.2.1 Refutación a la tesis de A. Van Wezeel.

El Decreto Ley N°2.191, **no es amnistía**. Se trata de una **autoamnistía o amnistía al revés**, las que **tienen sólo la forma pero no su contenido jurídico**. Disposiciones como estas no son fruto de un acto de indulgencia, que enaltece a quien lo cumple, ni procuran llevar sosiego a la comunidad, sino por el contrario constituyen una burda vulneración del principio de *igualdad ante la ley* y marca deshonrosa de regímenes tiránicos como el vivido en Chile (RIVACOBA, “*Orden Político y orden penal*”, p. 210, en Rev. Chilena de Derecho, vol. 22, N°2, mayo-agosto, 1995). Sobre esta norma, se ha sostenido que “carece de legitimidad desde el punto de vista del derecho interno y del derecho internacional” (MERA, “*El decreto ley de amnistía de 1978, y la exigencia de la justicia por la violación de los Derechos Humanos*”, en Rev. de Ciencias Penales, 5ª época, 1990-1993, t. XL). Puede afirmarse, además, es ilícito y tiene carácter delictivo pues se trata de una hipótesis que configura una **tentativa de encubrimiento**, pues aparece dictado por los mismos autores de los hechos que pretenden resultar beneficiados (los “legisladores de facto” dictan una sentencia absolutoria, invadiendo atribuciones del poder judicial). De tal suerte que adolece de **nulidad de derecho público** conforme al art. 7 de la Constitución Política.

En este contexto, se ha planteado que por vía de una ley interpretativa, se puede otorgar la primacía a las normas de derecho internacional, en materia de extinción de responsabilidad penal regulada

en el art. 93 del Código Penal, la que deberá entenderse que no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de *ius cogens*, en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Lo anterior, **jamás puede considerarse una ley modificatoria**, pues sólo se limita a fijar un sentido en concordancia de la norma que emana del art. 5 de la Constitución y como se desprende de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (ratificado por Chile en 1972), después de regular los principios básicos de la jurisdicción penal interna (*nullum crimen nulla poena sine lege*, Art. 15.1), agrega: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**". Esto último aclara cualquier dilema con una supuesta irretroactividad.

Sobre el particular, el prof. Van Weezel ha sostenido la "inadmisibilidad de leyes interpretativas *in malam partem* en derecho penal", atendido que se trataría de una ley modificatoria, a la que le resultaría aplicable el *principio de favorabilidad*, por lo que no sería aplicable de acuerdo al art. 18, cuestión que no tiene sustento material ni jurídico:

- a) El razonamiento, se basa en el sofisma que la ley es la ley, por lo que no admite cuestionamiento la naturaleza ilícita del decreto ley de amnistía;
- b) Supone además, contra la tendencia dominante, que la ley interpretativa sería una ley modificatoria, lo que contradice la doctrina tradicional (Alessandri, Somarriva) que sostiene que se limita a fijar un sentido determinado, y no surte efectos sobre sentencias intermedias.
- c) La prohibición de retroactividad, no tiene nada que hacer en esta materia, atendido que ya desde 1972 Chile ratificaba el pacto de derechos civiles y políticos que dispone que las garantías penales no se oponen al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**.

Según el *principio de favorabilidad*, debe aplicarse una ley que no estaba vigente al momento de la comisión del delito, si ésta es más favorable al procesado y ha sido promulgada antes de dictarse la sentencia de término, ¿puede considerarse la autoamnistía una ley mas favorable al

afectado?, sobre el particular nos inclinamos por la negativa, al no cumplir la citada disposición los presupuestos de validez de una norma de esa índole. Por otro lado se ha sostenido una infracción de la *prohibición de irretroactividad* en la aplicación de tratados internacionales posteriores al acaecimiento de los hechos, cuestión discutible en razón a que se trataría de una ratificación convencional de hechos delictivos en el ámbito interno, y que en varias ocasiones los usurpadores del poder dilataron su publicación, “tan pronunciado retardo se basó en la intención de mantener la vigencia y aplicación de normas legales claramente incompatibles con dichos pactos. Al amparo de ese obstáculo, generado por el propio régimen, los tribunales se excusaron de acoger acciones, recursos y reclamaciones sólidamente fundados en la vulneración manifiesta de reglas que, siendo obligatorias para Chile en el campo internacional, se violaban impunemente en la esfera interior” (SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. IV, p. 118).

El Estado y sus agentes no pueden alegar en su favor la *irretroactividad de la ley penal*, ya que esta “es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de éste, y si el Estado no puede invocar esta garantía tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares” (BUSTOS, “*El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 428). Esta tesis sobre “*leyes interpretativas in malam partem*”, se suma a otras de las estrategias de impunidad, como lo intento sin éxito la “tesis” de la *amnistía impropia, la ley de empalme*, o en su tiempo la *cooperación eficaz para la rebaja de penas*.

1.1.3 Nulidad.

1.1.3.1 La nulidad de derecho público.

De conformidad con la constitución la *nulidad de derecho público* es la máxima sanción contra los actos que contravienen la Constitución y suponen un uso de atribuciones excediendo el marco de la legalidad. Históricamente ha sido recogida en las cartas políticas de 1833, 1925 entre otras. En la jurisprudencia es posible encontrar pronunciamientos que sostienen “La *nulidad de derecho publico*, se produce de pleno derecho y no puede sanearse de manera alguna, ni siquiera por prescripción, siendo inaplicable en este ámbito la normativa de derecho privado”¹³¹. En este

¹³¹ Cfr. Sentencia Corte Apelaciones de Santiago, en Gaceta Jurídica, N° 278 p. 78 y ss.,

mismo sentido otro fallo ha indicado “Que la noción más elemental de Estado de derecho supone, necesaria e imprescindible, la sujeción de los órganos públicos al derecho, el que asume el carácter de razonada delimitación de sus atribuciones, de modo que aquellos sólo puedan, y además, exclusivamente deban, hacer lo que la ley les manda, de conformidad con la Constitución, en función de los fines del servicio público, del objeto de los actos de la administración y de la capacidad de sus agentes, siempre con irrestricto respeto a las garantías de las personas”. (considerando 53, p. 89).

1.1.3.2 Plausibilidad de declarar la nulidad por vía legislativa.

El prof. Van Wezeel, en un artículo publicado en la Revista Gaceta Jurídica, peca de superfluo, al señalar que “la Constitución Política de la República no confiere al Poder Legislativo la facultad de anular leyes”¹³², bien sabido es que de conformidad con la constitución la *nulidad de derecho público* es la máxima sanción contra los actos que contravienen la Constitución y suponen un uso de atribuciones excediendo el marco de la legalidad. Históricamente ha sido recogida en las cartas políticas de 1833, 1925 entre otras, como vimos el propio gobierno de facto violó la Constitución de 1925, ni siquiera respeto las propias “reglas” que dictó¹³³, invadiendo las competencias del Poder judicial al dictar una sentencia absolutoria por la vía del remedo de amnistía de 1978. No es efectivo que la Constitución no lo autorice, olvida acaso lo dispuesto en el numeral 20 del art. 63 que señala como materias de ley “*Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*”, que claramente debe ser entendida como una facultad expresa conferida al Poder legislativo, en este caso, para cumplir con el mandato que emana del art. 7 de la carta fundamental.

El tema de la declaración de la nulidad de derecho público por vía legislativa, si bien puede complicar algunos modos de pensar, cuenta con opiniones autorizadas, al decir del profesor Soto Kloss, quién señala “como se advierte, es la propia Constitución la que dispone la nulidad del acto que la vulnera, viola o contraviene (“es nulo”); **no reenvía al juez** para que sea éste el que la declare, como ocurre en la legislación civil (arts. 1683 y 1684 del Código Civil), y en que el acto es válido hasta que el juez lo declare nulo. Por el contrario, su artículo 7° declara él mismo la nulidad de este acto (de órgano estatal), y es nulo desde el mismo instante en que se

¹³² Gaceta Jurídica N°323, p. 21, Mayo 2007.

¹³³ Pueden mencionarse los art.s 3 y 4 del D.L. 527 de 1974, el D.L 788 de 1974, y el “sui generis”, D. L 991 de 1975.

incurrió en el vicio de inconstitucionalidad, al vulnerar la Constitución”¹³⁴. Luego sostiene “es la propia Constitución la que declara nulo todo acto dictado en su contravención y nulo significa que [no es]”¹³⁵.

1.1.3.3 Un especial caso de la ley N° 25.779 de 3 de septiembre de 2003, que declaro la nulidad insanable las leyes de *punto final* y *obediencia debida* en la República Argentina.

En el derecho comparado, uno de los casos más significativos sobre nulidad declarada legislativamente, es el de la República Argentina, especialmente con la dictación de las leyes N°23.040, de 29 de diciembre de 1983 que derogó (por unanimidad)¹³⁶ la ley de *auto amnistía* Argentina N°22.924; así como también, recientemente la ley N°25.779 de 3 de septiembre de 2003, que declaro la nulidad insanable las leyes de *punto final* y *obediencia debida*, a su turno refrendada por la Corte Suprema de la Nación Argentina quien ha hecho aplicación de la referida ley en diversos fallos¹³⁷.

Asimismo, puede mencionarse en Alemania, la “**anulación** de las leyes y ordenanzas para la protección del Estado y del partido *nacionalsocialista*, que se dictaron en el mes de febrero de 1933, el 4 de abril del mismo año, y el 30 de

¹³⁴ Cfr. por todos Soto Kloss, Eduardo, “*La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el Derecho Chileno*”, p. 56 y ss., Revista Ius Publicum, N°4, 2000, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Cfr. Maier, ob. cit., p. 683.

¹³⁷ Con fecha 15 de junio de 2005, fue aprobada la inconstitucionalidad por siete de los nueve jueces de la Cortes -Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti, Eugenio Zaffaroni, Elena Highton, Carmen Argibay y Antonio Boggiano; Carlos Fayt se opuso y Augusto Belluscio se abstuvo-. Cinco magistrados aprobaron la validez de la ley 25.779 de 2003, resolviendo la sentencia: “*Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 (punto final) y 23.521 (obediencia debida) y a cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por temas de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación*”.

“*A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas.*”

diciembre de 1934¹³⁸, la misma suerte siguió el decreto criminal de 7 de diciembre de 1941, conocido como *Nacht und Nebel*, dictado para la eliminación física de los oponentes políticos sin dejar testimonio de los hechos y circunstancias¹³⁹.

1.2 Las denominadas leyes de amnistía son nulas si contraviene el orden internacional y constitucional de los Derechos Humanos.

1.2.1 Derecho

1.2.1 Fundamentos Internacionales en contra las autoamnistías

El *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*, después de regular los principios básicos de la jurisdicción penal interna (*nullum crimen nulla poena sine lege*, Art. 15.1), agrega: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**" (el destacado es mío).

En cuanto al Tribunal competente, el Art. 53 N° 3 de nuestro Código Orgánico de Tribunales confiere competencia al Presidente de la Corte Suprema para conocer en primera instancia, "*de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional*", entregando la segunda instancia a una sala. Esta disposición -al decir del profesor Matus-, no hace más que darle contenido orgánico a un principio que el propio Andrés Bello sentara hace más de siglo y medio, esto es, "*que en una nación i en una época dadas el derecho de jentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda*"¹⁴⁰. Sin perjuicio de lo anterior, es

¹³⁸ Jiménez De Asúa, Luis, "*Tratado de derecho penal*", t. I, p. 317.

¹³⁹ La denominación (NN), que sería una alusión a un pasaje de la obra de Wagner, es aterradora considerando que los jerarcas, refiriéndose a las "bondades de la norma" se ufanaban que esta *permitía la desaparición de los acusados sin dejar rastro* y que *ninguna información podía ser difundida acerca de su paradero o destino*. La "normativa" expresamente señalaba que la intimidación efectiva y duradera solo se logra a través de la pena de muerte o por medidas que mantengan a los familiares y a la población en la incertidumbre sobre la suerte del reo, por la misma razón, no debía proceder a la entrega del cuerpo para su entierro, pues, sólo a través de la diseminación del terror toda disposición de resistencia entre el pueblo, sería eliminada.

¹⁴⁰ Cfr., por todos, Matus, Jean Pierre, "*El Informe Valech...*", quién considera muy significativo este pasaje de Andrés Bello, sobre el cual el redactor del Código Civil chileno vuelve más adelante, al punto de considerar "las sentencias de los juzgados de presas" (norteamericanos e ingleses) como fuentes para "explorar e ilustrar las reglas del derecho

importante considerar que nuestro texto constitucional “no contiene norma explícita sobre los principios imperativos del derecho internacional (*ius cogens*), como asimismo sobre las normas de derecho consuetudinario internacional, dejando su consideración a la discrecionalidad de los diversos tribunales, los cuales a menudo adoptan decisiones jurisdiccionales ambiguas y muchas veces contradictorias, generando una completa inseguridad jurídica sobre su valor y aplicabilidad en el derecho interno”¹⁴¹, siendo necesario *de lege ferenda* una norma específica que dote de armonía a las obligaciones del Estado chileno a partir de la ratificación de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (art. 53 y 64)¹⁴². Este debate no es ajeno a nuestra jurisprudencia, a propósito de la solicitud de extradición de del *SS obersturmbannführer*, Walther Rauff (creador de los camiones de la muerte y autor confeso de 97 mil asesinatos), quién, en 1963 se vio enfrentado a una solicitud de la República Federal Alemana, la que nuestro máximo Tribunal abordó de “manera rutinaria”. Chile, debía decidir a falta de tratado de extradición con Alemania entre los principios generales del Derecho Internacional o *ius cogens*, (en particular la doctrina del carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad) o la prescripción del delito de homicidio calificado (art. 391 C. Penal). La petición de extradición fue defendida brillantemente en estrados por el profesor Novoa Monreal¹⁴³, la cuál fue acogida en primera instancia¹⁴⁴ por el Presidente del máximo Tribunal, don Rafael Fontecilla, un eminente especialista. Luego conociendo la apelación de la defensa, la Corte Suprema estableció que a falta de existencia del tipo penal genocidio este debía asimilarse al homicidio calificado, el cuál prescribe en 15 años de acuerdo con nuestra legislación, tiempo que a la fecha de la solicitud había transcurrido, de modo que

internacional” en su obra “El Derecho Internacional”. En: Obras Completas, Vol. X. Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1886, p. 21.

¹⁴¹ Nogueira, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005, en materia de tratados internacionales”, en obra colectiva “La constitución reformada de 2005”, p. 397, Librotecnia, 2005.

¹⁴² En igual sentido, Silva Bascuñan, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, t. IV, p. 119 y ss., 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997, y Medina, Cecilia: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en “Selección de tratados internacionales y recomendaciones de organismos Internacionales”, Humanas, 2006. Quien aproxima una respuesta a la falta de norma explícita sobre los principios generales del derecho internacional, a partir de una norma que se remita, o el criterio a seguir en caso de contradicción.

¹⁴³ Un especial tratamiento del caso, Novoa Monreal, Eduardo, “Grandes procesos. Mis alegatos”, p. 61 y ss.; también en Politoff, Sergio, “Derecho Penal”, cit. (1997) p. 111; (2001), p.88.

¹⁴⁴ Véase con detalle las sentencias de primera y segunda instancia publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), Tomo LX, N°4, segunda parte, sección cuarta, p.112-193.

revocando el fallo en alzada, dejo en libertad al líder del *Grupo IID* de las temidas SS.

1.3.2 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Previo al análisis de la jurisprudencia, la impugnación del Decreto Ley 2.191, ha sido objeto de unos de los mecanismos previos que preve el sistema interamericano, es así, que en opiniones consultaivas ha sostenido que estas normas son inaplicables porque resultan contrarias a los principios más elementales del derecho internacional penal. Sobre este punto la CoIDH, ha señalado de manera irrefutable que “La Comisión considera que sería absurdo pretender que el usurpador y sus seguidores pudieran invocar los principios del Derecho Constitucional, que ellos violaron, para obtener los beneficios de la seguridad que sólo es justificable y merecida para quienes se ajustan rigurosamente a ese orden. Lo actuado por el usurpador no puede tener validez ni es legítimo en sí mismo ni en beneficio de los funcionarios ilegales o de facto. Porque si quienes colaboran con dichos gobiernos tienen asegurada la impunidad de su conducta, obtenida bajo régimen usurpador e ilegítimo, no habría diferencia entre lo legal y lo ilegal, entre lo constitucional e inconstitucional, y entre lo democrático y lo autoritario”¹⁴⁵.

En general sobre la materia llama la atención, en nuestro país, las escasas reflexiones sobre los pronunciamientos de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), que en otras oportunidades a propósito otros delitos, en contextos similares, ha señalado¹⁴⁶ que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la convención. El **ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado**, por su parte la CoIDH, recordó que en otra ocasión había puntualizado que “la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de **esferas individuales que el**

¹⁴⁵ Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIHD), N° 36/96, caso 10.843 de 15.10.1996.

¹⁴⁶ cfr. sentencia del caso *Velásquez Rodríguez* del 29 de julio de 1988, párrafo 165, serie C N° 4.

Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"¹⁴⁷.

Se ha dicho por la CIDH, que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad"¹⁴⁸. Que este criterio ha sido sostenido por la CIDH, al manifestar "Esta Corte considera que **son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas**, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...**las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables**, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú..."¹⁴⁹.

Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado chileno ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte

¹⁴⁷ La expresión "leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párrafo 21), aspectos que también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia *Castillo Petruzzi* del 30 de mayo de 1999, serie C N° 52.

¹⁴⁸ cfr. Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso *Godinez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso *Blake*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁴⁹ cfr. CIDH, caso "*Barrios Altos*", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie c N° 75.

imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención¹⁵⁰. A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, **lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención**. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional¹⁵¹.

Más directo es el fallo de la Corte Interamericana en el *Caso Almonacid Arellano y otros*, pues afecta directamente la responsabilidad del Estado Chileno. Como bien lo ha expresado la CIDH, “leyes de auto amnistía con las características descritas [...] conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado”¹⁵². En consecuencia, dada su naturaleza, **el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos** y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile¹⁵³.

En su considerando número 146, la CIDH ha establecido que “el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario

¹⁵⁰ cfr. CIDH, caso “*Velázquez Rodríguez*”, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4.

¹⁵¹ conf. CIDH, caso “*Barrios Altos*”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso “*Trujillo Oroza vs. Bolivia*” -Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso “*Benavides Cevallos*”- cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°.

¹⁵² Cfr. *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

¹⁵³ Cfr. *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 44.

Gómez Olivares y los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez. Esta violación se produjo por dos causas:

- i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y
- ii) por la aplicación del Decreto Ley No. 2.191. La primera violación fue producto de la resolución de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 1996 (*supra* párr. 82.17), mientras que la segunda fue consecuencia de las sentencias de 28 de enero de 1997 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (*supra* párr. 82.20) y de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial (*supra* párr. 82.21”).

En cuanto a los **efectos del fallo**, especial consideración en este punto merecen los considerandos 151 a 154 que se citan íntegramente a continuación, y que aclaran una serie de temas controvertidos en Tribunales durante los últimos años:

151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. **Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191**, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145¹⁵⁴. Pero además, **el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem**, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

152. En efecto, **por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible**. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹⁵⁵ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, **esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General** (*ius cogens*),

¹⁵⁴ el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.

¹⁵⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia¹⁵⁶. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”¹⁵⁷. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

1.3.3 Otros sistemas de protección.

1.4 La denominada *cosa juzgada*. Un falso dilema.

Como explica BACIGALUPO, “se plantea, en los casos de las dictaduras que generan estos problemas, la cuestión de las llamadas [*leyes de punto final*]. Los dictadores son conscientes de que, abandonado el poder, corren el riesgo de la persecución penal; para eludirlas se autoamnistían¹⁵⁸, luego, a propósito del debate sobre jurisdicción universal (*Caso Pinochet*), se discute si la ley Española debe aceptar o no cualquier indulto o amnistía, la que a juicio del

¹⁵⁶ Cfr. O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9.

¹⁵⁷ Cfr. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

¹⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique: “*Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas a los Derechos Humanos*”, p. 96, en *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2005. En igual sentido, supra, RIVACOBÁ, Manuel, en “*Violencia y Justicia*”, nota 21.

autor es negativa y “surge de los principios modernos del derecho penal internacional. Tanto el art. 9 del Tribunal para la ex Yugoslavia, como el art. 10 del Tribunal para Ruanda o el art. 23 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, establecen que los juicios realizados en *fraude a la ley* para garantizar impunidad carecen de valor legal y no excluyen un nuevo juicio. En consecuencia, si el fraude a la ley elimina el valor jurídico del acto, parece claro que una amnistía o un indulto de los propios dictadores, carente, por lo tanto de legitimidad democrática, no son válidos fuera del Estado en que han sido dictados”¹⁵⁹, desde el punto de vista interno, “tampoco debería operar la amnistía o el indulto ya que se trataría de actos del Estado en su propio beneficio, es decir, una nueva arbitrariedad”¹⁶⁰.

Corroborar la crítica al planteamiento, la absurda regulación propuesta por el decreto de facto, que bajo esta fórmula genérica, la jurisprudencia se hizo cargo de su procedencia en numerosos casos de delitos de ordinaria ocurrencia, tales como infracciones de tráfico vehicular, giros fraudulentos de cheques, delitos tributarios reiterados¹⁶¹, entre otros. Cabe interrogarse si esta clase de delitos son coherentes con los presupuestos o las motivaciones de la mal llamada, ley de amnistía, conforme a los supuestos que sirvieron de base a su dictación; “*la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional*”, ¿de qué manera esos delitos podían generar conmoción interna?. Lo anterior ratifica la idea de los usurpadores de dotar a tamaña ilegalidad de respaldo ciudadano, amnistiando un gran número de hechos delictivos comunes cometidos en el período que abarca, y a pesar de expresamente excluir algunos delitos, fue un precio bastante bajo, con tal de mantener la impunidad en aquellos crímenes realizados por los jefes, sus agentes y sicarios. En este punto cobran vigor los reparos políticos criminales efectuados a este tipo de disposiciones, “en primer término, el de la impunidad que busca y asegura para los autores, no de algunas infracciones aisladas, sino de una serie incontable de delitos gravísimos, de la más variada especie, perpetrados todos dentro de un conjunto o

¹⁵⁹ Ídem., p. 97.

¹⁶⁰ BUSTOS, Juan: “*El delito de desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 429, en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004.

¹⁶¹ ETCHEBERRY, Alfredo, “*El derecho penal en la jurisprudencia*”, (sentencias 1967-1982), Tomo IV, p. 250 y ss., Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2ª edición, 2002.

sistema planificado de criminalidad y sadismo por funcionarios públicos, prevaliéndose precisamente de su carácter público...”¹⁶².

Evidentemente, dada la naturaleza de la norma que se pretende anular, las sentencias dictadas conforme a ellas, adolecen de *cosa juzgada fraudulenta*, y será necesario distinguir aquellos delitos que no constituyan crímenes de lesa humanidad, los cuales sin duda se encuentran prescritos, en cambio, diversa es la suerte para los crímenes que motivaron el acto de poder para beneficio propio, pues, no existe ningún obstáculo para su juzgamiento, ya que en esta clase de delitos el instituto no cumple función limitadora alguna de acuerdo a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Chileno, con bastante antelación. Nuestro sistema procesal acepta esta conclusión, por algo existe, en el ámbito penal -aunque restringido al condenado-, el denominado recurso de revisión, precisamente destinado a revisar *sentencias firmes*, dictadas en algunas de las graves hipótesis descritas en el art. 657 del viejo Código de Procedimiento Penal, y más recientemente bajo la denominación de *solicitud de revisión de sentencias firmes* que se regula a partir del art. 473 del Código Procesal Penal en que se ha incluido como causal la sentencia condenatoria dictada a consecuencia de *prevaricación* o cohecho del juez.

En el contexto político de la transición post dictadura, se planteo de manera frecuente la idea que aquellos casos de delitos cometidos en el período 1973-1978, que por la fecha de comisión su entendía aplicable el Decreto Ley N°2.191, resultaba imposible una futura revisión sobre el argumento de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia que declaraba el sobreseimiento por aplicación de la mal llamada ley de amnistía. Sobre este punto el prof. Nogueira señala que “En una primera etapa, luego de la recuperación del gobierno democrático, desde marzo de 1990 hasta septiembre de 1998, los tribunales superiores y la Corte Suprema de Justicia aplicaron el D.L. de Amnistía 2.191 de 1978, tan pronto como se advirtiera que los hechos investigados revistieran el carácter de delitos. Dichos tribunales consideraron la amnistía como una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal, produciendo sus efectos de pleno derecho, procediéndose a declararla en conformidad con lo preceptuado en los artículos 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que se aplicara lo dispuesto en el artículo 413 del mismo Código que exige decretar el sobreseimiento definitivo cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente”¹⁶³.

¹⁶² RIVACOBBA, Manuel: “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, p. 533, en *Doctrina Penal*, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, No 39, Julio Septiembre 1987.

¹⁶³ Nogueira, Humberto,

El derecho tradicional¹⁶⁴ sitúa el instituto de la cosa juzgada en los orígenes de los procedimientos civiles de naturaleza quiritaria como la irreversibilidad en cualquier otra causa posterior de las sentencias judiciales (inmutabilidad de las sentencias). Es decir, la consolidación de ciertas resoluciones judiciales luego de precluidos los medios de impugnación, lo que sitúa su fundamento en razones de certeza jurídica.

El anteproyecto de código procesal civil no se aparta de esta tradición tal como se desprende del artículo 17:

Art. 17º.- Cosa juzgada. Las sentencias definitivas e interlocutorias, una vez precluidos los recursos en su contra producen cosa juzgada, poniendo término al juicio e impiden en la forma prevista en la ley que se inicie un nuevo proceso para resolver el mismo asunto.

Empero, la doctrina comparada ha reformulado los conceptos tradicionales como se observa en la tesis sustentadas en España por el prof. Nieva Fenoll

1.4.1 La cosa juzgada en materia penal.

1.4.2 La cosa juzgada y sus presupuestos sustantivos.

1.4.3 Cosa juzgada y prevaricación.

“La prevaricación corre de cuenta del sistema judicial y será más insolente mientras menos democrática sea su estructura”.

(Federico Engels)

Hace un buen tiempo, se ha planteado una crítica a la actuación del Poder Judicial en el período dictatorial, como un modelo puesto al servicio del poder de turno, sobre la base que fue el único órgano de los poderes del Estado que no suspendió sus funciones, esto se demuestra por el mérito de

¹⁶⁴ Sobre este punto seguimos el criterio planteado por nuestro recordado maestro prof. Novoa Monreal, para el cual

sus propias sentencias como se desprende del rechazo de las acciones de amparo interpuestas entre otros diversos ejemplos¹⁶⁵.

1.4.4 La denominada cosa juzgada substancial provisional.

1.5 La revisión en el Código Procesal Penal.

1.4.1 ¿Recurso o solicitud?

1.4.2 El esquema en los modelos procesales, desde 1906.

1.4.3 Efectos de la revisión en materia penal.

1.6 Refutación de una posible argumentación contraria.

1.5.1 La “singular” tesis de Daniel R. Pastor.

1.5.2 La tesis de Silva Sánchez sobre “la lucha contra la impunidad” y de Piña sobre la “justicia a toda costa”.

el profesor Piña Rochefort, manifiesta que la no aplicación del Decreto Ley N° 2.191 de 1978, implica “la negación de una serie de principios que operan como garantía para los ciudadanos”, se interroga además, si “puede la necesidad de alcanzar justicia soslayar esas reglas que se ha impuesto el Estado para otorgar certeza a sus *súbditos* (lo cursivo es mío)”, deduciendo que los razonamientos que pretenden alcanzar la “justicia a toda costa, no son razonamientos jurídicos”, y agrega, “configurarían un modelo propio de un derecho penal del enemigo”¹⁶⁶.

1.6.3 La tesis ortodoxa de F. Grisolia.

Se ha sostenido, aisladamente por el destacado profesor, que la no aplicación de la ley de amnistía, configura una confusión entre justicia y

¹⁶⁵ cfr. Politoff, Sergio, “*Justicia y Fascismo*”, págs. 3-9 en Revista Araucaria de Chile, N°3, 1978.

¹⁶⁶ Piña Rochefort, Juan, “*A propósito de la ley de amnistía*”, en columna de opinión del diario “El Mercurio”, cuerpo A p.2, jueves 20 de abril de 2006.

validez,¹⁶⁷ “su confusión conduce a un modelo de tipo sustancialista o autoritario que diluye los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad...”¹⁶⁸, la propia estructura del razonamiento en el entendido de un formalismo extremo como lo expresa Grisolía y equivoca el razonamiento al limitarse a reconocer que la ley de amnistía es válida por el sólo hecho de ser resultado de la mera formalidad de los usurpadores del poder, cuestión que ya había sido planteada por el gran maestro Español, prof. Jiménez de Asúa, al criticar los postulados excesivamente formalistas de la teoría de KELSEN, “que al concebir el derecho desprovisto de fin, igual sirve al déspota que al demócrata”¹⁶⁹, a esto se suma que para sus sostenedores el período entre 1973 y 1990, no representa una interrupción de la normalidad constitucional, bajo el criterio de *continuidad*. Como muy bien señala HANS WELZEL “Un orden social es derecho sólo cuando antes que realizar la manifestación de una determinada posición de poder, mas bien encierra la tentativa de realizar lo correcto y justo socialmente de acuerdo a los presupuestos y condiciones de su tiempo. Sólo así el orden social obligará a la persona no con la fuerza, sino con la pretensión de obligarlo en su conciencia”¹⁷⁰.

Las tesis ortodoxas de Grisolía y Piña Rochefort, nos lleva indefectiblemente al debate sobre “ilicitud legal” o “injusto legal”, ya planteado por Radbruch en 1946, pues “el positivismo con su convicción de que la *ley es la ley* dejó a los juristas alemanes indefensos frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo”, a consecuencia de aquello lo que debe resolverse es la justicia o la seguridad jurídica, pues, como lo expresaba el *ius filósofo*, “junto a la seguridad jurídica se deben considerar también otros dos valores: adecuación al bien común y la justicia”, en caso de contradicción entre la ley positiva y la justicia, si esta resulta intolerable, la ley como derecho injusto debe ceder frente al derecho, pues, “donde no existe deseo de justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada en el establecimiento mismo del derecho positivo, precisamente allí estaremos no solamente ante derecho injusto, sino ante la pérdida absoluta de la naturaleza jurídica”¹⁷¹. El planteamiento sobre la validez de la norma, no puede ser abordado con la actitud rutinaria que lo manifiestan los

¹⁶⁷ Grisolía, Francisco, “*Amnistía, verdad y justicia*”, en columna de opinión del diario “El Mercurio”, cuerpo A, p. 2, 17 de agosto de 2003. Una refutación del mismo por Hernan Montealegre en la edición de .

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis “*El criminalista*”, Tomo V, p. 234, Tipográfica Editora Argentina, 1952.

¹⁷⁰ WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiales Gerechtigkeit*, p. 251, 4ª. Edición, Vandenhoeck y Ruprecht, Gottingen 1962.

¹⁷¹ Bacigalupo, ob. cit., p. 87.

profesores chilenos, pues el debate acerca de la amnistía, es una situación límite en la cual el razonamiento “normativo puro” no logra despejar incógnitas certeramente, por el conflicto entre dos criterios políticos acerca de la vigencia de la ley, por una parte, la del Estado autoritario en que un grupo de individuos fundaba su autoridad y la de sus normas, en la fuerza de las armas y del terror, o bien, en un Estado de derecho en que las autoridades son elegidas, y la vigencia de sus leyes se funda en la Constitución. Aparentemente para los partidarios de la amnistía, la dictadura de Pinochet no representa una interrupción de la normalidad constitucional, como ya se ha visto en otras ocasiones¹⁷², bajo el criterio de *continuidad*. Lo anterior, supone entender por una parte que el fundamento de las normas se encuentra en la fuerza de los detentadores del poder, en ultimo termino, claramente “la junta militar retrocedió al estadio previo del estado de derecho [...] pero no constitutiva de estado democrático alguno”¹⁷³, y por otra sostener que su legitimidad arranca de los presupuestos constitucionales para su formación.

Tampoco recibe ayuda Grisolia, para fundamentar su anhelada validez, la sana doctrina de la Corte Suprema, en el sentido de considerar “un dispendio de actividad jurisdiccional investigar un hecho punible amnistiado”, por cuanto existiría un reconocimiento de los jueces de su vigencia, demás esta decir que el comportamiento de los Tribunales –salvo honrosas excepciones-, en el período aludido, acerca a numerosas sentencias a verdaderas hipótesis de prevaricación, cuestión una vez más que no resulta novedosa respecto de otras *situaciones similares*, pues como escribe Spindel, “es un hecho lamentable que numerosas de aquellas sentencias, de una infamia casi increíble, dictadas bajo el régimen nacional socialista, no hayan encontrado la merecida expiación y, las más de la veces, la tramitación y las vistas de las causas, en los procesos a que aquellas dieron lugar, hayan sido, una y otra vez, objeto de afanes infructuosos”¹⁷⁴.

¹⁷² Politoff, Sergio: “*La justicia al servicio de la verdad histórica*”. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”, La Haya, 1996; p. 284 y ss., en Revista Ius et Praxis, año 3 N° 2, 1997, quien señala que para un importante sector de la cultura jurídica (y, en particular de la cultura jurídico penal) en Alemania, “los doce años del Estado de Hitler no fueron considerados como una interrupción de la constitucionalidad alemana, sino que ha imperado el criterio precisamente contrario, es decir, el de la *continuidad*, desde la unificación de Alemania bajo Bismarck, en el imperio alemán, hasta la Alemania unificada de hoy”.

¹⁷³ Bustos, Juan: “*Estado de derecho y justicia criminal en Chile (1973-1979)*”, p.556 y ss., en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004, también en *Nuevo Foro Penal*, no 6, 1980, Medellín, Colombia.

¹⁷⁴ Citado por Politoff, en “*La justicia al servicio de la verdad histórica*”, p. 285.

La discusión sobre los Decretos Leyes, resulta inútil en relación a la constitucionalidad, pues su contradicción es evidente, y “por supuesto *no son leyes y no constituyen fuente legítima del derecho penal los decretos leyes*, dictados por los gobiernos de facto cuando los órganos del poder legislativo han sido impedidos de funcionar”¹⁷⁵, por su parte el profesor Cury señala que “carecen de existencia en cuanto normas, y por consiguiente sus mandatos y prohibiciones dejan de surtir efecto cuando desaparece la autoridad de facto que les otorgaba de coactividad que les da su imperio”¹⁷⁶, siendo relevante la posición que se asuma una vez que el poder usurpado ha cesado y se ha reestablecido el estado de derecho sobre el eventual reconocimiento de tales normas fácticas¹⁷⁷. Esta posición de realizar un examen de tales normas –en nuestro contexto-, era impracticable en un escenario de transición pactada, siendo la fórmula de hecho que se ha empleado al mantener esas regulaciones y “por medio de reformas y eventualmente de una interpretación que refleje los valores que inspiren el Estado democrático de derecho que ellas pierdan su connotación original”¹⁷⁸, sin embargo este planteamiento no abarca a las disposiciones **manifiestamente delictivas** del período aludido, pues como señala Bustos “la mayor parte de esta legislación muestra una abismal incongruencia entre las declaraciones sobre Estado de Derecho de la Junta Militar y aquello que se impone como *injusto o ilícito*”¹⁷⁹, como se ha señalado la política criminal de la época se basaba en los conceptos de traición y Seguridad del Estado, que presuponen “una justicia dependiente del brazo represivo absoluto del Estado, del terror, y la constitución de servicios especiales secretos de investigación y control de los disidentes, con poder decisorio superior al de la justicia dependiente, en cuanto representan directamente el terror del Estado”¹⁸⁰, de esta manera el estado de derecho se cambia por el Estado de terror.

El principio en materia de efectos de la ley penal en el tiempo es la *irretroactividad de la ley penal*, es decir, por regla general la ley penal vigente al momento de la comisión del delito determinará si una persona debe ser castigada y en tal caso cuál ha de ser la pena que deberá imponérsele (art. 18 inciso 1º del Código Penal Chileno). De esta manera la excepción a este principio esta dada por la *retroactividad benigna*. Según esta disposición, debe aplicarse una ley que no estaba vigente al momento

¹⁷⁵ Politoff, Matus, Ramírez, ob. cit., p. 95 y ss.

¹⁷⁶ Cury, Enrique: “*Derecho Penal*” *Parte General*, t. I., p. 129, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

¹⁷⁷ En igual sentido, Etcheberry, Alfredo, “*Derecho Penal*”, *Parte General*, t. I, p. 82, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

¹⁷⁸ Politoff, Matus, Ramírez, ob. cit., p. 96.

¹⁷⁹ Bustos, Juan: “*Estado de derecho y justicia criminal en Chile (1973-1979)*”, p.551.

¹⁸⁰ *ídem*, p. 556.

de la comisión del delito, si ésta es más favorable al procesado y ha sido promulgada antes de dictarse la sentencia de término, ¿puede considerarse la autoamnistía una ley mas favorable al afectado?, sobre el particular nos inclinamos por la negativa, al no cumplir la citada disposición los presupuestos de validez de una norma de esa índole. Por otro lado se ha sostenido una infracción de la *prohibición de irretroactividad* en la aplicación de tratados internacionales posteriores al acaecimiento de los hechos, cuestión discutible en razón a que se trataría de una ratificación convencional de hechos delictivos en el ámbito interno.

Desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, sostiene Kai Ambos, que “una violación de la prohibición de retroactividad es negada unánimemente, porque ésta *no* habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal *escrito* al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad de derecho penal internacional se orienta al carácter del derecho internacional como un ordenamiento jurídico dinámico. Por ello, es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios *no escritos del derecho consuetudinario*. Por lo general esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión –guerra de agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra- ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional”¹⁸¹.

Una particular situación se comprueba, en este punto a propósito de la publicación de los tratados ratificados por Chile, como lo plantea correctamente el profesor Silva Bascuñan, deben entenderse como tratados vigentes en Chile “todos aquellos ratificados por nuestro país y que mantengan ese vigor según el derecho internacional, aun cuando no se hayan cumplido respecto de ellos los trámites internos de promulgación y publicación”¹⁸², el mismo autor señala que no obstante haber sido ratificado en 1972, y promulgado por la dictadura en 1976, el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, vino a publicarse el 30 de abril de 1989, “tan pronunciado retardo se basó en la intención de mantener la vigencia y aplicación de

¹⁸¹ Ambos, Kai: “*La parte general del Derecho Penal Internacional*”. Bases para una elaboración dogmática, p. 85, traducción de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

¹⁸² Silva Bascuñan, Alejandro: “*Tratado de Derecho Constitucional*”, t. IV, p. 116, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Dispone el art. 27 de la Convención de Viena: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Como ratificado y formalizada la ratificación, un tratado es plenamente aplicable en lo externo y en lo interno, no es excusa alguna, en orden al cumplimiento de un tratado, la circunstancia de no haberse practicado las formalidades de promulgación y publicación, desde que a tales formalidades no se vincula la obligatoriedad del tratado ni puede la inobservancia de ellas, por lo tanto, dar base a que, a pretexto de no haberse efectuado, se pretenda desconocer el compromiso por él asumido (p. 115).

normas legales claramente incompatibles con dichos pactos. Al amparo de ese obstáculo, generado por el propio régimen, los tribunales se excusaron de acoger acciones, recursos y reclamaciones sólidamente fundados en la vulneración manifiesta de reglas que, siendo obligatorias para Chile en el campo internacional, se violaban impunemente en la esfera interior”¹⁸³.

Desde el punto de vista estrictamente de la responsabilidad, no sólo responden penalmente los autores y partícipes, pues, de la perspectiva internacional es el Estado quién compromete su responsabilidad en razón de su acción política, discriminatoria y atentatoria de los derechos humanos, de esta manera tiene razón el profesor BUSTOS cuando señala respecto del Estado que “no podrá alegar en su favor la no retroactividad de la ley penal, ya que esta es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de éste, y si el Estado no puede invocar esta garantía tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares”¹⁸⁴.

¹⁸³ Silva Bascañan, ob. cit., p. 118.

¹⁸⁴ Bustos Juan: “*El delito de desaparicimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 428 y ss.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. De esta manera, se puede señalar que las autoamnistías, escapan a los presupuestos materiales del instituto analizado por lo que no puede surtir efectos jurídicos, al no bastar un mero acto de poder legiferante para aceptar sin más su validez, con razón el maestro JIMENEZ DE ASÚA, al criticar los postulados excesivamente formalistas de la teoría de Kelsen, “que al concebir el derecho desprovisto de fin, igual sirve al déspota que al demócrata”¹⁸⁵, pues aparentemente para los partidarios de la amnistía la dictadura de Pinochet no representa una interrupción de la normalidad constitucional, como ya se ha visto en otras ocasiones¹⁸⁶, bajo el criterio de *continuidad*, así lo entienden aquellos que la defienden, el derecho penal indefectiblemente tiene una finalidad, de protección de bienes jurídicos o como una función limitativa del ejercicio del poder punitivo, en este contexto en que se discute si este segundo ámbito puede cumplir esta función acotante respecto del genocida.

2. El planteamiento sobre una evidente desigualdad (en el tratamiento penal de estos casos), es evidentemente falaz, pues como con razón, se ha sostenido que “la pena al genocidio no se distingue del resto del ejercicio del poder punitivo: es tanto o más selectiva que las restantes penas”¹⁸⁷, lo demuestra el hecho, que

¹⁸⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis “*El criminalista*”, Tomo V, p. 234, Tipográfica Editora Argentina, 1952.

¹⁸⁶ POLITOFF, Sergio: “*La justicia al servicio de la verdad histórica*”. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”, La Haya, 1996; p. 284 y ss., en Revista *Ius et Praxis*, año 3 N° 2, 1997, quien señala que para un importante sector de la cultura jurídica (y, en particular de la cultura jurídico penal) en Alemania, “los doce años del Estado de Hitler no fueron considerados como una interrupción de la constitucionalidad alemana, sino que ha imperado el criterio precisamente contrario, es decir, el de la *continuidad*, desde la unificación de Alemania bajo Bismarck, en el imperio alemán, hasta la Alemania unificada de hoy”.

¹⁸⁷ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., p. 197 y ss. En igual sentido JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*El criminalista*”, Tomo VII, p. 290 y ss., Editorial La Ley, 1947, a propósito de su enjundioso estudio sobre los crímenes de guerra, pues no se castiga a “todos” los culpables... “de los que ocupaban asiento de acusados, ya dijimos dos han sido absueltos. Acaso los más culpables, por haber proporcionado a Hitler los medios económicos y diplomáticos... Pero eran los más conservadores y la Iglesia y el capital tenían que salvarlos”. Similar conclusión aparece en “*Amén*”, el brillante relato cinematográfico de COSTA GAVRAS (2002).

generalmente no se extiende a todos los autores, mucho menos a los partícipes. Ante la magnitud del ilícito cometido, “el derecho penal prácticamente carece de espacio para limitar el poder punitivo e incluso la venganza privada”, la función acotante no solo se reduce al ámbito fáctico sino que también al ético, “es tan extraordinario el esfuerzo de los hechores de los crímenes para llegar a una situación concreta de vulnerabilidad, habiendo gozado de invulnerabilidad casi absoluta”¹⁸⁸. En este sentido al plantear la inaplicabilidad o la anulación de una disposición legal, no debe entenderse como una vulneración de garantías, pues por esa vía lo que se busca es el restablecimiento de la igualdad quebrantada por el acto de poder referido y refrendado durante la existencia del régimen tiránico que lo validaba. Para el avance de la justicia se requiere una real cooperación democrática con los organismos encargados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, y no presiones para instalar la impunidad de los violadores de los derechos humanos. En este punto, lo que si puede exigir el Estado democrático de derecho es que se prueben los hechos y que se respete el principio de humanidad, cuestión que se ha cumplido cabalmente en los casos aislados en que se ha hecho justicia.

3. A mayor abundamiento, no reconocer valor jurídico a disposiciones de esta naturaleza no es otra cosa que reestablecer el *principio de igualdad* quebrantada bajo estas supuestas “garantías”, que no buscan sino otra cosa privilegiar a un grupo bien determinado por las fechorías cometidas y procurar su impunidad. Quién sostenga que negar valor jurídico a disposiciones de esta calaña, alegando una supuesta infracción de las garantías sólo pretenden hacer de lo negro blanco, pues como se ha afirmado “esto es lo verdaderamente grave, lo verdaderamente demoledor, pues cuando en un régimen republicano y democrático se mira o se trata con predilección a un sector en detrimento del resto de la ciudadanía, y más, si tal sector es el militar, que posee los instrumentos de la fuerza, se está declarando que no representa ya la voluntad popular, sino que se ha entregado el miserable arbitrio de una facción, que ha abdicado el ejercicio de la soberanía y lo ha reemplazado por una actitud de mansedumbre y sumisión”¹⁸⁹.

4. En este contexto, mantener vigente un *acto de poder ilícito* en que los usurpadores del poder perdonan sus propios crímenes vulnerando el principio de legalidad y respeto a los derechos fundamentales que es la esencia del Estado de

¹⁸⁸ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., p. 197.

¹⁸⁹ RIVACOBBA, Manuel: “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, p. 535 y ss., en *Doctrina Penal, Teoría y práctica de las Ciencias Penales*, No 39, Julio Septiembre 1987;

Derecho, resulta inadmisibile. “La reflexión política después de *Auschwitz* y de *Gulag*, hacen intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de que el ser humano, su autonomía y su dignidad, no pueden ceder ante ningún proyecto social”¹⁹⁰. Los derechos humanos proclamados y consagrados en la carta de 1948, como primera prioridad, son la respuesta a la realidad de los campos de exterminio y a la desaparición forzada de personas. Estos principios deberían orientar toda interpretación en el derecho, y esta es precisamente, la contraposición a un Derecho Penal del enemigo, como erróneamente se ha planteado.

5. Es por estas razones que un aspecto fundamental, de lege ferenda, es considerar una revisión de ciertas instituciones, por ejemplo, la cosa juzgada, si bien, cabe afirmar que la cosa juzgada no posee límites temporales en la actualidad, aunque desde luego, en atención a las consideraciones anteriores no es descartable que en futuro puedan aparecer argumentos que avalen la fijación legal de esos límites temporales. En cualquier caso, el debate está abierto, aunque no haya sido realmente iniciado por la doctrina en general más que incidentalmente.”¹⁹¹

En fin, respecto de las sentencias condenatorias en materia penal, quizá la vía más sencilla para posibilitar la eficaz observancia de las decisiones de los órganos de control sería la inclusión, entre las diversas causales del recurso de revisión previsto a favor de la persona condenada, del dictado de un pronunciamiento de la Corte y/o de la Comisión que descalifiquen el proceso que hubiere dado lugar a la condena o las normas sustantivas en que se hubiere basado. En estos casos, para superar las dificultades que generaría la modificación de todos los códigos procesales penales del país sería aconsejable dictar una norma específica reglamentaria de la Convención y por tanto de naturaleza federal. Un mecanismo de revisión que tenga en cuenta la evolución previsible en esta materia no puede dejar de incluir las decisiones que se adopten en ámbitos distintos del penal, como el civil, el administrativo, el laboral, el comercial, etc.”¹⁹²

¹⁹⁰ POLITOFF, Sergio, *Sistema Jurídico y legitimación política en el estado democrático de derecho*, p.17, en *Gaceta Jurídica* N°172.

¹⁹¹ NIEVA FENOLL, JORDI, *La Cosa Juzgada: El fin de un mito*, Santiago de Chile, 2010, pp. 63-64.

¹⁹² GARRIDO, Manuel. *La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la convención americana sobre derechos humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, en *derecho Humanos e Interés Público*, Santiago de Chile, 2001, p. 86.

