

La situación del Decreto Ley de Amnistía después del fallo Almonacid Arellano

*Matías Silva Alliende**

RESUMEN

La sentencia del caso Almonacid Arellano y otros versus Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condena a Chile a cumplir lo ordenado. El mismo Estado chileno debe determinar los medios a través de los cuales concretará y ejecutará las obligaciones emanadas de la sentencia. Lo anterior trae como consecuencia una obligación para nuestro poder legislativo: derogar el Decreto Ley (DL) de Amnistía. Por otra parte, nuestros tribunales superiores se han servido de la utilización de la prescripción gradual para favorecer a aquellos que han cometido delitos contra la humanidad, infringiendo otro principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la imprescriptibilidad de estos delitos. Lo anterior se traduce en lo que en este artículo denominamos deuda del Estado de Chile. Nuestro país está incumpliendo los deberes generales contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno, violando además normas particulares de la misma Convención que aseguran a las personas las garantías judiciales y la protección judicial.

Palabras clave

Amnistía, Almonacid Arellano, prescripción gradual, imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, nunca más

* Abogado Universidad Diego Portales, magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Derecho Político y Derecho Constitucional Universidad de las Américas. Miembro del Círculo Nuevas Perspectivas del Derecho Público. Correo electrónico: msilvalliende@gmail.com.

The Situation of the Amnesty Law Decree after the Almonacid Arellano ruling

ABSTRACT

The ruling issued by the Inter-American Court of Human Rights in the Almonacid Arellano et al. vs. Chile case condemns Chile to comply with the sentence. The Chilean State must determine the means by which it will consolidate and execute the obligations set out in the sentence. This has resulted in an obligation that our legislative power will have to comply with: repealing the Amnesty Law. On the other hand, our Superior Courts have made use of the gradual prescription of the law to favor those who have committed crimes against humanity, violating another principle of International Law of Human Rights: the imprescriptibility of these crimes. This has resulted in what we call in this article a debt of the Chilean State. Our country is in breach of the general duties contained in the Inter-American Convention on Human Rights –an obligation to respect the rights and to adopt domestic legal provisions. It is also infringing specific provisions of the Convention itself that guarantee judicial safeguards and judicial protection for the people.

Keywords

Amnesty, Almonacid Arellano, gradual prescription, imprescriptibility of crimes against humanity, never again

Presentación

En la historia de Chile, la violencia política no es nueva. Hay a lo menos tres situaciones críticas desde la perspectiva de los derechos humanos: la crisis institucional de 1891, la dictadura de 1931 y obviamente se incluye aquí también la dictadura militar a que dio lugar el golpe de Estado de 1973. Estos tres hechos históricos obedecen a momentos en que se redefinen modelos políticos a través de la fuerza, pero sin alteraciones en el modelo social. Más allá de estas mencionadas situaciones puntuales, hay ciertas constantes en la historia de Chile constitutivas de violaciones de derechos humanos. La situación de ciertos sectores o categorías de personas (pobres, indígenas, mujeres), tradicionalmente vistos y tratados como inferiores o como titulares de menores derechos, es parte de la cultura nacional y ello se refleja en las normas dictadas en materia civil (situación de la mujer), en materia económica (legislación laboral) y en materia penal (penalización de delitos menores).

El quiebre democrático de 1973 se inserta en un contexto de creciente polarización política y social. La retórica violenta como medio de acción política y la ideología de la seguridad nacional, con su tesis del ‘enemigo interno’, fueron resquebrajando la convivencia nacional y sembrando las semillas de la futura violencia política a gran escala. Más aún, la democracia como sistema fue desvalorizada; fue vista más como un instrumento para conseguir otros fines políticos que como un marco esencial de la convivencia nacional.

En este clima, las violaciones de los derechos humanos tomaron características que nunca antes se habían presentado en Chile: tuvieron un carácter masivo y sistemático. Masivo, por la gran cantidad de personas afectadas y por el hecho de que se transgredían simultáneamente numerosos derechos fundamentales; sistemático, porque tales violaciones respondían a políticas y planes de acción concebidos por las autoridades de facto y aplicados con recursos del Estado.

De esta forma, las violaciones de derechos humanos obedecieron a una racionalidad política; se basaron en el convencimiento de que existía un proyecto político que había que proteger por cualquier medio. Para facilitar este objetivo, el ‘enemigo interno’ es deshumanizado; así lo expresan, por ejemplo, las declaraciones del almirante Merino y su calificativo de ‘humanoides’¹ para los opositores. Toda esta acción concertada fue expresión de un proyecto ideológico, en el cual existía un modelo de sociedad que se pretendía construir, caracterizado por el autoritarismo político, el conservadurismo valórico y el neoliberalismo económico.

Es en este esquema político cuando el gobierno de facto dicta en 1978 el DL 2191, conocido como Ley de Amnistía.

En las próximas páginas analizaré el estado en que se encuentra la Ley de Amnistía después de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Almonacid Arellano,² de fecha 26 de septiembre de 2006.

El centro del enfoque crítico que asumiré se basa en que el Estado de Chile no ha cumplido plenamente con lo que obliga este fallo como parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En especial me referiré a las deudas que se vinculan con la reforma de nuestro Código Penal (artículo 93) y con la

¹ “Hay dos tipos de seres humanos: unos que los llamo humanos y otros, humanoides. Los humanoides pertenecen al Partido Comunista.” Diario *La Tercera*, 16 de junio de 1986.

² Con fecha 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. El caso versa, en lo sustancial, sobre la aplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía publicado el día 18 de abril de 1978 por la junta militar encabezada por Augusto Pinochet, que había asumido, de facto, el gobierno de Chile el día 11 de septiembre de 1973. La Corte Interamericana declara en este caso que al pretenderse amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, lo que hace el ordenamiento jurídico chileno es violar el Pacto de San José de Costa Rica; por lo tanto, la ley de amnistía carece de efectos jurídicos a la luz de dicha convención.

aplicación de la prescripción gradual por parte de nuestros tribunales superiores de justicia en causas sobre violaciones a los derechos humanos.

Las deudas del Estado de Chile

La verdad histórica y la justicia por violaciones a los derechos humanos del pasado forman parte de un mismo pilar sobre el que descansa toda sociedad decente y respetuosa de sus obligaciones morales y jurídicas. En particular, cuando agentes del Estado participan directamente en la comisión de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, surge una prohibición directa para ese propio Estado de autodictar leyes de perdón o amnistía. No sólo eso. Toda vez que un Estado actúa directamente en la comisión de delitos atroces, tales como: genocidio, desaparición forzada, ejecuciones sumarias o tortura, surge para ese propio Estado un deber calificado de investigar, sancionar y reparar dichos crímenes. Tales obligaciones, como establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben ser llevadas adelante teniendo presente la necesidad de resarcir adecuada e íntegramente todos aquellos daños materiales y morales efectivamente incurridos, junto con dar señales inequívocas de que las violaciones a los derechos humanos que los causaron no volverán a repetirse.

Aquí daré cuenta del modo en que el Estado de Chile ha enfrentado sus obligaciones internacionales en materia de verdad y justicia desde la dictación del fallo Almonacid Arellano. Se concluye con preocupación que, sin perjuicio de ciertas decisiones judiciales dictadas en conformidad a las obligaciones internacionales de Chile, se ha ido asentando un nuevo criterio judicial que permite la aplicación de la prescripción en casos de ejecuciones sumarias. Con ello, los tribunales de justicia locales, en particular la Corte Suprema de Chile, estarían incumpliendo lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros versus Chile.

La aplicación de la prescripción gradual

La última jurisprudencia nacional, si bien muestra una cierta tendencia en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, presenta fallos en que se invoca la prescripción –y no la amnistía. Ello deja impunes asesinatos que ocurrieron durante la dictadura y la diferencia de criterio pareciera basarse únicamente en la integración de las salas. La aplicación de la prescripción está teñida de consideraciones en que se elude la responsabilidad que le cabe al Estado y en particular a

los jueces en la investigación de crímenes, quienes, o bien no investigaron o bien no permitieron investigar. Luego, otros jueces, agentes del Estado, invocan el transcurso del tiempo para desestimar las responsabilidades penales de los inculcados. En algunos casos, se reconoce la existencia jurídica de las normas en que se aplicó el estado de guerra interno para enjuiciar, pero sin embargo se les negó valor para efectos de investigar los crímenes ocurridos bajo este supuesto. Pasaré a citar algunos casos que, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son aberrantes.

Caso José Constanzo Vera. En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago establece que no son aplicables los Convenios de Ginebra y, por lo mismo, no hay obstáculo para la aplicación del DL de Amnistía. La Corte Suprema, aplica la prescripción de la acción penal. (Anuario Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2009:465)

Caso Urrutia Galaz. En primera instancia, el juez absolvió aplicando la prescripción declarando que el plazo para impetrar la acción penal “se cumplió con creces, puesto que los acusados cometieron el delito de homicidio calificado de Urrutia Galaz con fecha 28 de febrero de 1976, y el procedimiento correspondiente para establecer su responsabilidad penal, sólo se dirigió en su contra con la querrella de fojas 324 el 6 de noviembre de 2001, esto es, transcurrido el plazo de quince años”. La Corte de Apelaciones de Santiago estuvo por revocar la sentencia de primera instancia y condenar por la pena de diez años y un día de presidio y condenar al fisco en cien millones de pesos. La Corte Suprema desestimó el recurso de casación en el fondo respecto de la sentencia en su aspecto civil. (Anuario Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2009:466)

El razonamiento de los tribunales superiores de justicia respecto de la aplicación de la prescripción de la acción penal aparece claramente señalado en el caso Urrutia Galaz, detenido en 1975. En el considerando 30, se afirma lo siguiente:

-aparece de manifiesto que el plazo de prescripción de quince años que se establece para los crímenes, se cumplió con creces, puesto que los acusados cometieron el delito de homicidio [...] con fecha 28 de febrero de 1976, y el procedimiento corresponde para establecer su responsabilidad penal, sólo se dirigió en su contra con la correspondiente querrella

a fojas 324 el 6 de noviembre de 2001, esto es, transcurrido el plazo de 15 años. En todo caso, de estimarse que la acción se dirigió en contra de los imputados, el 23 de julio de 1996, momento en que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación solicitó la reapertura del sumario [...] sobreseída temporalmente el 4 de mayo de 1986, de la misma manera, tomando en cuenta el tiempo transcurrido, igualmente el plazo para la prescripción se encuentra cumplido, sin que se hubiera suspendido. (Corte de Apelaciones de Santiago, Urrutia Galaz, 6 de octubre de 2006, considerando 30, rol 120.133B. Anuario de Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2009:468)

Estos fallos contrarían la sentencia Almonacid Arellano. En el párrafo 151 de la misma, señala expresamente: “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano”.

La Corte precisa: “el estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*,³ así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006:151).

La Corte Interamericana recuerda que la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad afirma que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido:

aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, la Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa. (CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006:153)

³ Principio penal reconocido constitucionalmente que prohíbe que un acusado sea enjuiciado por segunda vez por un mismo crimen.

Al respecto debemos señalar que, si bien nuestros tribunales de justicia han descrito los ilícitos perpetrados como inamnistiables e imprescriptibles, han establecido ficticiamente una fecha de defunción de las víctimas, la que sitúan a los 90 días de realizado el secuestro. Esto, con el fin de iniciar el cómputo del tiempo requerido por el artículo 103 del Código Penal para otorgar la media prescripción. Hay que considerar que la jurisprudencia chilena ha señalado en reiteradas ocasiones que el secuestro es un delito que se considera activo mientras que la víctima no aparezca. Con la ficción jurídica de la media prescripción la Corte Suprema, vulnera esta doctrina.

Coincido con el profesor Matus Acuña en el sentido de que los delitos de lesa humanidad son considerados como imprescriptibles desde la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Aun cuando nuestro país no sea parte de esta convención, esta nos obliga de igual manera. Señala el autor:

como la citada Convención sobre la imprescriptibilidad de tales delitos no ha sido ratificada por Chile, podría alegarse una suerte de aplicación de la analogía *in bonam partem* para extender las reglas de prescriptibilidad del derecho interno a los crímenes contra el Derecho Internacional cometidos en Chile. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Internacional, el que Chile haya suscrito o no esta Convención no es oponible a la norma de *ius cogens* que establece ese carácter a esta clase de delitos. (Matus 2006:5)

De lo anterior se desprende que “no se aplican las reglas comunes de prescripción si estamos ante una regla internacional que dispone la imprescriptibilidad” (Bernaes 2007). El genocidio y los crímenes contra la humanidad plantean un conflicto que no tiene solución racional: no puede pensarse en una solución reparadora, por ejemplo, y menos aún en los otros modelos de solución de conflictos. Ante la brutal enormidad del ilícito y la falta de modelos de solución racional, el derecho penal prácticamente carece de espacios para limitar el poder punitivo e incluso la venganza privada.

En otras palabras, el injusto es de tal magnitud y el esfuerzo del genocida por alcanzar la vulnerabilidad del sistema penal (por sus hechos criminales) es tan extraordinario, que el derecho penal es impotente en su función acotante o limitativa. A lo anterior se suma la arbitrariedad del Estado, que procurará la impunidad de sus crímenes, por el transcurso del tiempo, pues mientras detente el poder será imposible ejercer acciones para perseguir sus delitos; por eso se plantea la regla de la ‘imprescriptibilidad’.

En el mismo sentido, pero con otros matices, Horvitz afirma:

la prescripción sólo puede correr desde que se pudo ejercer sin impedimentos la acción penal (*Welzel*), bajo el conocido principio que “al impedido no le corre plazo”, por consiguiente, sólo cabría entender terminado un delito de impunidad (y, por tanto, “cometido”) cuando cesa la situación de impunidad: sólo entonces podría empezar a correr el plazo de prescripción de la acción penal. (Horvitz 2006:224)

En la jurisprudencia, en reiteradas oportunidades, la Corte Suprema ha señalado que:

la prohibición de autoexoneración que recae sobre los responsables de crímenes de lesa humanidad, no atañe sólo a situaciones tan obvias, como las amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron dicho quebrantamiento. (Corte Suprema, rol: 3125-04, 2007, considerando 8º:469)

Lo que señala la Corte Suprema es que la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda.

Pese a estas afirmaciones, la Corte Suprema construyó una nueva línea jurisprudencial, iniciada con el pronunciamiento sobre la casación presentada en el caso de Juan Rivera Matus. En este fallo se concedió a los responsables, de oficio y en toda su extensión, el beneficio de la prescripción gradual, aseverando que si bien debido a su envergadura tales delitos no prescriben, es posible aplicar una atenuante muy calificada como el instituto penal reconocido en el artículo 103 del Código Penal. Dicha concesión se funda en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor. El otorgamiento de este beneficio de carácter

facultativo para los juzgadores, se traduce en una considerable disminución de la pena, que en la práctica permite a los condenados cumplirla en libertad.

Sobre este último punto, debemos plantear que, en esta clase de delitos, si la regla es la imprescriptibilidad, no es posible, en consecuencia, invocar las garantías (prescripción y prescripción gradual de la pena) que han sido establecidas a favor del ciudadano frente al Estado, por crímenes efectuados por sus agentes o particulares que actúan a su nombre, pues ello significaría una ampliación de sus actuaciones arbitrarias (delictivas) al invocar en su propio beneficio estas garantías.

Reforma al Código Penal

La segunda cuestión que se reconoce como deuda por el Estado de Chile es la idea de legislar para adecuar nuestra normativa interna a nuestras obligaciones emanadas del Derecho Internacional vigente, y en particular al mandato de la Corte Interamericana en el caso Almonacid.

Corresponde en este lugar preguntarse si el propósito que se persigue se consigue eficazmente con la norma interpretativa del artículo 93 del Código Penal, ya aprobada, y con sus indicaciones que, en general, representan mejoras técnicas sobre la misma idea: declarar que las causales de extinción de la responsabilidad penal de amnistía y prescripción no son aplicables a los delitos contemplados en la legislación nacional, que puedan considerarse, conforme al Derecho Internacional, crímenes de guerra o de lesa humanidad.

El profesor Matus Acuña sugiere que la reforma a nuestro Código Penal debe abarcar las siguientes aristas:

- a) Que en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, es y se declara absolutamente nulo el D.L. 2.191 y los actos jurídicos fundados en sus disposiciones; y
- b) Que en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, son y se declaran imprescriptibles los delitos cometidos por agentes del Estado entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, descritos como una forma masiva y sistemática de violaciones a los derechos humanos en los Informes Rettig y Valech. (Matus 2006:10)

Concuero con esta opinión y considero que debe reforzarse desde la perspectiva de la teoría del bloque de derechos. A partir del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha instalado una jurisprudencia uniforme

tanto en la Corte Suprema como en tribunales inferiores, que establece que las ejecuciones sumarias y las desapariciones forzadas son delitos de lesa humanidad, por lo cual no es posible aplicar la amnistía ni la prescripción bajo las reglas del Derecho Internacional. Eso sí, me parece que, respecto de la derogación del Decreto Ley de Amnistía, el fallo Almonacid Arellano ha sido claro en señalar que Chile debe dejar de aplicar esta norma jurídica en casos en que se investigan violaciones a los derechos humanos. Por lo tanto, si Chile ha adherido al Pacto de San José de Costa Rica, implica que reconoce la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y no sólo la reconoce, sino que esta obliga al Estado de Chile.

Pareciera entonces una redundancia que el poder legislativo derogue la Ley de Amnistía, ya que esta se encuentra tácitamente derogada. De esto se desprende que si un ministro de un tribunal superior de justicia insiste en aplicar esta norma derogada, estaría infringiendo una norma constitucional (artículo 5° inciso segundo) y a su vez incurriría en un notable abandono de sus deberes, pudiendo ser objeto de una acusación constitucional como lo establecen los artículo 48 y siguientes de nuestra Constitución Política.

Nogueira Alcalá incluso apela al buen entendimiento de los miembros del poder judicial al sostener lo siguiente:

los tribunales nacionales tienen también el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos fundamentales, como lo exige el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, el cual exige a los órganos estatales el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, haciendo un reenvío directo a las normas internacionales en cuanto tales y al significado de ellas en tal contexto, lo que constituye un límite a la actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional. (Nogueira 2006:316)

El artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, sin embargo, no sólo obliga en este actuar al poder judicial, sino a todos los órganos del Estado. Se genera así una obligación para el poder legislativo en orden a adecuar el derecho interno a los principios imperativos de *ius cogens* y a las obligaciones derivadas del derecho convencional y consuetudinario internacional, dejando sin efecto o declarando la nulidad de las disposiciones normativas internas contrarias a las obligaciones internacionales válida, libre y voluntariamente contraídas.

El objetivo que se debe pretender por parte del poder legislativo es, teniendo como antecedente directo los tratados internacionales en materia de derechos

humanos, impedir la impunidad y, por otro lado, que se cumpla la sentencia condenatoria internacional, y que no se acepte una mera recomendación, pues si consideramos a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como meras recomendaciones, no deberían cumplirse al carecer del auxilio de la fuerza pública para su ejecución.

Como bien lo ha expresado la CIDH:

Leyes de auto amnistía con las características descritas [...] conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. (Sentencia Barrios Altos,⁴ 14 de marzo de 2001. CIDH 2001:18)

En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley de Amnistía carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen el caso chileno, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Interamericana acontecidos en Chile.

La reforma del artículo 93 del Código Penal, que como hemos sostenido debe traducirse en derogación del DL 2191, debe abarcar todos los hechos, sin que por ello pueda argumentarse una vulneración al principio de la irretroactividad de la ley en la aplicación de tratados internacionales posteriores al acaecimiento de los hechos.

⁴ El 8 de junio de 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte la demanda en este caso, en la cual invocó el artículo 51.1 de la CIDH y el artículo 32 del Reglamento. La Comisión sometió el caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte del Estado de Perú, del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana. Asimismo, pidió a la Corte que decidiera si el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la CIDH. Además, requirió al tribunal que decidiera si el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la CIDH, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara si, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, y de la violación a los derechos señalados, el Estado de Perú incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la CIDH.

El argumento de la irretroactividad carece de sustento jurídico, puesto que se trata de una ratificación convencional de hechos que ya eran delictivos en el ámbito interno al momento de su ocurrencia, lo que acontece, como señala Novoa Monreal, a propósito de la desaparición forzada de personas,

cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente. (Novoa Monreal 1981:29)

Desde el punto de vista estrictamente de la responsabilidad, no sólo responden penalmente los autores y partícipes, pues, desde la perspectiva internacional es el Estado el que compromete su responsabilidad en razón de su acción política, discriminatoria y atentatoria de los derechos humanos.

El Estado no podrá alegar en su favor la no retroactividad de la ley penal, ya que esta es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de este, y si el Estado no puede invocar esta garantía, tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares.

Se concluye, por lo tanto, que no se podrán aplicar las normas sobre amnistía o prescripción cuando, según las reglas del Derecho Internacional, se refiera a hechos que configuren delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad o de guerra. De esta manera se entienden comprendidos los tratados ratificados por Chile que se encuentran vigentes, así como las reglas en tratados o convenciones que engloben las obligaciones internacionales del Estado chileno (por ejemplo: Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto de San José de Costa Rica). Asimismo comprende los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (*ius cogens*), tal como se desprende del fallo de la CIDH, y que no admita dudas de su carácter interpretativo.

Por otra parte, la norma que debe emanar del poder legislativo, y que se traduce en la derogación del DL de Amnistía, debe implicar una obligación de entender los delitos contra la humanidad como imprescriptibles. El Estado no puede ocupar en su propio beneficio estas garantías, cuando se trata de sancionar crímenes perpetrados por sus agentes o particulares que actúan en su nombre, pues ello significaría una ampliación de sus actuaciones arbitrarias (delictivas), lo que es contrario al Estado de Derecho y el Derecho Internacional. El legislador no puede

estar de espaldas a lo que sucede en la realidad. Su deber es ser un legislador crítico y democrático; tiene la obligación constante de revisar por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada.

Conclusiones

Se constata que, habiendo transcurrido casi cuatro años desde el fallo Almonacid Arellano, las autoridades estatales, a pesar de sostener un discurso que promueve la participación de la sociedad civil, en los hechos desatiende las obligaciones que le ha impuesto el fallo en comento. Más aún, se observa una falta de cumplimiento de los compromisos que los órganos responsables han adquirido en materia de seguimiento de dichas recomendaciones, lo que pone en cuestión la capacidad de Chile de liderar procesos en el escenario internacional en materia de derechos humanos.

A lo largo de estos años, podemos comprobar que la labor judicial ha permitido avanzar en materia de justicia con altos y bajos. Si bien la jurisprudencia ha mostrado una cierta tendencia a la no aplicación del DL de Amnistía, los fallos dictados durante 2007 y parte de 2008 muestran, sin embargo, que las alegaciones sobre aplicación de la amnistía, la prescripción de los delitos, la cosa juzgada o la media prescripción, se desestiman o no, dependiendo de la conformación de una mayoría o minoría al interior de cada tribunal. Lo anterior puede justificar la impunidad de los criminales.

La conclusión parece ser que no existe en Chile la voluntad del poder político para considerar los llamados a conciliación en las reparaciones que ha hecho la Corte Suprema. Al no existir tampoco una jurisprudencia uniforme, lo que en Estados Unidos se llama obligación de respetar el precedente, en la práctica el tema se soluciona caso a caso. No existe una política oficial de reparación y por lo tanto no existe una idea de que el Estado y la sociedad chilena asuman que los crímenes contra los derechos humanos, que tuvieron lugar durante la dictadura de Augusto Pinochet, deban ser investigados y sancionados

¿Podemos decir que el tema de los Derechos Humanos pos fallo Almonacid Arellano en nuestro país ha sido resuelto de acuerdo al constitucionalismo contemporáneo? La discusión de este tema nos lleva a referirnos al siguiente dilema: el culpable debe ser castigado.

Al respecto, Arturo Montes (2005) postula la condenación como pena en la acepción de sufrimiento moral, más que en la acepción de sanción aplicada a título de castigo o de reparación por una acción juzgada reprobable. Por otro lado,

la condenación se justificaría en cuanto la pena o sufrimiento moral estimulara, hacia su origen, la conciencia no de la condenación, sino del mal causado, o arrepentimiento; y en cuanto estimulara, hacia su fin, la conciencia indispensable a la enmienda en su sentido amplio, a la enmienda como reparación verdadera, es decir, a la conciencia de merecer otra vez confianza, incluso ante sí mismo. Desde el punto de vista de Montes, no debería haber prisión sin propósito de educación y de reinserción social.

Coincido con Montes, por cierto, en cuanto a que el alcance del deber que un gobierno tiene para enjuiciar selectivamente abusos de derechos humanos en el pasado depende, por supuesto, de la teoría en la que se basa la justificación para el castigo. Aunque es muy fácil aproximarse al tema de las violaciones a los derechos humanos con un fuerte impulso punitivo, se requiere en estos temas de algo adicional, para que efectivamente hablemos de nunca más. Ello es, como sostiene el autor, la necesidad de una educación y reinserción social para todos, para la víctima, para el victimario y para la toda la comunidad.

No se requiere de la sentencia sólo como un acto social de condena, sino que también se requiere de un acto implícito que cumpla los mismos fines. No basta con una condena: a ella debemos agregar arrepentimiento, espíritu de enmienda, confianza y reeducación.

En estos tiempos –Zalaquett los denomina “tiempos refundacionales” (2003:22)–, si permitiéramos la ausencia total de justicia no tendría razón alguna de hablar de ‘nunca más’. Los peores crímenes no pueden quedar impunes, pero tampoco se trata de aplicar una política justiciera. El hecho de que los peores crímenes no pueden quedar impunes no es incompatible con la clemencia, sobre todo porque en muchos casos las personas han actuado bajo órdenes o miedos insuperables, lo que hace necesaria una ley de obediencia debida.

‘El culpable debe ser castigado’, lo que se vincula con el debate sobre la solución al problema de los derechos humanos. El conflicto siempre ha sido representado como enfrentando a quienes creen que la reconciliación sólo se puede alcanzar tendiendo un manto de olvido sobre esos hechos, imputándolos a unas determinadas circunstancias, y a quienes creemos que debe haber verdad y justicia como condición necesaria para la reconciliación.

Para ser más claro, el tema de si los responsables por violaciones de derechos humanos acaecidos entre 1973 y 1990 deben o no ser condenados, enfrenta por un lado, a quienes postulan que existiendo una ley interna (Ley de Amnistía) que resuelve el asunto, debe aplicarse esa ley por sobre los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado chileno, con los que, por otra parte, consideramos que, en virtud de la teoría del bloque constitucional de derechos

fundamentales, en caso de conflicto entre dos normas debe aplicarse aquella que mejor favorezca la protección de los derechos humanos, en virtud de lo que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conoce como el principio favor persona.

Parece que el constitucionalismo contemporáneo nos conecta con la segunda solución. No existe ninguna duda respecto de que su compromiso con los derechos fundamentales exige la segunda solución.

La sentencia del caso *Almonacid Arellano* constituye el último hito en la evolución de nuestra jurisprudencia en materia de institutos de amnistía y prescripción relativos a delitos de lesa humanidad. Este último hito iniciado por la sentencia comentada es valioso, ya que establece un fundamento que descansa en reglas elementales, a saber: principio de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. El reconocimiento de tal principio en el derecho internacional común y convencional, genera una vinculación del Estado y de sus órganos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la aplicación preferente del Derecho de Gentes cuando tiene contradicción con el derecho interno. Lo anterior permite sustraer al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de una más que discutible supraordenación jerárquica a las fuentes de derecho interno.

La sanción a las violaciones de los derechos humanos proviene del orden imperativo internacional y se incorpora como un derecho penal suprallegal protector de los derechos humanos que no se encuentra restringido por las limitaciones constitucionales y legales internas y locales para la sanción de los demás delitos. Los tratados multilaterales de derechos humanos imponen obligaciones a los Estados parte que no son sólo las de respetar o no vulnerar los derechos asegurados por ellos, sino que determinan también la obligación de los Estados parte de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción.

La Corte Interamericana ha precisado que la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 1.1. impone el deber a los Estados Parte de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que las personas puedan disfrutar plenamente de los derechos que la Convención asegura. En tal perspectiva, la Corte ha precisado que “es deber de los estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (CIDH 1990:23).

El mandato del artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución es para todos los órganos del Estado de Chile, de tal manera que tanto el cuerpo legislativo como el judicial deben aprovechar este momento para que verdaderamente podamos decir

nunca más, y no volvamos a escuchar que nuestras instituciones no estuvieron “a la altura”, como declaró honestamente el presidente de la Corte Suprema.⁵

Recibido enero 2011
Aceptado mayo 2011

Referencias bibliográficas

- “Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.” *Ius et Praxis*, Vol. 12, N° 2, 363-384.
- Anuario de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009. Universidad Diego Portales, 465-468.
- Bernales, Gerardo, 2007. “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los Derechos Humanos.” *Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 1, 245-265.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 1990. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. www.corteidh.org.cr [julio 2011].
- DL Amnistía N° 2191. 18 de abril de 1978. www.bcn.cl [julio 2011].
- Fernández, Karinna, Pietro Sferrazza, 2009. “La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos.” *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, 299-330.
- Horvitz, María Inés, 2006. “Amnistía y prescripción en causas de violación de derechos humanos en Chile.” *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 217-225.
- Matus Acuña, Jean Pierre, 2006. “Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados.” *Ius et Praxis*, Vol. 12, N° 2, 385-396.
- Montes L., Arturo, 2005. “Amnistiar y perdonar en Chile: discusión moral de la moral dominante en materia de violación de los derechos humanos.” *CEP*, N° 97, 275-297.
- Nogueira Alcalá Humberto, 2006. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano.” *Ius et Praxis*, Vol. 12, N° 2, 297-317.
- Novoa Monreal, Eduardo, 1981. “El desaparecimiento de personas. Breve análisis jurídico.” *Revista Araucaria de Chile*, N° 14, 29.
- Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1990. www.corteidh.org.cr [julio 2011].
- Sentencia Caso Barrios Altos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de marzo de 2001. www.corteidh.org.cr [julio 2011].
- Zalaquett Daré, José, 2003. “Comentario publicado en CEP acerca del discurso del Presidente Lagos ‘No hay mañana sin ayer.’” *Centro de Estudios Públicos* 92, 1-53.

⁵ “En la época de la dictadura, el Poder Judicial no se comportó a la altura, especialmente la Corte Suprema”. Revista *El Sábado*, diario *El Mercurio*, 2 de enero de 2010.