



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Zúñiga Urbina, Francisco

Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)

Ius et Praxis, vol. 2, núm. 2, 1997

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720212>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

IUS ET PRAXIS

DERECHO EN LA REGIÓN

UNIVERSIDAD DE TALCA · FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO 2 N° 2 ISSN 0717 - 2877

TALCA, CHILE, 1997

Constitución y Tratados Internacionales

AMNISTÍA ANTE LA JURISPRUDENCIA (DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA)

Francisco Zúñiga Urbina (*)

I.- SOBERANÍA E INSTITUTOS DE CLEMENCIA.

La soberanía y uno de sus atributos: la clemencia, tienen una raíz teológica, constitutiva de lo que Schmitt denominó la teología política ¹, que explica las categorías de la ciencia política y de las ciencias del Derecho como un proceso de secularización de viejas categorías teológicas. V.gr. Tierno Galván describe los supuestos scotistas (Duns Scot) en la doctrina de Bodin de la soberanía. ²

En términos paradigmáticos el Barón de Montesquieu identifica el derecho de gracia (clemencia) como "el más bello atributo de su soberanía", pero debe retraerse de juzgar: "las leyes son los ojos del príncipe, que ve por ellas lo que vería sin ellas. Cuando quiere sustituirse a los tribunales, trabaja no para sí, sino para sus seductores y contra sí mismo" ³.

Bodin en su clásico **Los Seis Libros de la República** define la soberanía: "la suprema autoridad es el poder absoluto y perpetuo de una República" o en la ed. latina:

(*) Profesor de la Universidad de Chile y Universidad de La República. Doctor en Derecho.

¹ SCHMITT, Carl, "Teología Política" en **Estudios Políticos**, (trad. F.J. Conde), Edit. Doncel, Madrid, 1ª edic., 1975, pp. 35-93.

² TIerno GALVÁN, Enrique, "Los supuestos scotistas en la Teoría Política de Juan Bodin" en **Escritos**, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1971.

³ MONTESQUIEU, Ch. De Secondat, **Del Espíritu de las Leyes**, (trad. N. Estévez), Editorial Porrúa S.A. México, D.F., 1985, pp. 54-55 (Libro VI, cap. V).

"Magestas est summa in cives ac subditos lebibusque soluta potestas", entendiendo por República "un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellos con suprema autoridad"⁴. En cuanto a los caracteres sustantivos de la soberanía: perpetuo y absoluto, el primero designa un poder no sometido a limitaciones de índole temporal, y el segundo designa un poder no sometido ni a condiciones ni a ningún tipo de autoridad. Sin embargo, Bodin historiador y juristas no completamente modernos (Mesnard, Conde) indica que la soberanía tiene como limitaciones: "las leyes de Dios y de la naturaleza".⁵ En estas leyes se encuentra el respeto de los tratados y de la propiedad privada, más las leyes fundamentales de Francia (leyes imperii). V.gr. Ley Sálica.

El "político" Bodin indica: "Porque no hay cosa en todos los negocios de Estado que dé más en qué pensar a los príncipes y señores como asegurar los tratados que los unos hazen con los otros, sea entre los amigos o entre los enemigos, o con los neutrales o con los súbditos". [...] "La traición no se debe vengar ni zaherir después que se a tratado nueva paz y confederación, de otra suerte nunca habría seguridad de paz, ni fin de perfidia e infidelidad. Pero si el uno de los príncipes ha faltado de su promesa y ha engañado al otro no tiene para que se quejar, si le tratan de la propia manera..."⁶

Para Bodin los "derechos" reservados a la soberanía son:

- 1) Dar ley a todos en general y a cada uno en particular;
- 2) Declarar la guerra o la paz;
- 3) Instituir (nombrar) a los principales magistrados (funcionarios);
- 4) Apelación en última instancia;
- 5) Otorgar gracia a los condenados, fijación de monedas, pesos y medidas a imponer tributos (estos últimos con un consentimiento no vinculante de los Estados Generales).

⁴ BODINO, Juan, **Los Seis Libros de la República** (trad. de lengua francesa y emmendados catholicamente por Gaspar de Añastro Isunza). Edit. CEC, Madrid, 1992 (2 Vol.). vol I, pp. 26 y 148.

⁵ MESNARD, Pierre, **Jean Bodin en la Historia del Pensamiento Político**, (trad. y prólogo J.A. Maravall), Edit. I.E.P. Madrid, 1962.

Idem: Conde, F.J., **Escritos y Fragmentos Políticos** (2 Vol.), Edit. I.E.P. Madrid, 1974, Vol. I, pp. 76 y ss.

⁶ BODINO, J., **Op. cit.**, pp. 913-937.

En este contexto no podemos sino estar de acuerdo con Hintze: "la soberanía es una categoría histórica, que en la realidad sólo puede comprenderse plenamente partiendo de la historia del Estado y del derecho francés" [...]. La soberanía significa, pues, el desligamiento del Estado, en cuanto individuo de la sujeción de antiguas relaciones de comunidad, y la transición a una autodeterminación individual. Los presupuestos de esto son la independencia hacia afuera y exclusividad del poder estatal en el interior... Históricamente, el Estado soberano es, ante todo, un Estado autoritario, cuyo poder está basado en un derecho propio, en contraposición a la teoría de la transmisión del poder por el pueblo que aparece ya en la Edad Media ⁷. Estado soberano es "Estado-poder" (Estado absolutista) de ahí la filiación precisa del principio-dogma de la soberanía, que se proyecta con resabios anclados en el principio monárquico, especialmente en los institutos de clemencia o gracia: indulto y amnistía.

Los institutos de clemencia: indulto y amnistía son residuos "de poder absoluto subsistentes en el Estado Constitucional" (E. Linde), inclusive en el proceso racionalizador del poder estatal iniciado por la revolución francesa la "prerrogativa de gracia" en términos generales fue conservada por el monarca o bien compartida con el Parlamento, como acriticamente lo aceptan iuspublicistas como Constant y Romagnosi. (*)

En cuanto a los antecedentes históricos de institutos de clemencia (concebido modernamente como "derechos" de la soberanía), dan cuenta en antecedentes remotos, a saber: Libros Sagrados de la India, Tratado entre Faraón Ramses II y Rey Hitita, Leyes Helenas etc., como dan cuenta Linde, Sánchez Viamonte ⁸. En el Derecho Romano Imperial la Indulgentia principis y la Abolitio Pública son formas de amnistía, y en el Derecho Hispánico medieval los antecedentes fidedignos son el Fuero Juzgo y Partidas de Alfonso X el Sabio (Cuello Calón) ⁹.

⁷ HINTZE, O., "Historia de las Formas Políticas" (trad. J. Díaz G.), Edit. Revista de Occidente S.A., Madrid, 1968. Pág. 300-303.

Idem - Meinecke, F., **La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna**, (trad. F. González V. y estudio L. Díez Del Corral), Edit. CEC, Madrid 1ª ed. reimp., 1983, pp. 59 y ss.

NOTA: DE CONSTANT. B., **Escritos Políticos**, Edit. CEC, Madrid, 1989, p. 200.

DE ROMAGNOSI, G., **La Scienza della Costituzione**, 1849, p. 62-63.

⁸ LINDE PANIAGUA, E., **Amnistía e Indulto en España**, Tucur Ediciones S.A., Madrid, 1976.

SÁNCHEZ VIAMONTE, C., **Las Instituciones Políticas en la Historia Universal**, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

⁹ CUELLO CALON, Eugenio, **Derecho Penal**, (Tomo I, Vol. 2), Edit. Bosch S.A., Barcelona, 1981 (18ª ed.), p. 770 y ss.

Durante la Edad Media la prerrogativa de gracia del monarca se circunscribe a delitos cometidos contra su persona, familia u orden público. "La razón de la limitación - indica Linde Paniagua - de este derecho de gracia fue que en los pueblos bárbaros podía vengarse el ofendido de las ofensas individuales y avenirse con el ofensor mediante compensaciones pecuniarias. En el régimen feudal la prerrogativa de gracia era compartida por el Soberano, los grandes señores y las municipalidades, es decir, por aquéllos que tenían facultades para imponer penas. En el siglo XII se encuentran ejemplos claros de algunas amnistías en las "Cartas de abolición general" y, otorgaban los Reyes para borrar singularmente crímenes de Majestad, rebeliones y motines populares "(...)". Sin embargo, no hay que olvidar que ya en el Ordenamiento de las Cortes de Briviesca de 1387, Juan I intenta centralizar en el Rey la potestad de clemencia, basándose en el abuso, en la utilización excesiva, "porque de hacer los perdones de ligero se sigue tomar los omnes osadía para hacer mal..." ¹⁰. Incluso más corporaciones religiosas poseen la prerrogativa de gracia, pues no en vano en la Iglesia surge el moderno Derecho Penal.

En atención a la filiación monárquico-absolutista de la prerrogativa de gracia y su contenido político, fue objeto de una cerrada crítica a partir de la Ilustración, crítica a la que se suman la Escuela Correccionalista y Positivista. Así el Marqués de Beccaria en su "Tratado de los Delitos y de las Penas" (1764) señala: "A medida que las penas son más dulces la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella nación en que fueren funestos!. Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debiera ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fueran menores y el método de juzgar arreglado y corriente" (...) "Pero considerese que la Clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes: que debe resplandecer en el Codice, no en los juicios particulares: que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el alhago de la sustancias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de la Justicia". ¹¹

También I. Kant en **La Metafísica de las Costumbres** se suma a la crítica de la "prerrogativa de gracia"; expresando: "El derecho de gracia (*ius aggratiandi*) para el criminal, sea suavizando el castigo o eximiéndole totalmente de él, es el *más equívoco de los derechos del soberano*, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite sin embargo, obrar injustamente en alto grado. En lo que respecta a los

¹⁰ LINDE P.E., **Op. cit.**, pp. 29 y 30.

¹¹ BECCARIA, C., **Tratado de los Delitos y de las Penas**, 5ª ed. facsimilar, Edit. Porrúa S.A., México D.F., 1992, pp. 205-206.

crímenes de los súbditos entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho: porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos. Por tanto, sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que él mismo sea lesionado (*crimen laesae maiestatis*). Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo. Este el único derecho que merece el nombre de majestad"¹². A Beccaria y Kant, se suman las críticas de Servan, Pastoret, Bentham, Feuerbach y Filangieri. A este respecto decía el profesor de Salamanca, Pedro Dorado Montero: "se pretendía acabar con las facultades discrecionales que en el antiguo régimen de monarquía absoluta correspondían sobre todo al soberano, y a someter a preceptos invariables, determinados anticipadamente en las leyes, toda la actividad de los distintos órganos del Estado Oficial. No se quería reconocer otro orden jurídico, sino el orden jurídico del derecho legislador".¹³ También Kirchheimer en su notable obra: "Justicia Política", de manera penetrante destaca: "Las reacciones teológicas y constitucionales en contra del concepto augustiniano-jansenista de la gracia, y el correspondiente privilegio indiscutible del soberano para conceder clemencia, no son sino expresiones de uno y el mismo fenómeno: la busca de seguridad por parte de la clase media. En el siglo dieciocho esta pugna se caracterizó por el racionalismo del Iluminismo. Entonces se tornó inadmisibile aquella prerrogativa de la clemencia cuya interpretación se basaba en el concepto jansenista, que ponía a Dios como único dispensador de gracia, debida a nadie y distribuida con independencia soberana. En contraste, la doctrina jesuítica del siglo dieciocho entendía la gracia de Dios como recompensa calculable que a Él se le debía. Bajo la crítica de Filangieri, Beccaria y Kant, la clemencia pasó de moda [...] El Código Criminal Francés de 1791 barrió con las prácticas de clemencia". "Pero la ilusión racionalista de que el legislador omnisciente podía instruir e iluminar al juez lo bastante para evitar cualquier necesidad de consideración ulterior del caso, no sobrevivió a la aparición de Napoleón, y desde entonces se conviene generalmente en que es necesario un procedimiento para otorgar clemencia" (...) "A decir verdad, siempre ha existido una lucha intermitente respecto a la última ubicación de la facultad de perdón, con los resultados del conflicto reflejándose en cambiantes asignaciones constitucionales. Algunos países europeos asignan a la legislatura la misión de conceder amnistía generales a todas las categorías de delitos o reos, y en cuanto al otorgamiento de perdones individuales, oscilan entre un número de soluciones que abarcan desde catalogar esta facultad como prerrogativa del Jefe de Estado, que debe ejercerse en la forma constitucionalmente prescrita, hasta ponerla a disposición de las mayorías

¹² KANT, I., **La Metafísica de las Costumbres** (trad. A. Cortina O. y J. Conill S.), Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1989, pp. 174.

¹³ DORADO MONTERO, P., **El Derecho Protector de los Criminales** (II, Cap. XXII "Amnistía e Indulto" de 1891), Madrid, 1915, pp. 399-467.

parlamentarias. Resultaría una solución intermedia bastante dudosa colocar el derecho de perdón exclusivamente a disposición de la rama judicial, equipando por ende con una prerrogativa política a los miembros de un organismo que se halle totalmente fuera del círculo de la responsabilidad política" (...) Pero cualesquiera que sean los cambiantes principios de asignación, nunca se ha puesto en duda, desde el intermezzo racionalista del Iluminismo, la necesidad de un instrumento con el cual corregir debidamente los actos de los tribunales" ¹⁴. Ciertamente en el ámbito de los institutos de clemencia, así como en el Derecho Penal y Procesal Penal, la obra racionalizada de la revolución francesa no fue completa.

El resabio monárquico absolutista que es la clemencia y sus institutos: indulto y amnistía, se insertan en el Estado de Derecho como una "jurisdicción retenida" (Dorado Montero) en beneficio del Jefe de Estado o Parlamento. En consecuencia, en el contexto de la democracia constitucional los institutos de clemencia deben ser penetrados por el principio democrático, por la sujeción a un principio de legalidad y teniendo como limitación los derechos humanos. La Teoría Constitucional contemporánea, debe superar el error conceptual de estimar al "monarca"- "Jefe de Estado" órgano primario (supremo) y a la judicatura "órganos secundarios" (Kelsen).¹⁵

Los institutos de clemencia: indulto y amnistía han tenido históricamente un significado y funcionalidad política; por ello al examen teórico microjurídico propio del Derecho Penal debe agregarse un examen teórico macrojurídico que conecte estos institutos con la forma jurídica política de Estado (Estado de Derecho) y con la forma de gobierno. El significado político de los institutos de clemencia está dado por emanar de "derechos" (prerrogativas) de la soberanía; con independencia del órgano en que quede radicada la prerrogativa. En cuanto a su funcionalidad política, ésta es resultado de que el campo de delitos y penas que comprende son de contenido político o bien sus motivaciones de tal índole, funcionalidad que incluso cierta doctrina y jurisprudencia ha estimado propia de los institutos; pero que nos permite situar a dichos institutos en el campo de la "justicia política". La "utilización política" de la clemencia puede hacer referencia tanto a específicos móviles del poder político que quiere revalorizarse con concesión, es decir, la clemencia en interés-propio (propio del poder político) como la clemencia en interés ajeno o en interés de la comunidad. Para algunos autores la clemencia en interés propio del poder político (por ejemplo, el "autoperdón" o "auto-amnistía"), que ha sido utilizada con extraordinaria frecuencia

¹⁴ KIRCHHEIMER, O., **Justicia Política** (trad. R. Quijano R.), UTEHA, México, 1ª ed., 1968, pp. 434- 436.

¹⁵ KELSEN, H., **Teoría General del Estado** (L. Legaz L.), Editora Nacional, México D.F., 1965, pp. 407.

en la historia, es "inadmisibles por la arbitrariedad que supone, contraria entre otros, al principio de igualdad" (Linde P.). En cambio, para algunos autores la clemencia en interés ajeno o de la comunidad debe admitirse y "sólo en cuanto tal debe entenderse admisible como instrumento óptimo para la adaptación del Ordenamiento a la realidad". (Linde P.)

Incluso se afirma que lo que ayer fue considerado delito puede con el cambio de circunstancias-valores dominantes, perder tal carácter de reproche, surgiendo en este caso el peligro de utilizar los institutos de clemencia con fines demagógicos de poder, frente a delitos que han perdido su valor social.

En este cuadro incluso los críticos de los institutos de clemencia, los admiten como instrumentos políticos pacificadores o reajustadores (Bentham), cuando no existiendo motivos suficientes para modificar el ordenamiento penal se atempera a nuevas circunstancias o se adapta a nuevas políticas criminales o penitenciarias. Además, junto a la utilización política de los institutos de clemencia se admiten como instrumentos de justicia; como es evitar el cumplimiento de cierta pena, corregir un "error judicial" o bien simplemente ocultar un "sistema penitenciario deficiente" (Zagrebel'sky) ¹⁶

II.- AMNISTÍA COMO INSTITUTO DE CLEMENCIA.

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.

En este orden de ideas, para Maggiore la "indulgentia principis" se justifica como una medida equitativa enderezada a suavizar la aspereza de la justicia ("supplementum iustitiae"), cuando particulares circunstancias políticas, económicas y sociales, harían ese rigor aberrante e inicuo "De este modo - afirma Maggiore - obra como óptimo medio de pacificación social, después de períodos turbulentos que trastornan la vida nacional y son ocasión inevitable de delitos. A veces se sugiere la oportunidad de hacer que se participe en sucesos justos para toda la nación o para su jefe, indultando formas no graves de delincuencia, pero esta es la forma de indulgencia soberana que,

¹⁶ ZAGREBELSKY, G., **Amnistía, indulto e gracia. Profili costituzionali**, Milano, 1974, pp. 11 y ss.

comoquiera que sea, debe reducirse al mínimo" ¹⁷. Por otra parte, Carrara que estudia el derecho de gracia bajo la categoría de "serie de causas indeterminables por la ley" que modifican las penas, identifica como motivos de conveniencia de la clemencia: "méritos del delincuente, el temor de tumultos, la multitud de los culpables, la necesidad que el delincuente tenga patria, los servicios que haya prestado y otros semejantes" ¹⁸.

En cuanto a las notas características del instituto de la amnistía, se enumeran algunas: cobertura de hechos, otorgada por ley, supresión de la pena y del hecho punible, etc. La amnistía opera como "una abolitio praeteritum" (abolición del préterito) y no obra sobre lo futuro (Maggiore), como lo indica su raíz etimológica (olvido o amnésis). Por lo tanto, el delito permanente no puede ser beneficiado por la amnistía, cuando se prolonga más allá de la fecha del decreto. En el delito continuado, que consta de una pluralidad de delitos, la amnistía extingue las violaciones anteriores, no las posteriores a la fecha" ¹⁹. A este respecto, Jescheck señala que la amnistía significa la concesión de la impunidad a través de una ley que se promulga para una *pluralidad de casos con unas características comunes*" ²⁰. Resume las notas características del instituto de la amnistía, S. Soler: "con la amnistía se extingue no solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado, de manera que aún impuesta la condena de algún sujeto, ésta debe cesar con todos sus efectos, salvo las indemnizaciones. Como acto inspirado en razones políticas y sociales, requiere de generalidad a diferencia de la gracia o el indulto que son particulares. La amnistía se dice general en un doble sentido, porque puede referirse a una pluralidad de hechos, como cuando se amnistía un delito político y los delitos comunes a él conexos; pero lo que le acuerda el carácter típico de generalidad es la circunstancia de referirse impersonalmente al hecho o hechos amnistiados; de manera que resultan impunes sus autores, sean éstos conocidos o no, en el momento de sancionarse la ley. No sería, pues, una ley general de amnistía la que se referiese a un hecho determinado cometido por un sujeto determinado, y sólo a ese se perdonara. Esto no significa que las leyes de amnistía no pueden, con generalidad, excluir de sus

¹⁷ MAGGIORE, G., **Derecho Penal**, Vol. II, Edit. Temis; Bogotá, 1989, pp. 357.

¹⁸ CARRARA, F., **Programa de Derecho Criminal** (Parte y General), Vol. II, 3ª ed. Edit., Temis, Bogotá, 1979, pp. 166.

¹⁹ MAGGIORE, G., **Op. cit.**, p. 361.

²⁰ JESCHECK, H - H., **Tratado de Derecho Penal** (Parte General), Vol 2 (trad. S. Mir Puig - F. Muñoz Conde), Edit. Bosch S.A., Barcelona, 1981, pp. 1254.

beneficios a determinadas categorías de sujetos, como ser los reincidentes, los autores de crímenes comunes contrarios al derecho de gentes, etc." ²¹

El tratadista Eugenio Cuello Calón define y enumera los caracteres y finalidades del instituto de la amnistía: "Ha sido difundida como una manifestación de las prerrogativas del monarca como medio para procurar la tranquilidad pública después de hondas conmociones internas, como un auxiliar poderoso para promover la reforma moral del delincuente. Actualmente los modernos defensores de la gracia la consideran principalmente como una institución que fundamentada en la justicia y en la conveniencia social, aspira a realizar los siguientes fines:

a) Suavizar los rigores que resulten de la aplicación de las leyes en extremo severas.

b) Tomar en consideración algunas circunstancias que no se hayan revelado hasta el momento de la ejecución de la pena, y que según las concepciones populares, reclaman una dulcificación en el tratamiento del culpable.

c) Reparar, aun cuando no sea completamente, las consecuencias de los errores judiciales.

d) Armonizar la eficacia de la justicia con los intereses y funciones del Estado.

e) En los países que mantienen la pena de muerte puede constituir un medio para atenuar la aplicación de esta pena y de hacer, al mismo tiempo el experimento de su supresión de hecho, antes de llegar a su abolición legal". ²²

Cuello Calón destaca, además, que "... aún admitiendo su conveniencia, no puede menos de reconocerse que el día en que el tratamiento penitenciario alcance el fin reformador propuesto e instituciones como la libertad condicional y la rehabilitación lleguen a tener organización adecuada y firme arraigo en las legislaciones, perderá el indulto su invocada utilidad, pues la finalidad de corrección del reo y de realización de la justicia que se le atribuye se cumple más íntegramente con aquellas" ²³.

²¹ SOLER, S., **Derecho Penal Argentino**, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978. p. 450.

²² CUELLO CALON, E., **Op. cit.**, pp. 774-775.

²³ **Idem.**, p. 776.

Cerramos este intento de conceptualización del instituto de la amnistía, planteando su relación con el principio de igualdad constitucional; materia por lo demás abordada en nuestra jurisprudencia reciente. La tensión entre amnistía y principio de igualdad deriva de la exclusión de castigo o de responsabilidad penal referido delitos determinados (impunidad) o bien por la exclusión de los beneficios de la clemencia de ciertos sujetos o categorías de sujetos. En este orden de ideas, el principio de igualdad (art. 19 N° 2) tiene sentido por la existencia de situaciones excepcionales y presumiblemente irrepetibles, es decir, la singularidad del hecho (Zagrebelsky). En cuanto al control jurisdiccional constitucional del instituto de clemencia, éste se circunscribe a los hechos que quedan comprendidos en el precepto legal, pero no alcanza al potencial uso de la potestad de clemencia, al no existir un derecho público subjetivo para exigir la gracia. (En la raíz de los institutos de clemencia, está la arbitrariedad de conceder o no conceder el acto de gracia; sin perjuicio de reglar la potestad de indultar).

III.- AMNISTÍA: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL.

En nuestro país a partir de la Constitución Provisoria de 1818 se instituye la clemencia, como atribución del Director Supremo para suspender las ejecuciones capitales y conceder perdón o conmutación de las penas. La Carta de 1822 faculta al Director Supremo para suspender ejecuciones capitales y conmutar penas, si mediare "grave motivo", contando con acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia; "pero no concederá indultos generales sin aprobación del Poder Legislativo" (art. 108). La Constitución Moralista le otorga al Director Supremo, con acuerdo del Senado, la atribución de indultar y conmutar penas. (art. 18 N° 15). La Constitución Liberal de 1828 le otorga al Congreso la atribución de conceder indultos en "casos extraordinarios" (art. 46 N° 13), quedándole prohibido conocer materias judiciales al "Poder Ejecutivo" (art. 85 N° 3).²⁴

La Constitución republicana - autocrática de 1833 define como materia de ley la concesión de indultos generales y amnistías (art. 37 N° 11), correspondiéndole al Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado conceder indultos particulares, sin perjuicio de estarle vedado indultar a funcionarios acusados en juicio político. (art. 82 N° 15). Sobre los preceptos de la Carta de 1833, el novel jurista Manuel Carrasco Albano en sus "Comentarios" señala en relación al indulto y su filiación monárquica (crítica que podemos extender a la amnistía conceptualmente): "La Constitución, imitando en esto a los países monárquicos que reservan esta facultad

²⁴ BAÑADOS ESPINOSA, J., *Constituciones de Chile*, R. Miranda Editor, Stgo., 1989.

al soberano, al rei, la ha conferido al Presidente, en quien se ha querido ver un sucesor de aquel sin comprender la enorme diferencia entre esas dos autoridades, la una que la posee i la ejerce por la gracia de Dios, i que aun en las monarquías representativas retiene siempre una parte de esa soberanía, i la otra que trae su origen de la elección de la nación que le delega sólo el ejercicio de su soberanía en el poder ejecutivo ¡Cuánto más natural i más lógico no sería devolver esa atribución meramente judicial a sus autoridades naturales, al Poder Judicial! ¡Cuánto más fácil i acertado el que el Tribunal, que conociera su última instancia de un delito, tuviera la atribución de suavizar y restringir la lei... Las Cortes de Justicia, el Poder Judicial debe ser, pues, el que ha de estar investido de la facultad de conceder indultos".²⁵ Por otra parte J. Hunneus en su obra **La Constitución ante el Congreso** comentando el precepto del art. 37 N° 11 de la Carta de 1833 destaca: "la amnistía real sobre delitos políticos, el indulto sobre delitos comunes; aquella borra el hecho y todos sus efectos desaparecen para la lei; éste no borra el hecho, sino que perdona la pena, sin que desaparezcan para la lei todos los efectos de aquel". A continuación sorprende Hunneus con agudeza: "Mas todavía ¿cómo concebir amnistía o indulto donde no ha habido condenado? Si todo procesado tiene derecho a ser reputado como inocente, mientras no declara lo contrario una sentencia ejecutoriada, mal se comprende que se amnistía o indulte al inocente. No se puede extinguir ni remitir una pena que no existe, desde que no ha sido aplicada"²⁶.

Valga especial mención la defensa de la amnistía (1857), del jurista y político José Victorino Lastarria, referida a los hechos de 1851, frente a "la declaración de guerra" del Gobierno. Sobre la iniciativa de ley del rubro dice: "la cuestión no es de política de partido como habéis dicho, señor Ministro, lo es de alta política social, pues al tratarla, ni deben tomarse en cuenta los intereses individuales, sino los intereses y la conveniencia de la sociedad entera. No se trata ahora de este o el otro partido político, ni del Gobierno, ni de sus adversarios, se trata de todos los chilenos: esa cuestión debe juzgarse sin interés del partido, sin rescatar la historia de lo pasado; queremos olvidar, puesto que la amnistía es un olvido, sin recriminaciones, es preciso dejar hablar al corazón, sin más estímulo que el del patriotismo" [...] "La amnistía es uno de aquellos medios cuya eficacia en bien del país, depende mui principalmente de la discreción con que se emplee, y que mal pudiera borrar recuerdos odiosos y clamar los ánimos si se extiende hasta el punto de hacer participar de ella sin distinción no sólo a los culpables de extravíos políticos, sino también a los que han tomado parte en hechos

²⁵ CARRASCO ALBANO, M., **Comentarios sobre la Constitución Política de 1833**, 2ª ed., Imprenta de la Librería del Mercurio, Stgo., 1874, p. 121.

²⁶ HUNNEUS, J., **La Constitución ante el Congreso** (2 Vol.), Imprenta de "Los Tiempos", Stgo. 1879-80, Vol. I, pp. 192-193.

en que sólo se ven maquinaciones criminales, calculadas para hacer sobreponer la fuerza material sobre las leyes, sobre los más caros intereses de la República, i que no pueden presentar por excusa ni la excitación de la época, ni propósitos que bajo algún aspecto sean merecedores de indulgencia"²⁷ Lastarria, como la doctrina dominante de la época justifica la clemencia (amnistía) en interés ajeno o de la comunidad con fines pacificadores o de conveniencia social referida básicamente a "delitos políticos" o bien delitos comunes conexos a éstos. Igual reducción a delitos políticos hace Huneeus.

Para concluir, la Constitución Política de 1925 (Arts. 44 N° 14 y 72 N° 12) distingue claramente entre amnistía e indulto generales como materias de dominio legal y los indultos particulares como atribución del Presidente de la República, institutos de clemencia incorporadas a las formas de extinción de la responsabilidad penal y/o de la pena. Al respecto el profesor Silva Bascuñán anota: "en lo esencial, el indulto y la amnistía se diferencian en que, mientras aquel se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no sólo borra el castigo, sino que, en su virtud, desaparece el delito y la calidad de culpable del hechor. La amnistía equivale a una dispensa de la ley penal de modo que, permaneciendo ésta en todo su vigor, no afecte, sin embargo, a las personas a que favorece [...]. La amnistía puede dictarse antes de la condenación o del proceso, pero, en todo caso, después de realizados los hechos a que se refiere. Este último requisito es esencial, porque, si se pudiera amnistiar antes de la efectiva comisión de los actos reputados ordinariamente como delitos, en la práctica vendría a constituir modificación de la ley penal sustantiva, cuando lo que caracteriza a la amnistía es dejar incólumne la norma sancionada." Agrega Silva Bascuñán un importante elemento: "no dicen ni el constituyente, ni el legislador, a qué clase de delitos puede referirse la amnistía. Su origen histórico llevará a la conclusión de que ha de recaer siempre sobre delitos que ofenden a la sociedad, no a bienes de los particulares. No podía, en efecto, disponer, sin indemnizaciones el Estado el sacrificio de intereses privados. Han sido, generalmente, los delitos de carácter político, o sea, los relacionados con la seguridad interior o exterior del Estado, los que se perdonan por la amnistía en la democracia moderna"²⁸.

Finalmente, la Constitución Política de 1980 regula el instituto de la amnistía (art. 60 N° 16), como materia comprendida en la cláusula de dominio legal máximo como reserva legal específica de quórum calificado y de quórum calificadísimo de dos terceras partes de diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos

²⁷ LASTARRIA, J.V., **Obras Completas** (Vol. IV: Proyectos de Lei i Discursos Parlamentarios), Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Stgo., 1907, pp. 69, 79.

²⁸ SILVA BASCUÑÁN, A., **Tratado de Derecho Constitucional** (II, Tomo III), Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1963, p. 283.

contemplados en art. 9º, tipificados por Ley Nº 18.314 como conductas terroristas (Ley Nº 19055, de 1991, promulgatoria de Reforma Constitucional). En el marco de la Constitución vigente la amnistía sólo puede estar contenida en ley general, en atención al concepto de ley como normas generales y obligatorias que estatuyen las bases esenciales o materias básicas de un ordenamiento jurídico (art. 60 Nº 4 y 20). La ley amnistía debe tener como Cámara de origen el Senado, (art. 62 inciso 2º C.P.R.). En la materia, sostener que la amnistía requiere dictación de ley general o particular (Silva Bascuñán, Departamento Derecho Público. P.U.C.)²⁹, es una tesis errada en el marco de la Constitución vigente; sin perjuicio de considerar la naturaleza misma del instituto de la amnistía. De esta manera, cuando la Constitución admite la ley particular claramente lo dispone como ocurre al distinguir entre ley de expropiación y de expropiabilidad (art. 19 Nº 24 C.P.R.)

IV .- AMNISTÍA Y JURISPRUDENCIA.

La visión sinóptica de nuestra evolución constitucional en relación al instituto de amnistía, así como su recepción nos demuestra una extraordinaria "uniformidad" de pareceres exceptuados M. Carrasco Albano y Raimundo del Río; en la medida que se aceptan los institutos de clemencia, se circunscribe de ordinario como delitos amnistiables los delitos políticos y se confiere extraordinaria radicalidad a los efectos de la gracia en relación al hecho punible, excluyéndose sólo de sus efectos la responsabilidad civil generada por el hecho dañoso.

La "uniformidad" de tratamiento del instituto de la amnistía en nuestra doctrina, se refleja en la potestad consultiva de diversos organismos del Estado, a saber: Informes del Consejo de Defensa Fiscal (Nº 13, de 1935 y Nº 40 de 1990), Informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Dictámenes de la Contraloría General de la República. (D. 13946, de 1973).

Especial mención merece la doctrina sustentada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, comisión permanente que cumple una importante función consultiva en el Senado, que en relación al instituto de la amnistía ha delineado la doctrina siguiente:

* "Es inaceptable, - dijo el Ministro de Justicia - conceder amnistía en masa, a todos los responsables de un género completo de delitos, sin consideración alguna a

²⁹ "Informe del Departamento de Derecho Público sobre Amnistía y Rehabilitación por el Senado" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18 Nº 3, pp. 461-464.

su gravedad y al móvil individual de cada uno de los que pretenden beneficiar con la gracia del perdón.

Las amnistías generales no son procedentes en doctrinas ni se encuadran con nuestra Carta Fundamental, la que sólo se refiere a amnistías, sin considerar la posibilidad de que sean generales, en contraposición a los indultos, los que pueden ser otorgados en forma particular por el Presidente de la República y en forma general por medio de una ley.

Agregó que, por lo demás, éste fue el criterio sustentado por el Senado al aprobar el proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción del ex - Senador señor Figueroa Anguita, sobre limitación de la facultad del Presidente de la República de conceder indultos, arguyéndose que era ejercida en forma indiscriminada."

* "Vuestra comisión aprovechó de esta oportunidad, con motivo de las indicaciones formuladas, para mejorar la redacción del texto del artículo único del proyecto, haciéndolo más preciso desde un punto de vista jurídico, y fue así como eliminó el concepto vago de **"delitos sociales"** cuya definición podría dar lugar a muchas dificultades y a diversas interpretaciones, concepto innecesario, por lo demás, desde el momento que los delitos que interesa amnistiar y que pudieran tener ese carácter, están contemplados en la ley 8.987 sobre Defensa Permanente de la Democracia."

* "En general, al acordar estos rechazos la Comisión tuvo presente que, tratándose de delitos comunes, no es posible otorgar la gracia de la amnistía, sino cuando existan antecedentes fidedignos que, por su entidad llevan a la convicción de que se justifica, y es conveniente hacer una excepción - que consiste en la virtual derogación de la ley penal en favor de una persona determinada -. Sólo una situación de especiales relieves puede justificar, además, que se alteren los efectos penales de una sentencia dictada por los Tribunales en uso de sus atribuciones exclusivas."

* "Durante el curso de debate promovido respecto de estas iniciativas, hubo consenso en la Comisión para estimar que el beneficio de la amnistía sólo deber ser concedido con vista a situaciones generales y objetivas. Por su naturaleza y efectos, la amnistía busca pacificar las relaciones sociales, extinguiendo la responsabilidad penal de aquellos qu han incurrido en conducta delictiva con ocasión de conflictos de carácter político o análogo, evitando que la permanencia del castigo mantenga exacerbados los ánimos y facilitar la repetición de situaciones similares".³⁰

³⁰ ACUÑA R., Rolando, **La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1971.

Desde ese punto de vista, el legislador, al otorgar una amnistía, debe prescindir de la individualidad de las personas comprometidas y ha de procurar evitar concederla con relación a un hecho aislado y singular. Naturalmente, este criterio general ha de sostenerse con la flexibilidad y prudencia que aconsejan las muy diversas o imprevisibles situaciones que pueden presentarse en las conductas de los individuos, aisladamente considerados, ya que en muchos de esos casos las circunstancias y móviles del acto delictivo, la buena fama o jerarquías pasadas o posteriores del sujeto y aun la posibilidad del error judicial, podrían justificar un tratamiento de excepción."

- " ... la dictación de una ley de amnistía es un acto legislativo general, a cuya formación concurren el Presidente de la República y ambas Cámaras en su calidad de órganos colegisladores; mientras que el otorgamiento de la rehabilitación en ciudadanía es una resolución que corresponde al Senado, en cada caso particular, un ejercicio de una atribución exclusiva" (Informe recaído consulta formulada por el señor Director del Servicio Electoral acerca se es dable exigir a personas condenadas a pena afflictiva, que se hayan acogido a una ley de amnistía, que obtengan del Senado en rehabilitación de Ciudadanía, para proceder a su inscripción en los registros electorales (9 - I - 1992).

Las fuentes de consulta de la Jurisprudencia de Tribunales de Justicia bajo el imperio de la Carta de 1925: el Repertorio de la Constitución Política y de Código Penal dan cuenta de la aludida "uniformidad" y de una notable continuidad en la doctrina jurisprudencial, en cuanto a tipo de delitos amnistiables (reconociéndose que en la práctica se amnistían delitos políticos y delitos comunes), notas características de la amnistía y radicalidad de sus efectos. Por lo tanto, hemos seleccionado jurisprudencia del último lustro de los Tribunales Superiores de Justicia, para establecer los argumentos torales de la doctrina jurisprudencial:

*** Sentencia de Excma. Corte Suprema,** Recurso de Inaplicabilidad, Rol N° 27.640, de 24 de agosto de 1990.

Nota: El recurso de inaplicabilidad persigue declarar inaplicable por inconstitucional art. 1° D.L. N° 2.191, de 1978, por vulneración de los artículos 5°, 19 N° 1, 2, 7, 23 y 24 de la Carta de 1980.

Destacan como centrales en el "juicio" de constitucionalidad los argumentos contenidos en los considerandos siguientes:

13° Que, no ha definido la ley el significado de la palabra amnistía, pero en general

los autores coinciden en que procede de la voz griega "amnésis", que significa olvido..." "Ha sido unánimemente la doctrina en el sentido indicado, explicándose, además, que por ser el Estado el único que tiene la potestad de castigar los hechos constitutivos de delitos, puede renunciar parcialmente a ella y mediante la amnistía dejar sin sanción determinados delitos, lo que en general ocurre en períodos de grave perturbación política o revolucionarios, con la finalidad de restablecer la paz social y la estabilidad institucional perturbada o amenazada" [...] "Es útil precisar que teniendo la amnistía una motivación política de orden público, los países en general hayan concedido para delitos de ese matiz, igual que en el nuestro desde el inicio casi de la República, pero este principio no constituye regla absoluta, pues se la ha extendido a delitos de todo orden, como sucede en nuestro ordenamiento, que no contempla limitaciones para que opere en relación con cualquier clase de delitos..."

"15º Que, con lo analizado precedentemente, debe entenderse que en nuestro ordenamiento jurídico la amnistía constituye un acto del Poder Legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley, como consecuencia de que hace desaparecer en el delito su punibilidad al eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos, o anula y deja sin efecto las condenas que por esos delitos se hayan impuesto, dejando a sus autores - en el orden legal - en misma situación que si no hubiesen delinquido"

"... Una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declarar la en conformidad con lo que al efecto preceptúan los artículos 107 y 408 N° 5 del C.P.P., sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en art. 413 de este mismo Código, que exige para decretar el sobreseimiento definitivo, que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente".

18º "...Apareciendo pues que la amnistía de que se trata se establece de un modo general, para situaciones iguales y en condiciones también iguales, sin que importe menoscabo alguno las limitaciones también generales que impone para acceder al beneficio, por circunstancias de carácter procesal o en razón de determinada delincuencia, debe concluirse que el precepto impugnado no vulnera, la garantía de la igualdad ante la ley ni establece arbitrarias diferencias"

25º (En referencia a Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio). "Sin embargo las disposiciones de dicha Convención no tiene actual aplicación por cuanto no se han establecido en la legislación nacional sanciones específicas para castigar esa figura penal..."

26° (En referencia a Convenios de Ginebra). "Estando pues vigentes estos acuerdos internacionales deben considerarse comprendidas en la norma del artículo 5° de la Constitución que ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana grantizados por los tratados internacionales" [...]. Lo recién expresado es suficiente para concluir que la normativa de esos convenios, en cuanto obliga a las partes contratantes a sancionar a los responsables de las graves infracciones que contemplan, no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa en que incide el recurso en estudio por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto armado interno, de las características reseñadas precedentemente".

27°, 28° (En referencia a Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15.2). "Que esta disposición que se advierte en aparente contradicción con el precepto tachado de inconstitucional; pues impide el juzgamiento y eventual condena por hechos delictuosos que perdona, precisamente no lo está en virtud de que principio de la irretroactividad de la ley penal consagrado en la propia Carta Fundamental y que complementa el artículo 18 del Código Penal, impiden que tenga aplicación a situaciones y hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación a la legislación interna, es decir, al 29 de abril de 1989."

*** Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago,** Recurso de Protección, Rol N° 2578 - 92, confirmada por Excma. Corte Suprema (28 - XII - 1992).

Nota: Recurso impugna resolución de Director del Servicio Electoral y Directora del Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación por haber cancelado inscripción electoral del recurrente. Destacan como argumentos centrales los considerandos siguientes:

3° Que se señala por la doctrina que la amnistía es el perdón más amplio que contempla nuestro derecho respecto de la responsabilidad penal y que extingue la pena del delito con todos sus efectos, como lo reconoce el N° 3 del art. 93 del Código Punitivo".

4° Que se ha estimado que si bien la Constitución Política prescribe que quien ha perdido la calidad de ciudadano por condena a pena aflictiva, puede solicitar su rehabilitación al Senado, una vez extinguida la responsabilidad penal "(art. 17 inciso 2°)" y si, por su parte, el artículo 42 del Código Penal señala que quien ha sido privado de sus derechos políticos sólo puede ser rehabilitado en un ejercicio en la forma

prescrita por la Constitución, tales preceptos presuponen la existencia de una condena, lo que no ocurre en el caso de la amnistía en que desaparecen la pena y todos sus efectos, por lo cual debe entenderse que desaparecerá también la inhabilitación para derechos políticos, que nos es sino una de las penas impuestas al condenado".

* **Sentencia de Ministro M. Libedinsky T.**, recaída en incidencia de nulidad, Rol N° 1 - 93, 30 de diciembre de 1993.

15) Que la amnistía, olvido legal de los agravios, constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal. Es, al igual que al indulto, una manifestación al "derecho de gracia" o de clemencia con la diferencia, entre otras muchas, de que la facultad de amnistiar está entregada al Poder Legislativo, en cambio el indulto es una atribución del Poder Ejecutivo

La amnistía ha sido caracterizada por un autor por los siguientes aspectos, que en general, reviste en la legislación de diversos países:

a) Se trata de un acto de soberanía política que el Estado ejerce por medio del órgano de gobierno que mejor la representa.

b) Consiste en el olvido de ciertas y determinadas infracciones de naturaleza penal, ocurridas con anterioridad.

c) Se refiere a un hecho o a hechos del pasado, considerados objetivamente, no con respecto a las personas que intervinieron en su consumación en forma individualizada.

d) Está caracterizada por la amplitud de sus efectos extintivos de las consecuencias represivas del hecho o hechos cubiertos por ese "manto de olvido", toda vez que abarcan tanto la acción penal derivada de aquellos, cuanto la pena o medida de seguridad impuestas por resolución judicial, aunque ésta se encuentre firme, y

e) La finalidad que inspira la adopción de esta medida de clemencia radica en la necesidad de preservar el orden público del Estado mediante la obtención la paz, la tranquilidad y la concordia entre los distintos sectores políticos o sociales.

(Carlos J. Lascano (h). **La amnistía en el Derecho Argentino**, Editora Córdoba, p. 13)

16) Que no es impedimento para dictar la resolución judicial que aplica la

amnistía a un caso concreto sometido a la decisión de un tribunal, el hecho de que los responsables del delito amparado por este "olvido legal" con evidentes finalidades de orden público, no se encuentren individualizados o determinados en el proceso respectivo.

Se ha visto precedentemente que la amnistía presenta, entre otras características, la de ser objetiva, real, e impersonal. La renuncia por parte del Estado a su potestad punitiva, que importa esta institución, se refiere a "hechos" y no a "personas" al contrario, también, de lo que sucede con el beneficio del indulto, que favorece a ciertas y determinadas personas que por añadiduras, tienen que haber sido condenados a sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. (artículo 32 N° 16 de la Constitución Política de la República).

"La facultad de conceder amnistías no tiene otro límite que el fijado por el Poder Legislativo en la ley que la concede y ninguna duda cabe, frente a la lectura del artículo 1° del D.L. N° 2191, que la amnistía que allí se otorga comprende todos los delitos que puedan haberse perpetrado en el período que señala y beneficia a cualesquiera personas que puedan haberlos cometido, con las solas salvedades que el mismo Decreto Ley indica que, ya se ha dicho anteriormente, no son aplicables al presente caso."

"Cabe recordar y hacer hincapié aquí que, con toda razón se ha estimado por la doctrina, que la finalidad inmediata de la amnistía no puede ser jamás la de alcanzar la justicia. Este objetivo que, ciertamente incumbe al Poder Judicial en el campo del derecho Penal se logra a través de la aplicación de las consecuencias represivas a los hechos delictuales, cometidos por una o más personas. La amnistía, en cambio tiende, precisamente, a impedir la aplicación de la ley penal a esos hechos, evitando hacer efectiva la responsabilidad criminal de los responsables y sacrificando de este modo, el valor justicia a otros valores - paz, tranquilidad, calma, concordia social, etc. - que, en determinadas circunstancias, por actos de soberanía y esencialmente políticos, pueden ser considerados por la autoridad respectiva como predominantes o superiores."

* **Sentencia Excma. Corte Suprema**, Recurso de Inaplicabilidad, Rol N° 30.114, de 3 de junio de 1994.

Nota: Los recurrentes solicitan declarar inaplicable por inconstitucional art. 4° de D.L. N° 2.191, de 1978; pues al excluir hechos viola igualdad ante la ley (art. N° 2 C.P.R.)

Destacan como argumento centrales en relación al principio de igualdad y la amnistía, los considerados siguientes:

"2º Que la amnistía constituye una supervivencia del derecho de gracia del soberano para perdonar por razones de clemencia o interés general a aquellos súbditos que hubieren incurrido en conductas delictivas y sus orígenes se remontan a muy antiguo..."

"3º ... El instituto en estudio es por su esencia y origen de excepción, pues constituye una renuncia al ius puniendi del Estado, esto es, excluye el castigo que corresponde aplicar a determinados hechos, normalmente de carácter político o militar; se dictan leyes de amnistía, la mayor parte de las veces después de períodos de quebrantamiento de la normas constitucionales para contribuir a la unidad y concordia de los connacionales"

"Esta institución de data antigua como se ha señalado, tiene como limitación según los autores que se han ocupado de la materia, que la ley es general y objetiva, esto es no se aplica a una persona o a un hecho determinado sino a una generalidad de casos que revistan caracteres comunes, sin perjuicio y dentro de esta generalidad, que se pueden excluir los hechos que razones también de interés general o superior de justicia así los aconsejen..."

"9º Que los hechos expuestos en la motivación precedente, que fueran y son de pública notoriedad, y que han sido investigados en la causa 192 - 78 del Juzgado Militar de que se acumuló aquella, presentan características, no comunes a los demás delitos de homicidio que comprendió el D.L. 2.191, toda vez que causaron conmoción nacional e internacional por la forma de perpetración y la calidad de víctimas, lo que, no permite concluir que su exclusión de la norma sobre amnistía general fuera arbitraria o caprichosa".

*** Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago**, Recurso de Apelación, Rol Nº 13.597 - 94, de 26 de septiembre de 1994.

Destacamos como argumentos centrales en materia de prescripción de la acción penal, prescriptibilidad de ciertos delitos y amnistiabilidad de éstos, recogidos en los considerandos siguientes:

"*Quinto*: Que lo expuesto es concluyente en orden a que no se da la concurrencia de los presupuestos que hacen posible una declaración de prescripción de la acción

penal, en esta causa;"

"Octavo: Que los Convenios de Ginebra sólo se aplican en caso de guerra... Para estos efectos, cabe tener presente lo siguiente:

a) Que la guerra es un estado excepcional que trae consigo la aplicación de normas excepcionales. Que en tiempos de guerra rige el derecho de la guerra que regula relaciones entre enemigos.

b) Que en el caso de guerra rigen principios humanitarios mínimos que protegen los derechos intangibles de los contendientes, proscribiéndose actos inhumanos como homicidios, torturas o tratos crueles.

c) Que en Chile se encontraba vigente en 1974, la disposición del art. 418 del Código de Justicia Militar...

d) Que en 1974 regía en Chile el Estado de Sitio, el cual se aplicó a partir del 18 de septiembre de 1973, el que fue normado por el D.L N° 640 del 10 de septiembre de 1974, señalando que el país se encontraba en tiempos de guerra cuando se producen situaciones previstas en art. 418 del Código de Justicia Militar y que el Estado de Sitio tiene lugar en caso de Guerra Interna o Externa, no habiendo guerra externa es claro que existía una situación de guerra interna...

h) Que en tal realidad, son plenamente aplicables los Convenios de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil afectada y se mencionan los crímenes de guerra, los cuales constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser éste interno o internacional."

"Duodécimo: ... De esta manera, tales delitos que constituyen infracciones graves de la Convención, son imprescriptibles y no sujetos a Amnistía, no pudiendo aplicarse respecto de ellos la prescripción de la acción penal de diez años respecto de crímenes previsto en el art. 94 del Código Penal, ni tampoco corresponde aplicar la amnistía como forma de extinguir la responsabilidad penal, como determina el D.L. N° 2.194 en armonía con el art. 93 de Código Penal. El intento de un Estado por alterar la condición criminal y la responsabilidad consiguiente de los actos que vulneran las leyes de la guerra y los derechos de las personas durante ella, está fuera de la competencia del Estado, mientras éste sea parte de las Convenciones de Ginebra. Sobre derecho humanitario ello sería más grave aún, si con ello se persigue encubrir una responsabilidad no sólo individual, sino también de agentes del Estado o funcionarios públicos,

lo que constituiría una situación de autoabsolución que repugna a toda noción jurídica básica de respeto de los derechos humanos y del respeto del derecho consuetudinario y conveccional internacional de derechos humanos junto con vulnerar los valores y principios básicos de nuestro propio ordenamiento constitucional como hemos sostenido en el fundamento o considerando tercero de esta resolución."

"Décimo tercero: (En referencia a Convención contra Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes)... "Así de acuerdo a las disposiciones citadas, no cabe la prescripción de la acción penal ni la amnistía sobre los delitos de tortura, ya que existe la obligación impuesta por el tratado, que forma parte del ordenamiento jurídico interno, con un valor superior a la ley, que obliga a los órganos del Estado, y especialmente a los tribunales de justicia de respetar y promover los derechos y obligaciones contenidas en el tratado para el Estado de Chile, quien no puede dejar de investigar, ni de ejercer jurisdicción sobre los delitos de tortura que se hayan determinado y en los cuales existen personas individualizadas como autores, cómplices y encubridores del delito analizado..."

"Décimo cuarto: (Con referencia a Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) "... en el art. 5º párrafo 2º establece el deber de los Estado parte del Pacto de no admitir restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes internas, convenciones, actos administrativos o costumbres, lo que hace inaplicable la prescripción de la acción penal a crímenes graves de guerra o delitos de lesa humanidad que violen derechos humanos esenciales, como son el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado..."

"Décimo quinto: Que violen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la amnistía, ésta la circunscribe sólo el ámbito de quienes fuesen condenados a muerte, con el objeto de preservar el bien jurídico de mayor valor que es la vida humana. De acuerdo a este razonamiento, no puede ser invocada la amnistía para impedir la sanción de individuos o agentes del Estado que, debiendo proteger y garantizar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, hubieran actuado violentando tales derechos. A ello debemos agregar el principio de que las normas jurídicas deben ser interpretadas en la manera que mejor favorezca a la protección de los derechos, por lo tanto, las excepciones deben ser siempre consideradas en sentido restrictivo".

"Décimo séptimo: Que el derecho a la justicia frente a las violaciones criminales de derechos humanos no admiten suspensión de acuerdo al artículo 15, inciso segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer "Nada de lo

dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos en omisiones que, en el momento de cometerse fuesen delictivos según los principios generales del derecho que no admite suspensión alguna, ni aun bajo estado de guerra interna o externa. Frente a la norma no puede sostenerse en su contra el principio de legalidad o de no retroactividad de la ley, ya que la justicia debe ser ejercida de acuerdo a principios generales del derecho, reconocidos por la Comunidad Internacional, los que priman y deben preferirse a la legislación interna en caso de conflicto con ella, y aún en caso de peligro para la vida misma de la nación, como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en el artículo cuarto párrafo 6°."

"Décimo octavo: Que esta Corte se encuentra vinculada por la Constitución Política de la República y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo sustraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5°, inciso 2° de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y honor del Estado de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de Derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la Carta Fundamental, de la Nación Chilena".

*** Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago,** Recurso de Apelación, Rol N° 38.683 - 94 de 30 de septiembre de 1994.

Los argumentos centrales sobre inamnestiabilidad del delito de secuestro, se recogen en los considerandos que se citan a continuación:

"Segundo: Que lo expuesto es concluyente en orden a que no se da convivencia de los presupuestos que permitan declarar la amnistía en esta causa por secuestro".

"Tercero: Que por otra parte es necesario precisar si son aplicables en estos autos, los Convenios de Ginebra del año 1949 sobre derecho humanitario internacional, ya que de serlo, los delitos por ellos contemplados son imprescriptibles y no sujetos a amnistía"

"Décimo tercero: Que forma parte también de nuestro ordenamiento jurídico la Convención Americana de Derechos Humanos... de acuerdo con ella, cual existe el deber de todos los órganos del Estado, y en especial de los Tribunales de Justicia de aplicar el artículo 1° párrafo 1° de dicha Convención, éste establece: "Los Estados

Partes, en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona..."

V.- DERECHO DE LA GUERRA Y AMNISTÍA.

El derecho de la guerra es de antigua data en el *corpus iuris gentium* se remonta a las doctrinas del *bellum justum* (Kelsen) fundamento de la inserción de la guerra en el sistema de sanciones del Derecho Internacional. En este siglo el derecho de la guerra alcanza parcial codificación en las Convenciones de Ginebra y de La Haya, sentado sobre las premisas o principios siguientes (Shubiszeski):

a) "En la guerra, la necesidad no elimina las obligaciones y prohibiciones resultantes del derecho de guerra y de neutralidad [...] El derecho de guerra y de neutralidad no son *ius dispositivum*, sino *ius cogens* [...] La acción debida a la necesidad militar equivale a tomar las medidas indispensables para vencer al enemigo, pero que, al mismo tiempo, sean admisibles dentro del Derecho y los usos de la guerra".

b) El progreso tecnológico y la invención de nuevas armas, supone la existencia de casos no regulados, lo que no importa absoluta libertad de acción para beligerantes.

c) El principio de humanidad, de suerte que el uso de armas y métodos para dañar al enemigo deben ser proporcionados a objetivos militares y a las víctimas debe dárseles la mayor protección posible.

d) El derecho de la guerra se funda en diversas distinciones: fuerzas armadas y población civil, posiciones defendidas y posiciones no defendidas, objetivos militares y no militares. La población civil está exenta de ataque, "a menos que tome parte en las hostilidades o incurra en actos hostiles contra los beligerantes".

Ciertamente, la guerra total y las armas de destrucción masiva pusieron en entredicho el derecho de la guerra y sus principios; por ello su configuración como *ius cogens* (Lillich-Newman). Más aún, como señala Akehurst, la persecución de los crímenes de guerra constituye otro medio para forzar a los Estados a obedecer al derecho de la guerra."

Por último, tratándose del derecho de la guerra en conflictos armados internos, las dificultades surgidas y necesidad de un derecho humanitario, son resueltas por los Convenios de Ginebra (art. 3º). Precisamente sobre esta disposición y en el derecho interno de la guerra descansa la doctrina que aplica el derecho de la guerra al instituto

de la amnistía caracterizando los "crímenes de guerra" como delitos no susceptibles de amnistía y prescripción.

Por tanto, resulta pacífico en la doctrina (S.P. Marks), sostener que el "Derecho de la Guerra" es un producto moderno del Derecho Internacional, y la amnistía referida a "crímenes de guerra" es un incumplimiento grave del orden internacional; en la medida que no puede suprimirse por el Derecho Interno la eficacia de la ley penal para un hecho y la condición criminal de una persona que le son determinadas por dicho Derecho Internacional; todo sin perjuicio de reconocer con la amnistía la comisión de dichos crímenes favoreciendo su impunidad y vulnerando el derecho a la justicia.³¹

En nuestra doctrina H. Montealegre ha sostenido que la guerra no es para el Derecho un hecho irrelevante; de suerte que configurado como estatuto jurídico de la enemistad, el "Derecho de la Guerra" impone derechos y obligaciones a beligerantes, entre los que se cuentan los principios humanitarios, que prohíben actos inhumanos como el homicidio, la tortura, los atentados a la dignidad personal, etc. Conforme al artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, se define la aplicación de este instrumento cuando el Estado no puede mantener su aplicación en Derecho Común (conflicto armado sin carácter internacional), por haber hostilidades, de carácter colectivo entre fuerzas organizadas y dirigidas por un mando responsable y en el territorio de un Estado parte. En consecuencia, resulta esencial para sostener la tesis de que los delitos cometidos durante la "guerra" (crímenes de guerra) no son susceptibles de los institutos de amnistía y prescripción, establecer de manera convincente la vigencia del "Derecho de la Guerra".

El art. 418 del Código de Justicia Militar (C.J.M.), vigente entre 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, prescribe: "Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial".

³¹ MONTEALEGRE KLENER, H., **La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos**, Edic. A.H.C., Stgo., 1979. pp. 344 y ss.

- SHUBISZESKI en SORENSEN, Max y Otros: **Manual de Derecho Internacional Público**, F.C.E., México D.F., 1ª ed., 1973, 2ª reimp., 1981, pp. 733-778.

- AKEHURST, M., **Introducción al Derecho Internacional** (trad. y notas M. Medina O.), Alianza Editorial S.A., 1ª ed., 2ª ed. 1988 de 5ª inglesa, Madrid, 1988, pp. 219-248.

- VASAK y Otros, **Las dimensiones internacionales de los derechos Humanos** (3 vol). Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984. En especial S.P. Marks, Vol. I, pp. 254-303.

Este precepto comprende cuatro situaciones:

1.- Hay estado de guerra cuando ha sido declarada oficialmente en conformidad a las leyes respectivas.

2.- Hay estado de guerra por haberse declarado oficialmente el Estado de Sitio, en conformidad a las leyes respectivas.

3.- Hay estado de guerra cuando de hecho existiere, aunque no se haya hecho su declaración oficial.

4.- Hay estado de guerra cuando se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.

Como durante el período comprendido en la amnistía estuvo vigente el Estado de Sitio, se va a precisar el estado de guerra que surge cuando se declara.

El Estado de Sitio, según la Constitución de 1925, procedía por dos causales: ataque exterior y conmoción interior.

El Estado de Sitio rigió en el país, a partir del 18 de septiembre de 1973 en adelante, y se fundó en la causal de conmoción interior, con las salvedades que le introdujo el D.L. 640, de 10 de septiembre de 1974.

La conmoción interior. Según el diccionario, el vocablo "conmoción" significa "movimiento o perturbación violenta del ánimo o del cuerpo" y "tumulto, levantamiento, alteración de un reino, provincia o pueblo".

La doctrina constitucional había interpretado este causal en el sentido que, para declarar el Estado de Sitio, la conmoción debía haberse expresado en sucesos patentes y graves que manifestaran violencia, tumulto, levantamiento o alteración de la República, de modo que hubiera una situación de real emergencia.

A diferencia de la otra causal que hace procedente la declaración del Estado de Sitio, es decir, el ataque exterior, esta causal es más difusa. Sin embargo, como es el C.J.M el que la introduce en el ordenamiento jurídico, es ahí donde debe buscarse la precisión y determinar cuál es la conmoción idónea que sirve para provocar el estado de guerra.

Para Montealegre, el **estado de guerra interno** es una institución intrínsecamen-

te militar, en cuanto es postulada sólo por una situación que se define en términos militares. Esto requiere que la emergencia, ante la cual el estado de guerra interno es una reacción jurídica, sea de verdad una amenaza para los institutos armados en cuanto tales (en cuanto fuerzas de combate).

La conmoción idónea para provocar el estado de guerra, entonces no puede ser nada inferior a una lucha militar o militarizada, esto es, un conflicto armado interno. Por esto, la conmoción interior no puede ser sino aquella en que "un ejército debe operar contra fuerzas rebeldes militarmente organizadas" (art. 73 y otros). La naturaleza de la emergencia debe postular intrínsecamente la necesidad de la intervención de las fuerzas armadas para su superación. Por esto, el elemento material indispensable que integra un "estado de guerra" - cuando éste surge en virtud de la declaración oficial de Estado de Sitio por conmoción interior -, ha de ser una situación de rebelión militarizada o una insurrección. Por lo tanto, quedan fuera los disturbios o atentados contra el orden público.

Es esencial a esta situación de guerra interna que el ataque interior sea, a la vez peligroso e ilícito, por lo que debe suprimírsele por la fuerza y castigarse a los culpables. Al no tener una justificación legal e infringir el Derecho Penal Interno, el ataque es de carácter delictual.

Si el estado de guerra interno no se fundara en esta ilicitud, se estaría ante un reconocimiento de beligerancia. En este caso, la situación pasa a denominarse guerra civil y la normativa aplicable no es el Derecho Interno, sino el Internacional.

El 10 de septiembre de 1974 se publicó en el Diario Oficial el D.L. N° 640, que reglamentó el Estado de Sitio. Esta norma señaló que se entiende que hay Estado de Guerra o que es tiempo de guerra cuando se producen las situaciones previstas por el art. 418 del C.J.M., y que el Estado de Sitio de este último precepto tiene lugar en caso de Guerra Interna o Externa. Prescribió las causales del Estado de Sitio: 1) peligro de ataque exterior o de invasión y 2) conmoción interior. Indicó que la declaración del Estado de Sitio hacía aplicables las normas del Título III del Libro I del C.J.M. (De los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra) y el Título IV del Libro II del C.J.M. (Del Procedimiento Penal en Tiempo de Guerra). Y estableció cuatro grados en que podía decretarse el Estado de Sitio:

- 1) Estado de Sitio por situación de **Guerra Interna o Externa**;
- 2) Estado de Sitio en grado de **Defensa Interna**;

3) Estado de Sitio en grado de **Seguridad Interior**, y

4) Estado de Sitio en grado de **Simple Conmoción Interior**.

El **Estado de Sitio por situación de Guerra o Externa** procedía en los casos del art. 418 del C.J.M.

El **Estado de Sitio en grado de Defensa Interna**, procedía "en caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya que sea en forma abierta o clandestina" y se aplicaba la penalidad propia de tiempo de guerra.

El **Estado de Sitio en grado de Seguridad Interior**, procedía "cuando la conmoción sea provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que no se encuentren organizadas". Y la penalidad propia del tiempo de guerra se debía aplicar rebajada en un grado.

El **Estado de Sitio en grado de Simple Conmoción Interior**, procedía "en los demás casos previstos en la legislación vigente"

Durante el lapso comprendido entre el 18 de septiembre de 1973 y el 19 de abril de 1978 estuvo vigente el Estado de Sitio.

Norma legal	Entrada en Vigencia	Grado
D.L. 3	18/09/73	
D.L. 360	16/03/74	
D.L. 641	11/09/74	DEFENSA INTERIOR
D.L. 922	11/03/75	DEFENSA INTERIOR
D.L. 1181	11/09/75	SEGURIDAD INTERIOR
D.L. 1369	11/03/76	SEGURIDAD INTERIOR
D.L. 1550	11/09/76	SEGURIDAD INTERIOR
D.L. 1688	11/03/77	SEGURIDAD INTERIOR
D.L. 1889	10/09/77	CONMOCIÓN INTERIOR

Conforme al D.L. N° 640 es posible resaltar algunos aspectos:

1.- En primer lugar, entre el 18 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de

1974 no se distinguían graduaciones del Estado de Sitio. Éstas se empezaron a efectuar a partir del 11 de septiembre de 1974, con el D.L. 641, que declaró el Estado de Sitio en grado de Defensa Interna.

¿Qué situación había, entonces, entre el 18 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974?. La respuesta la da el D.L. N° 3 y el N° 5 y a los considerandos del D.L. 641.

El **D.L. N° 3**, de 18 de septiembre de 1973, señala entre la normativa fundante, además del art. 72 N° 17 de la Constitución (que establece las causales del Estado de Sitio), la del Título III del Libro I del C.J.M., que reglamenta **Los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra**.

El **D.L. N° 5**, de 22 de septiembre de 1973, declaró la situación de guerra interna al interpretar el art. 418 del C.J.M. En su artículo 1 señaló: "Declárese **interpretado** el artículo 418 del Código de Justicia Militar, **que el estado de sitio declarado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse "estado de guerra" para** los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación".

El **D.L. N° 641** señala en sus considerandos lo siguiente:

"a) Que las graves circunstancias que ha vivido el país y que motivaron la declaración de Estado o tiempo de guerra, según lo dispuesto en los decretos leyes 3 y 5, se encuentran en la actualidad en gran parte superadas;

b) Que, en efecto, la acción patriótica y eficaz de las Fuerzas Armadas y de la ciudadanía ha permitido controlar la acción subversiva de grupos organizados que perseguían tomar el control político del país, con la aceptación del gobierno anterior, circunstancia esta última que determinó a la Junta de Gobierno asumir el Mando Supremo de la Nación, según lo prescribiera el decreto ley 1, de 1973;

c) Que habiendo sido controlados los grupos organizados a que alude el considerando anterior..."

Es decir, **entre el 18 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974 hubo una situación de guerra interna caracterizada por la acción de grupos organizados que perseguían el control político del país**. En otros términos, habían "fuerzas rebeldes organizadas" (art. 73, C.J.M.), y en consecuencia se aplicó el "Derecho de

Guerra" para combatir a la disidencia.

En segundo lugar, a partir del D.L. N° 641, el Estado de Sitio tuvo graduaciones. Por ello, entre el 11 de septiembre de 1974 y el 11 de marzo de 1978, es posible distinguir tres situaciones:

a) 11/09/74 al 10/09/75: durante este período rigió el Estado de Sitio en grado de Defensa Interna. Esto es, hubo conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o clandestina (letra b, art. 6, D.L. 640).

b) 11/09/75 al 09/09/77: durante este período rigió el Estado de Sitio en grado de seguridad Interior. Esto es, hubo conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas no organizadas (letra c, art. 6, D.L. 640).

c) 10/09/77 al 11/03/78: durante este período rigió el Estado de Sitio en grado de Simple Conmoción Interior. Esto es, hubo una situación de guerra interna provocada por una situación que no sea las que contemplan los demás grados: Guerra Interna o Externa; Defensa Interna y Seguridad Interior.

En tercer lugar, es necesario destacar que la diferencia entre el Estado de Sitio en grado de Defensa Interna y el que se decreta en grado de Seguridad Interior, no es la conmoción interior ni la existencia de fuerzas rebeldes o sediciosas ni sus efectos - iguales, prácticamente, para todos - sino si estas fuerzas están o no organizadas; es decir, no es la situación provocada la que califica el grado sino la organización o no del o los agentes que la generan. El Estado de Conmoción Interior es igual en el Estado de Sitio en grado de Defensa Interna y en el de Seguridad Interior. La diferencia radica en que el primero las fuerzas rebeldes o sediciosas están organizadas, mientras que en el por grado de Seguridad Interior no.

En el cuarto lugar, la situación existente entre el 18 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1978 no difiere sustancialmente, por dos razones:

a) Durante todo este período existe conmoción interior y fuerzas rebeldes o sediciosas, y rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempos de guerra.

La situación entre el 18 de septiembre de 1973 y el 10 de septiembre de 1974 es clara: el Estado de Sitio que rigió en este período se dictó por Conmoción Interior, que era una de las causales que establecía la Constitución de 1925 para ello. Tal como lo

señaló el segundo considerando del D.L. N° 641, en esa época hubo "acción subversiva de grupos organizados que perseguían tomar el control político del país". Entre el 11 de septiembre de 1974 y el 9 de septiembre de 1977 hubo Estado de Sitio en grado de Defensa Interior (11/09/74 - 10/09/75) y en grado de Seguridad Interior (11/09/75 - 09/09/76), que exigen la conmoción interior y la existencia de fuerzas rebeldes o sediciosas.

b) El primer grado del Estado de Sitio procede por Guerra Interna o Externa. A su vez, el Estado de Sitio sólo tiene dos causales: por peligro de ataque exterior o de invasión y por conmoción interior. Indudablemente, el Estado de Sitio en grado de Guerra Externa corresponde a la primera causal, es decir al ataque exterior o invasión. El Estado de Sitio en grado de Guerra Interna corresponde a la segunda causal, es decir, en caso de conmoción interior. Por una razón bastante simple: no puede haber guerra interna por ataque exterior o por invasión. Esto significa que la causal de Conmoción Interior es la misma para las graduaciones de Guerra Interna, Defensa Interna, Seguridad Interior y Simple Conmoción Interior.

La última observación que es necesario hacer al D.L. N° 640, se refiere a los efectos que produce la declaración de Estado de Sitio. Éstos son los mismos, cualquiera sea el grado en que se haya dictado, salvo para el que se dicta en grado de simple conmoción interior. Es decir, tanto el Estado de Sitio declarado por situación de Guerra Interna o Externa, como los declarados en grado de Defensa Interna y de Seguridad Interior, producen los mismos efectos.

Estos efectos son:

1° Rigen los tribunales militares y los procedimientos en tiempos de guerra.

2° Las penas aplicables son las de tiempo de guerra. Pero tratándose del Estado de Sitio en grado de Seguridad Interior, es decir para los delitos cometidos entre 11 de septiembre de 1975 y el 9 de septiembre del año 1977 en que corresponda una pena en tiempos de guerra, la pena se rebaja en un grado.

3° El Presidente de la Junta Militar tenía la facultad de trasladar las personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes (art. 10 del D.L. N° 641 y N° 14 del art. 10 del D.L. N° 527).

4° Había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, quien podía dictar ciertas normas (los Bandos).

5° Para el período comprendido entre el 18 de septiembre de 1973 y el 10 de septiembre de 1974, en que rigió un estado de guerra interna pleno, rigieron preceptos que calificaban, agravaban o pasaban a integrar el tipo de ciertos delitos.

Tratándose del Estado de Sitio en grado de Simple Conmoción Interior, sólo se producía un efecto: la facultad de arrestar y trasladar que tenía el Presidente de la Junta de Gobierno a que se hizo alusión recién.

Que los efectos sean los mismos para todos los grados en que se puede declarar el Estado de Sitio, comprueba que los distintos grados no se diferencian más que en relación al agente que los provoca, pero no a la situación misma. Pues ¿de qué otra manera puede explicarse que se tomen las mismas medidas tratándose del Estado de Sitio por Guerra Interna o Externa que el declarado por Defensa Interna o Seguridad Interior?. Esto puede explicarse sólo sobre la base que los grados señalados son, en los hechos, iguales. Por tanto, se podría sostener que en todo el período en que estuvo vigente el Estado de Sitio se aplicó derecho de la guerra, y en todo caso estuvo vigente el derecho de la guerra al menos en el período 18 de Septiembre de 1973 y 10 de Septiembre de 1974.

VI.- A MODO DE CONCLUSIÓN: DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES AL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA.

Históricamente el principio dogma de la soberanía es un elemento axial de la formación del Estado Moderno (monarquía absoluta), formulación de los "políticos" franceses (L'Hôpital, Bodin) para lograr la paz interna (guerra religiosa) elevando al monarca "legibus solutus est" por encima de la religión de sus súbditos y los privilegios estamentales. Por lo tanto, no deja ser una paradoja que la soberanía bodiniana tenga como limitaciones las "leyes de Dios y de la Naturaleza": leyes fundamentales del reino, derecho de propiedad y *tratados*, limitaciones que dan cuenta de la "semi modernidad" de Bodin y que pasará al liberalismo del siglo XVIII a través de la literatura de los monárquicos.

Sin embargo, a partir de las aportaciones de "maquiavelianos" como HOBBS y HEGEL (Meinecke) el concepto soberanía adquiere su radicalidad: "El soberano tiene el poder indiviso, incondicionado, de crear, modificar y violar el derecho" (Kriele)³². La apoteosis del principio monárquico en este siglo la "teoría del caudillaje" (Schmitt, Conde), designan como soberano a aquel capaz de decidir el estado de excepción. Por

³² KRIELE, Martin, **Introducción a la Teoría del Estado** (trad. E. Bulygin), Edic. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 69.

ello, el abuso político del principio dogma de la soberanía (Kelsen) ha llevado a concepciones teórico-prácticas que exaltan el Estado, transformándolo en un verdadero mito (estatolatría): soberanía interna y soberanía externa, como soberanía del Estado. En consecuencia, no resulta raro constatar la tensión dialéctica entre el principio-dogma de la soberanía y el Estado Constitucional.

En el Estado Constitucional "no hay ningún soberano" (Kriele) en su interior, el pueblo es depositario del poder constituyente y titular del poder estatal, correspondiendo el ejercicio de la soberanía (poder estatal) a los órganos del Estado conforme a la distribución estatuida en la Constitución. El principio de libertad axial en el Estado Constitucional democrático se basa en la "reestructuración cualitativa" (Kriele) de las instituciones del poder para obtener el óptimo de libertad. En este cuadro los derechos humanos como entidad intangible fundada en los valores-principios de dignidad, libertad e igualdad constituyan un efectivo límite al ejercicio del poder estatal ("poderes constituidos"). De esta manera, la conformación de relaciones entre democracia y derechos humanos es de condicionamiento mutuo: "la democracia presupone libertad individual protegida jurídicamente para todos, la libertad para todos presupone democracia" ³³.

Uno de los "derechos" de la soberanía: los institutos de clemencia, tienen conceptualmente como limitación los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", término de filiación iusnaturalista que puede ser reconducido al concepto de derechos humanos (art. 5º inciso segundo C.P.R.). ³⁴ Por lo tanto, el análisis microjurídico- macrojurídico del instituto de la amnistía como expresión de la soberanía (poder político), debe tener como valor-principio axial la virtualidad limitadora de dicho poder de los derechos humanos. En este contexto, debe analizarse la garantía institucional suprema del artículo 5º inciso segundo de la Constitución, en orden a imponer a los órganos del Estado un deber negativo de respeto y un deber positivo de promoción de los derechos fundamentales, y de los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales ratificados y vigentes. En consecuencia, las soluciones hermenéuticas en la relación Constitución, tratados y Derecho Interno debe tener como reglas torales: soluciones útiles en el marco del perfeccionamiento del Estado de Derecho y soluciones fundadas en un principio favor libertatis.

Con todo, en este apartado de conclusiones recogeremos una síntesis de los conceptos, principios y normas relevantes en el tratamiento dado al instituto de la

³³ **Op. cit.**, p. 470.

³⁴ TRONCOSO R.C. y VIAL S.T., Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2 y 3, Tomo II, 1993, pp. 695-704.

amnistía en la jurisprudencia:

* La amnistía es un instituto de clemencia o de "derecho de gracia", "derecho" que emana de la soberanía, constituyendo una causal de extinción de la responsabilidad penal, por disposición de ley de quórum calificado o quórum calificadísimo (art. 60 N° 16). La amnistía surge después de cometido el delito (R. del Río). A diferencia de las causales de exención de la responsabilidad penal.

* La amnistía es la renuncia del Estado a ejercer el ius puniendi respecto a ciertas acciones u omisiones que deberían ser castigados, constituyendo la modalidad de perdón más amplia respecto de la responsabilidad penal pues, sin borrar ni el hecho ni su ilicitud elimina los efectos penales del delito, e incluso, pone fin a la posibilidad de pronunciar una sentencia condenatoria con respecto a las personas sobre los cuales haya recaído.

* La jurisprudencia de tribunales Superiores de Justicia (y de órganos del Estado) recepciona esta doctrina casi "uniforme" acerca de la radicalidad de los efectos de la amnistía, entendiendo que el instituto de clemencia impide y paraliza la acción judicial conducente a castigar el delito, o anula y deja sin efecto las condenas que por delitos se hayan impuesto, borrando el carácter de delincuente del hechor; sin perjuicio de subsistir la responsabilidad civil que surge del hecho dañoso.

* La amnistía y la prescripción son institutos extintivos de la responsabilidad penal, que no se fundan en el valor justicia; más aún son contrarios a este valor al importar "impunidad"; obedecen a otro valor superior del ordenamiento jurídico: el valor **seguridad jurídica** denominado también paz social o conveniencia social o pacificación. De esta manera, la amnistía históricamente en cuanto instituto de clemencia se ha referido a delitos políticos o delitos comunes anexos a éstos; por lo que el castigar deviene en un obstáculo para la conveniencia social o paz. En doctrina se ha estimado que la amnistía debe ser otorgada por la ley impersonal y objetiva, que no discrimine en razón de bandos, y que no sea extensa en demasía o frecuente en demasía para no dañar el objetivo preventivo de la ley penal.

* La amnistía no debe erigirse en un auto perdón o autoamnistía (Mera, Montealegre) 34, debe mirar más bien al valor seguridad (paz social), en definitiva al fin immanente de bien común de la sociedad política. En nuestro país, desde la consolidación de la República (1826), se han dictado hasta la fecha 28 leyes y decretos leyes con relevancia política (Cumplido), 23 leyes aprobadas de gobiernos republicanos y 5 por gobiernos autoritarios, y la cobertura de delitos amnistiados: 18 cuerpos legales afectan delitos políticos y conexos, 9 delitos políticos y comunes, y sólo 1 comprende delitos comunes.

* El D.L. N° 2.194, de 1978, denominado "ley de amnistía" ha sido caracterizado por un sector de la doctrina como un "autoperdón" (Mera) o "autoamnistía" (Montealegre), formulándose un complejo reproche de constitucionalidad. Basado en tal reproche se han planteado proyectos de ley de interpretación, derogación e incluso nulidad de la ley amnistía, iniciativas que se topan con obstáculos insalvables.

* La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha recogido el problema de constitucionalidad de la ley de amnistía, configurándose la doctrina jurisprudencial que se expone:

1) En Sentencia de la Corte Suprema Rol 27.640, de 1990, el Supremo Tribunal conoce de la acción de inconstitucional que persigue la no aplicación de preceptos legales contrarios a la Constitución que, de aplicarse en una gestión judicial, causarían grave daño. En nuestro sistema de jurisdicción constitucional el control represivo facultivo de constitucionalidad (de fondo) de las leyes es una atribución de la Corte Suprema. La contradicción entre el precepto legal y la Constitución debe ser "específica, completa y perfecta" [...] no puede referirse a una parte del precepto legal" (Bulnes). De los fundamentos del recurso de inaplicabilidad destaca la infracción del art. 5° de la Constitución, en la medida que los Convenios de Ginebra impiden amnistiar a violadores de derechos humanos. En la materia, el alto Tribunal indica que respecto de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, sus normas no tienen actual aplicación por no haber establecido la ley penal nacional en tipo penal al efecto (Cons. 25°). En cuanto a los Convenios de Ginebra se declaró que bajo Estado de Sitio, el país no tuvo un conflicto armado interno o guerra interna (Cons. 26°). Finalmente, en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no hay contradicción entre este Pacto y ley de amnistía, en cuanto que el principio de irretroactividad impide aplicarlo a hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación al Derecho Interno (1989) y el artículo 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que disponen que las normas convencionales no obligarán a Estados parte respecto de ningún hecho o acto que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado. Por último, la sentencia en comento dispone que una vez verificada la "**procedencia de la ley amnistía**", deben proceder los jueces a declararla conforme a artículos 107 y 408 N° 5 C.P.P., sin que tenga obligatoria aplicación el artículo 413 C.P.P., que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación destinada a comprobar el delito y determinar la persona del delincuente (Cons. 15), sin perjuicio de voto disidente en la materia (Retamal). Un argumento crítico a esta última doctrina jurisprudencial que afianza la necesidad de investigar hasta probar la procedencia de la amnistía, es que el instituto de clemencia extingue la responsabilidad penal (pena y todos sus efectos), por lo que antes de decretar tal extinción se debe acreditar, en el

proceso, el delito y sus autores, para determinar responsables beneficiarios de la amnistía. La determinación de responsabilidad penal *prima facie* es una exigencia natural de amnistía como forma de extinguir dicha responsabilidad, de lo contrario se incurre en la aporía descrita por Huneeus: *anmistiar a inocentes*.

En este punto debe hacerse una inflexión argumentativa. Hemos sostenido junto con la doctrina "uniforme" que la amnistía es una causal de extinción de la responsabilidad penal por disposición de una ley, que extingue por completo la pena y todos sus efectos (art. 93 N° 3 C.P.); sin perjuicio de la responsabilidad civil subsistente (art. 2314 del Código Civil); en la medida que del hecho ilícito nace una acción penal y una acción civil para perseguir responsabilidad, que sería un verdadero derecho adquirido, que no puede ser privado sino por expropiación; derecho adquirido del sujeto pasivo del delito que nace con la comisión del hecho ilícito. En este sentido, la amnistía tiene por efecto borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiere cometido (Etcheberry). Asimismo, la doctrina y jurisprudencia extienden la amnistía a la acción penal, de suerte que el Estado renuncia a ejercer el *ius puniendi*. Con todo, en rigor el art. 93 N° 3 del C.P. sólo se refiere a la responsabilidad penal y la pena; lo que exigiría sentencia condenatoria que imponga penas (Raimundo del Río). Ciertamente, este planteamiento reduccionista niega la existencia de dos clases de amnistía: la referida a la responsabilidad penal y la pena, y la referida al hecho punible. Aceptar el planteamiento de Raimundo del Río sería en muchos casos frustrar el fin pacificador o de conveniencia social o político-criminal del instituto de la amnistía. Sin embargo, aún aceptando la existencia de dos clases de amnistía, subsiste la cuestión de los efectos procesales del instituto de clemencia; materia en que la doctrina no es uniforme, a saber:

a) La amnistía concedida por ley en cualquier momento posterior al delito y durante la tramitación del proceso penal obliga al tribunal a apreciarla como excepción de previo y especial pronunciamiento y sobreseer definitivamente la causa (E. Novoa M., *Idem* S.C.S. de 9 de diciembre de 1931). Novoa resume este planteamiento: "Si la amnistía se dicta antes que se inicie el proceso, no podría deducirse acción penal alguna. Si se dicta durante el proceso, comprenderá sobreseer definitivamente en la causa... Y si se dicta mientras el sujeto cumple condena, habrá de ser puesto de inmediato en libertad y se tendrá por extinguida la pena".

b) Una matización doctrinal cabe hacer cuando se dicta ley de amnistía respecto de hechos punibles antes que exista sentencia condenatoria, caso en el cual es preciso "Llevar a cabo íntegramente la investigación; averiguar y probar los hechos; determinar quiénes los cometieron o participaron en ellos, y el término de la investigación dictar un sobreseimiento definitivo por tratarse de los hechos amnistiados". (Etcheberry)

En este punto la Excma. Corte Suprema en 1990 afianza la doctrina jurisprudencial que la amnistía "impide y paraliza" la acción penal, y sus efectos se producen de pleno derecho (Cons. 15º), de suerte que verificada la "procedencia de la ley amnistía" los jueces deben declararla conforme a los artículos 197 y 408 N° 5 del C.P.R. sin esperar agotar la investigación para dictar el sobreseimiento definitivo conforme al art. 413 del mismo Código. Con acierto observa Etcheberry el fallo incurre en un error lógico ("petición de principio") resumida en la frase: "una vez verificada la procedencia de la ley amnistía". "En efecto, ¿cómo puede verificarse la "procedencia de la ley de amnistía, sin investigar primero si se ha cometido o no un delito que caiga bajo su ámbito? Una vez terminada la investigación, el Juez podrá llegar a la conclusión de que no se ha cometido ningún delito, y entonces no es "procedente" amnistiar un delito que no se ha cometido; o bien que se ha cometido un delito que no cae dentro de los términos de la ley de amnistía, y entonces tampoco es procedente aplicar éste, sino continuar hasta la sentencia; o en fin, que se ha cometido un delito que realmente está comprendido en la ley de amnistía, y entonces sí es "procedente" aplicar esta ley y dictar un sobreseimiento definitivo". Este planteamiento es consistente con la naturaleza del instituto de la amnistía, en sus dos clases: la referida a la responsabilidad penal y a la acción penal, constituir una causal de extinción de la responsabilidad que borra el delito (y no hechos a secas cubiertos con un "manto de olvido" como equívocamente se ha sostenido); lo que exige acreditar prima facie los hechos como constitutivos de ilícito penal y la participación criminal. La responsabilidad penal "nace" con la comisión del hecho punible (Mir Puig), siendo una cuestión distinta la comprobación de dicha responsabilidad mediante el proceso penal; por lo que lógicamente debe acreditarse prima facie el hecho como delito. En caso contrario se produce la paradoja de amnistiar a inocentes (Huneeus). El "olvido" del propio delito con extinción de responsabilidad, pena y todos sus efectos; exige agotar la investigación judicial en el proceso penal.³⁵

³⁵ MERA FIGUEROA, J., "El Decreto ley N° 2.191, de Amnistía y los Derechos Humanos", Serie Documento, pp. 70-76.

Autores citados:

- NOVOA MONREAL, E., **Curso de Derecho Penal Chileno**, Edit. Ediar-Cono Sur Ltda. 2ª ed., Stgo. 1985, Tomo II pp. 474-479.

- ETCHEBERRY, A., **Derecho Penal**, Editora Nacional Gabriela Mistral, Stgo., 1976, Tomo II, pp. 197 y ss.

Idem: "Amnistía, Derecho y Justicia" en Revista *Mensaje*, octubre, 1990, pp. 369-372.

- DEL RÍO, R., **Derecho Penal**, Edit. Nascimento, Stgo., 1935, Tomo II, pp. 377 y ss.

- CUMPLIDO, F., "Responsabilidad Gubernamental, Amnistía y Reconciliación", Documento ICHEH, Stgo., 1983.

2) En Sentencia de M. Instructor, Rol N° 1-93, el Ministro Instructor innova parcialmente respecto a la doctrina jurisprudencial estimando agotada la investigación criminal concluyendo la participación de la "Brigada Mulchén de la DINA", sin individualizar a sus integrantes; lo que en todo caso resultaría inconducente (Cons. 12 y 17). En lo demás, la sentencia, reitera la doctrina casi uniforme en relación al instituto de la amnistía y radicalidad de sus efectos. Asimismo, la S.C.A. de Santiago, Rol N° 2578-92, recaída en recurso de protección antes referida insiste en un concepto de amnistía y radicalidad de sus efectos haciendo innecesaria la rehabilitación en el estatus de ciudadanía por el Senado en los casos del artículo 17 N° 2 C.P.R.

3) En S.C.S. Rol N° 30.114, de 1994, recaída en recurso de inaplicabilidad se asienta una importante doctrina sobre compatibilidad de la ley de amnistía con la igualdad ante la ley, en sentido que el principio de igualdad debe ser conceptuado como igualdad relativa o de trato, admitiendo diferencias razonables, sin afectar los caracteres de la ley de amnistía: general, impersonal y objetiva. (Cons. 5°, 6° 9°, 10°, 11° y 12°).

4) En S.C.A. de Santiago, Rol N° 13.597-94 y Rol N° 38.683-94, recaídas en recurso de apelación se consagra una doctrina jurisprudencial radicalmente diversa de la anterior, que aplica el "derecho de guerra", lo que nos permite sostener que los "crímenes de guerra" ("infracciones graves") son delitos no susceptibles de amnistía ni prescripción. Los fallos tienen dos líneas de argumentación axiales: primacía del Derecho Internacional sobre Derecho Interno y aplicación de tratados internacionales que hacen que el tribunal prescindiera del D.L. N° 2.191, de 1978. La línea argumental relativa a la primacía del Derecho Internacional, y del rango supralegal (Constitución material) de los Tratados es compartida con matizaciones por el ponente.³⁶ Sin embargo, es central la tesis de la aplicabilidad de las normas de Derecho Internacional, de suerte que incorporado el tratado al Derecho Interno (art. 32 N° 17 y 50 N° 1 C.P.R.),

³⁶ Esta doctrina mayoritaria en nuestro medio ha sido sostenida, entre otros autores, por:

- SILVA BASCUÑÁN, A., "Reformas sobre Derechos Humanos" *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 16, 1989.

- MEDINA QUIROGA, C., **Constitución, Tratados y Derechos Esenciales**, Editado por Corporación de Reparación y Reconciliación, Stgo., 1994.

- NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en *Revista Chilena de Derecho*, P.V.C., Vol 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre, 1993.

- TRONCOSO R. C. y VIAL S.T., Op. cit.

es este instrumento el que decide cómo deben ser aplicadas sus normas (también su denuncia, derogación, suspensión). De este modo, conforme a la regla de aplicabilidad, los tratados internacionales deben aplicarse preferente y prevalentemente, pues la ley interna no afecta la validez de las normas de Derecho Internacional, que se rigen por este orden jurídico; por lo que Estados parte de un tratado no pueden invocar disposiciones de Derecho Interno como justificante de incumplimiento de normas convencionales; de suerte que, para recuperar el legislador competencia reguladora en la materia, el Estado debe denunciar el Tratado con sujeción a las normas de Derecho Internacional.³⁷ La consecuencia última de este planteamiento es que ante una contradicción entre ley y tratado, el problema no es de validez de normas sino de aplicabilidad de normas, debiendo el órgano jurisdiccional aplicar preferentemente el tratado. En esta materia, la garantía institucional del artículo 5º inciso segundo C.P.R. impone deberes negativo de respeto y positivo de promoción de derechos fundamentales y derechos humanos a los órganos del Estado. En concreto tratándose de órganos jurisdiccionales la no aplicación de normas de Derecho Internacional, en particular de Derecho de los Tratados, es una infracción constitucional de notable abandono de deberes (art. 48 N° 2, literal c) C.P.R.) Los fallos en comento aplican tratados internacionales (Convenios de Ginebra, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José de Costa Rica), configurando la hipótesis de guerra interna que importa "Derecho de la Guerra". (D.L. N° 3, de 1973; D.L. N° 360, de 1974 y D.L. N° 641, de 1974, en relación a art. 418 del Código de Justicia Militar).

En este orden de ideas cabe agregar que la guerra no es para el Derecho un hecho irrelevante (Montealegre). El "derecho de la guerra" es el "estatuto jurídico de la enemistad" y su contenido el conjunto de los derechos y obligaciones de beligerantes. La guerra es el "conjunto de derechos y obligaciones entre enemigos"; hecho relevante para el Derecho, pues no está sustraída a principios humanitarios mínimos para

³⁷ OTTO, Ignacio de, **Derecho Constitucional** (Sistema de Fuentes), Edit. Ariel S.A., 1ª ed., Barcelona, 1987, pp. 122-126.

El malogrado Ignacio de Otto nos recuerda, con la agudeza que le era acostumbrada: "Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una peculiar resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior al tratado". "Esta combinación de criterios da lugar a una relación *sui generis*, no reducible al concepto de jerarquía y perfectamente explicable a partir de la naturaleza misma de los tratados" [...] "Pero, una vez contraída válidamente la obligación, ésta no puede alterarse unilateralmente por ningún órgano del Estado, tampoco por el legislador, porque ello supondría negar el principio *pacta sunt servanda*; y por ello el tratado se aplicará por encima de la ley".

Idem: NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Chileno" Ponencia a Seminario "Constitución Política de la República y Tratados Internacionales".

personas involucradas en ella, principios que prohíben aplicar el derecho interno sin requisitos mínimos de justicia, prohíben actos inhumanos (homicidio, la tortura, los atentados a la dignidad personal, entre otros).

* Para cerrar estas conclusiones, quisiéramos formular una hipótesis mínima, prescindir de la doctrina relativa al rango supralegal de los tratados e incluso del rango supraconstitucional de las reglas de *ius cogens*. Para esta hipótesis mínima: incorporados al Derecho Interno por los Convenios de Ginebra (1951) y demás tratados de derechos humanos su aplicabilidad depende del Derecho Internacional, de suerte que a la luz del "derecho de la guerra", los denominados crímenes de guerra son delitos inamnistiables e imprescriptibles. Por otra parte, la aplicabilidad preferente de Tratados de derechos humanos son consecuencia de la fuerza normativa de la suprema garantía institucional del artículo 5º inciso segundo C.P.R., y de principios constitucionales a saber: principio de supremacía constitucional y principio favor libertatis. En consecuencia, las soluciones hermenéuticas deben ajustarse a una interpretación finalista o sistémica, que permeando al instituto de la amnistía, engarce éste en el marco del Estado de Derecho.

Por otra parte, a los crímenes de guerra ("Derecho de la Guerra"), deben agregarse como delitos no susceptibles de amnistía y de prescripción, los delitos contra la humanidad (genocidio y desaparición forzada de personas). Los denominados delitos contra la humanidad "atacan al ser humano global e internacionalmente, de ahí que la atención puesta en ellos provenga fundamentalmente del Derecho Internacional" ³⁸. Así, V.gr. en el delito de "desaparición forzada de personas" junto con violarse la "libertad" se afectan "bienes de carácter internacional del sujeto" como su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, "y ello se expresa en su posibilidad de una multiplicidad de actos en la vida jurídica-social, que aparecen negados con el desaparecimiento, desde los más simples y personales, hasta el de ser reconocida su muerte; en definitiva el derecho reconocido a mantener su identidad de persona humana tanto en la vida como en la muerte, cuestión fundamental en la historia del hombre y de la humanidad y que es lo que ha determinado su acervo y evolución histórica, cultural y ética" ³⁹.

Este planteamiento teórico-práctico tiene como premisa valórica la "idea de humanidad" (Radbruch), que se proyecta en tres sentidos: "como el amor al hombre, contra todo lo que sea crueldad inhumana, como la dignidad humana, en contra de toda

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, **Manual de Derecho Penal** (Parte Especial), 2ª ed., Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1991, p. 156.

³⁹ **Op. cit.**, p. 159.

aniquilación inhumana de la cultura" ⁴⁰. Sobre tal "idea de humanidad" descansa la teoría de los derechos humanos; de suerte que, aceptando la propuesta metodológica de Bobbio el problema de fondo es hoy, no tanto justificar, como proteger los derechos. "Es un problema no filosófico, sino político". ⁴¹ Con todo, la amnistía por lo regular se inserta en el campo de la "justicia política" (Kirchheimer), campo en que la política termina desplazando a la justicia.

En este contexto, nos parece de extraordinaria agudeza la significación y funcionalidad política del instituto de la amnistía resumida por Concepción Arenal: "ni forma parte de la administración de justicia, y el que la ejerce no lo hace realmente como Jefe de Estado, sino de un partido victorioso que aplica a los vencidos la ley del más fuerte". ⁴²

De esta manera, a la significación y funcionalidad política del instituto de la amnistía se contrapone una decisión política que partiendo de la validez de los derechos humanos como: "consenso general" ("consensus omnium gentium" en Bobbio) tome posición por la protección efectiva de la "humanidad". En este "consenso general" los principios de jus cogens con jerarquía supraconstitucional (prohibición de guerra agresiva, piratería, esclavitud, y en materia de derechos humanos la prohibición del genocidio, crímenes contra la humanidad, principio de no discriminación, entre otros) se transforman en los valores-principios fundantes del Derecho Internacional de los derechos humanos. Por consiguiente, en materia de normas relativas a derechos humanos el Derecho Convencional Internacional distingue entre normas autoejecutivas y no autoejecutivas, no para excusar a un Estado parte en la aplicación de la norma, sino para definir su competencia positiva o negativa, ambas vinculantes para el Estado. Luego, con independencia de la caracterización del tipo de normas, la garantía institucional suprema del artículo 5º inciso segundo C.P.R. impone deberes a los órganos del Estado: deber negativo de respeto y deber positivo de promoción de derechos fundamentales y de derechos humanos, garantía institucional que hace operativo el precepto que fija como límite al ejercicio del poder estatal los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

⁴⁰ RADBRUCH, G., **Introducción a la Filosofía del Derecho** (trad. W. Roces), 1ª ed. 1951, F.C.E., México D.F., 3ª ed., 1965, p. 154.

⁴¹ BOBBIO, N.: "Sobre el Fundamento de los Derechos del Hombre" en **El problema de la guerra y las vías de la paz**, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2ª ed., 1992, p. 128.

⁴² ARENAL, C.: "El Derecho de Gracia ante la Justicia" en **Obras Completas**, Tomo XII, Madrid, 1896, p. 63.

Sobre esta intelectual "feminista" una nota biográfica recoge el maestro Adolfo Posada en: **Autores y Libros**, F. Sempere y Compañía Editores, Valencia, s.f.

APOSTILLAS: AMNISTÍA Y JUSTICIA POLÍTICA.

I.- JUSTICIA POLÍTICA.

Parafraseando a O. Kirchheimer el término "justicia política" está referido a la "utilización del proceso judicial con el fin de alcanzar (o mantener o acrecentar) o limitar (o eliminar) un poder o una influencia política". Históricamente, con el término justicia política se designa un abigarrado conjunto de hechos judiciales regulares e irregulares, reflejo de condiciones de fuerza política o de cambios en regímenes políticos. Un elocuente ejemplo de justicia política fue el proceso por "crímenes de guerra" en la postguerra, ("delitos contra la humanidad"); categoría que, resultado de una creciente internacionalización de los derechos humanos, se ha juridificado por completo. Así, la justicia política utiliza el aparato judicial para alcanzar, y al mismo tiempo legitimar metas políticas, dando origen a cuestiones de adecuación, necesidad y utilidad. En este contexto se observa una paradoja de la justicia política consistente en que el valor del procedimiento legal para transmitir o reforzar la legitimidad de un régimen, depende en gran parte de la medida en que tal procedimiento respete las limitaciones al procedimiento político, es decir, el grado de insistencia en las pruebas de una acción concreta del pasado, la libre postulación y enfrentamiento de los testigos, la libertad de la defensa y la distancia organizativa e intelectual entre la parte acusadora y el tribunal (Kirchheimer).

Estas apostillas recogen un comentario final a la ponencia principal; puesto que la E. Corte Suprema ha dictado sentencia definitiva recaída en recurso de queja respecto de uno de los fallos la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo total en la argumentación recogida en el trabajo monográfico relativo al instituto de la amnistía. La Sentencia de la Excma. Corte Suprema (S.C.S., Rol N° 5.566, de 1995) es, a juicio del ponente, un fallo que se enmarca en el campo de la justicia política, con un déficit de argumentación, déficit al que aludiré críticamente.

A continuación se reproducen los considerandos torales del fallo en comento:

"11.- Que de la lectura de disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado decreto ley N° 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades -constituyentes y legislativas-, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país declarando el estado de sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones, para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquellas a las que aluden los Convenios de Ginebra".

"12.- Que en otro orden de ideas cabe destacar que ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiables y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté expresamente prohibido dictar leyes de amnistía. Por el contrario, en el Protocolo Adicional a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), en su artículo 6º, Nº 5, se establece que "a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a la personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o determinadas por motivos relacionados con el conflicto armado".

"13.- Que en relación a los demás Tratados internacionales a que se ha hecho mención en los considerandos 4º, 5º y 6º de este fallo, es necesario señalar que sus disposiciones sólo son aplicables desde la fecha de su publicación en el *Diario Oficial*. Ello, en virtud del **principio de la irretroactividad de la ley** penal consagrado en la Carta Fundamental, en alguno de los tratados citados, y que complementa el artículo 18 del Código Penal. Por lo tanto, no puede pretenderse que ellos tengan aplicación a situaciones o hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación al Derecho Interno. Es más, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (*Diario Oficial* del 22 de julio de 1981) en relación con la aplicación de los Tratados, establece en su artículo 28 que "las disposiciones de un Tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir...".

"14.- Que, por lo dicho precedentemente, esta Corte Suprema, lejos de no aplicar los Convenios de Ginebra les atribuye a sus normas el real alcance y sentido en referencia a la exacta realidad fáctica que vivía el país en esa época. Lo anterior, es sin perjuicio además de reconocer que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional - como se destaca en la sentencia recurrida - si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuere procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las Naciones civilizadas no puedan invocar su Derecho Interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dicho tratados, lo que, ciertamente de producirse sí debilitaría el Estado de Derecho.

"20.- Que como se ha dicho la amnistía tiene la virtud de borrar el delito, lo que previó la Comisión Redactora del Código Penal al señalar que deja "a su actor en la misma situación en que estaría si no lo hubiese cometido". De ahí que el artículo 93 del citado Código exprese que se extingue la responsabilidad penal, entre otras causas, por la amnistía, por ello, en virtud a lo dispuesto en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal se deberán sobreseer definitivamente aquellos procesos cuando se declare hacer lugar a las excepciones que allí se indican como la del sNº 6 del artículo 433, esto es, la amnistía o indulto.

El **déficit argumental** de la sentencia en comento, puede desagregarse en los acápites siguientes:

1º La sentencia (Cons. 10-11) incurre en una contradicción lógica: reconoce el valor de la interpretación del art. 418 del Código de Justicia Militar para aplicar el Derecho de la Guerra (incluidos los tribunales militares en tiempos de guerra sustraídos de toda superintendencia de la Corte Suprema); pero niega valor jurídico a dicho Derecho de la Guerra para definir fácticamente la guerra, y hacer aplicable los Convenios de Ginebra. Además, se define de manera superficial la hipótesis de guerra interna prevista en los Convenios de Ginebra.

2º La sentencia dispone que "ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiables"; y por el contrario cita el Protocolo Adicional (II Art. 6º N° 5). La cita del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra está doblemente fuera de contexto; a saber: el Derecho de la Guerra, en especial el Derecho Humanitario surge para disciplinar el conflicto bélico y castigar los crímenes de guerra, y además, el favorecimiento de la amnistía para partes en conflicto armado no alcanza a la categoría de delitos denominados "crímenes de guerra".

3º La sentencia correctamente siguiendo un principio cronológico relativo a la incorporación de tratados de derechos humanos, desestima su aplicación fundado en un **principio de irretroactividad de la ley penal**, todo en conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Con todo, en virtud del artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República el supremo tribunal en cuanto órgano del Estado está sujeto a deberes negativo de respeto y positivo de promoción de derechos fundamentales en particular y de derechos humanos en general, garantía institucional que permea la tarea de interpretación del órgano y las posibles soluciones hermenéuticas que debe dar el órgano jurisdicтор en un proceso penal relativo a violación de derechos. V.gr. el principio *favor libertatis*, el principio de progresividad, garantías procesales etc...

4º La sentencia desconoce la doctrina de los actos propios y permite validar una auto-amnistía (justicia política), en abierta pugna con delitos: crímenes de guerra (y por cierto, delitos contra la humanidad) declarados en Derecho Internacional delitos no susceptibles de amnistía y de prescripción.

5º En relación al delito de secuestro como delito permanente, la sentencia (Cons. 16-18) niega de hecho el carácter de delito permanente y la probable coparticipación criminal no infrecuente en este tipo de delito. Más aún la sentencia (Cons. 17, a) señala que consta en el proceso penal que Uribe T. y Van Yurick A. "fueron detenidos con la participación del procesado el 10 de julio de 1974, es decir, dentro del período cubierto por el decreto ley N° 2191 de 1978"; reconociéndose así la comisión del delito y la participación criminal del inculpado. Con todo, la sentencia dando un salto lógico en la argumentación (salida del territorio del inculpado), se estima imposible la participación ulterior en el delito de secuestro del procesado. (Cons. 18).

6º La sentencia omite pronunciamiento sobre el delito de asociación ilícita objeto del procedimiento que motiva el recurso de queja.

7º Por último, la sentencia hace suya una doctrina jurisprudencial sobre los efectos procesales de la amnistía: verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces declararla en conformidad con artículos 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea obligatorio aplicar el artículo 413 de dicho Código, que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se trate de comprobar el cuerpo del delito y grado de participación criminal.

II.- AMNISTÍA, INDEROGABILIDAD Y RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Por otra parte, mención especial merece un déficit argumental de la sentencia comentada, que es la prescindencia de la rica evolución habida en materia de derechos humanos en el Derecho Público y en el Derecho Internacional. A este respecto la jurisprudencia de los organismos interamericanos es de gran riqueza doctrinal, a saber:

a) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en la desaparición forzada de Velásquez Rodríguez (Idem en caso Godínez Cruz). La Corte en su análisis de las obligaciones que el artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que:

"160º El problema planteado exige a la Corte un examen sobre las condiciones en las cuales un determinado acto, que lesione alguno de los derechos reconocidos en la Convención, puede ser atribuido a un Estado parte y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional".

"164º El artículo 1º.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención".

"165º La primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo, 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".

"166º La segunda obligación de los Estados partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el

aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos".

"169° Conforme al artículo 1° 1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo".

"170° Esa conclusión es **independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del Derecho Interno o desbordando los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los miembros de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del Derecho Interno**".

b) Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue recepcionada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente a denuncias contra Uruguay y Argentina por leyes de caducidad en la pretensión punitiva y de obediencia debida y punto final respectivamente. V. gr. cabe citar además la ley de amnistía de la República del Salvador de 1987 (decreto N° 805). En particular cabe recordar que respecto del delito de desaparición forzosa o involuntaria, a petición de la Comisión, la Asamblea General de la OEA resolvió en 1983: "Declarar que la práctica de la desaparición forzosa de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad".

Por lo demás, el contenido propio de la ley en el marco de una idea de Derecho, supone que en el contexto de una democracia representativa la "protección vía ley de los derechos humanos" (OC 6/86, P. 8); concluyendo la Corte: "la expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades". De esta manera, la ley formal, en que confluyen legalidad y legitimidad, hace de la autoamnistía un cuerpo legal que pugna con los principios de legalidad y legitimidad decantados por siglos de evolución del

Estado de Derecho.

En este contexto, la Comisión en el caso de Uruguay informó que la ley dictada, objeto de la denuncia, priva del derecho a recurrir a tribunales e impide una investigación imparcial y exhaustiva de violaciones a derechos humanos; de suerte que una ley fundada en el instituto de la clemencia vulnera los art. 8.1, 25.1 en relación a art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica. Finalmente, para las leyes de obediencia debida y de punto final en Argentina el Informe de la Comisión, desestimó la alegación del Gobierno en orden que las violaciones de derechos tienen lugar con antelación a la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica. Lo anterior puesto que de lo que se trata con la denuncia es establecer la privación del derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales, y las leyes objeto de la denuncia se refieren a un período de tiempo posterior a la ratificación de esta Convención.

c) Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Derechos Inderogables.

La doctrina jurisprudencial en relación a artículo 7º. 6, 25. 1 y 27 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos está consolidada en relación a la inderogabilidad de determinados derechos, resistencia de su contenido tutelar y esencial frente al estado de necesidad constitucional que permite suspender o restringir derechos específicos.

En OC 8/87, de 30 de enero de 1987 la Corte absolviendo una consulta de la Comisión dictaminó:

"La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el Gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho a que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el Gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (Cf. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986". Serie A Nº 6, párrafo 32) [...] "Como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado, pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan "las garantías judiciales indispensables para su protección". El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna

disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos". [...] "La determinación de qué garantías son "indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales "indispensables" para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquellas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender". [...] "Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción".

En OC 9/87 de 6 octubre de 1987, la Corte aclaró la cuestión relativa a la disponibilidad del *habeas corpus* y otros remedios-garantías procesales en estados de excepción:

"Nuevamente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos de aquellos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades".

En consecuencia, razonando *a fortiori* si para el estado de necesidad constitucional se fija un catálogo de derechos inderogables (art. 27 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 4º de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); le está vedado al legislador o al juez negar derechos o las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

III.- CONCLUSIONES.

A modo de conclusión, la sentencia del Supremo Tribunal objeto de estas sumarias apostillas dado su déficit argumental abre la puerta a recurrir al sistema interamericano de protección de derechos humanos; puesto que la interpretación judicial del estatuto de la amnistía en el marco de la vigencia del Derecho de la Guerra (crímenes de guerra); redundaría en privar del derecho a la jurisdicción y de garantías procesales para tutelar eficazmente derechos humanos vulnerados; dejando de aplicar Derecho Internacional Convencional y negando valor jurídico a principios de *ius cogens*. En este sentido, la sentencia del Supremo Tribunal (Cons. 14) reconoce que no aplicar tratados internacionales vigentes comprometería la seguridad y honor del Estado de Chile ante la Comunidad Internacional; "pues, es un principio reconocido universalmente que las Naciones civilizadas no pueden invocar su Derecho Interno en contra de dichos tratados, lo que ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho". De esta manera, la infracción del artículo 5º, inciso segundo de la Constitución y no aplicación de normas de tratados internacionales ratificados y vigentes, configuran la hipótesis para hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado de Chile en el sistema interamericano.