INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
BOLETINES N°s 3.345-07 y 3.959-07, refundidos.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros el proyecto de ley del rubro, iniciado en Mociones de los Honorables Diputados señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Saffirio, Ascencio y Rossi y de los ex Diputados señores Navarro, Riveros y Tapia, la primera, y de los Honorables Diputados señora Soto y señores Bustos y Leal, la segunda.

A las sesiones en que se consideró este asunto concurrieron, especialmente invitados, el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo, y la abogada de la División Jurídica de dicho Ministerio, señorita Valeria Lübbert.

En ellas participó el Diputado señor Juan Bustos, en su calidad de coautor de las señaladas Mociones.

Asistieron también el profesor señor Juan Domingo Acosta y el abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada.

Asimismo, en representación de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, participaron su Presidenta, señora Lorena Pizarro; el asesor jurídico de la entidad, señor Alessandro Álvarez, y las dirigentas señoras Gaby Rivera y Marta Vega.

Cabe hacer presente que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de la Corporación, por tratarse de un proyecto de artículo único, éste fue discutido por vuestra Comisión en general y en particular a la vez, acordándose proponeros proceder de igual forma.

Del mismo modo, es dable poner de manifiesto que en sesión del día 8 de enero de 2008, el Ejecutivo hizo presente la urgencia para el despacho de esta iniciativa, con carácter de “suma”.

- - -

ANTECEDENTES

I. De Derecho

1) Constitución Política de la República

Artículo 5°

Dispone lo que sigue:

“Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Artículo 19, número 3°

Establece lo que sigue:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3º. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;".

2) <u>Antecedentes legales</u>

Código Penal

Artículo 18

"Art. 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.
Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigorosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.".

Artículo 93

“Art. 93. La responsabilidad penal se extingue:

1° Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.

2° Por el cumplimiento de la condena.

3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4° Por indulto.

La gracia del indulto sólo permite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes.

5° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.

6° Por la prescripción de la acción penal.

7° Por la prescripción de la pena.”.

Código Orgánico de Tribunales

Su artículo 6° consagra el principio de la universalidad de la jurisdicción. Entre los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que quedan sometidos a la jurisdicción chilena, su numeral 8° contempla aquellos comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias.

Código de Justicia Militar

El Título III del Libro III del dicho Código se refiere a los Delitos contra el Derecho Internacional. Sus artículos 259 a 264 regulan los distintos ilícitos que integran esta categoría.

Código Civil

Su artículo 9° dispone que “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.”. Agrega que “Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.”.

Decreto ley Nº 2.191, de 1978, sobre amnistía

Este cuerpo legal concede amnistía a las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia del estado de sitio comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren sometidas a proceso o condenadas a la fecha de dictación del mismo. Asimismo, concede amnistía a las personas que a la fecha de vigencia de este cuerpo legal se encuentren condenadas por tribunales militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Sus artículos 3° y 4° indican las personas que no serán favorecidas por esta amnistía.

3) <u>Tratados internacionales</u>

Aun cuando no todos los instrumentos que se mencionarán se encuentran vigentes en nuestro país, cabe tenerlos en consideración por guardar estrecha relación con la materia en análisis y por dar cuenta de las tendencias del Ius Cogens y del Derecho Consuetudinario Internacional en la materia en análisis. Estos son los siguientes:

A.- Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Los cuatro Convenios regulan el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas de mar; tratamiento de los prisioneros de guerra, y protección de los civiles en tiempo de guerra. Chile los suscribió en agosto de 1949, y los ratificó el 12 de octubre de 1950, promulgándolos por decreto supremo Nº 752, de 5 d diciembre de 1950. Sus Protocolos Adicionales I y II, de 1949, son normas complementarias que desarrollan estos Convenios. El primero aborda la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el segundo, la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional. Chile los ratificó por decreto supremo Nº 756, de 17 de junio de 1991.

B.- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948; aprobada por decreto supremo Nº 316, de 5 de junio de 1953, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 11 de diciembre de 1953.

C.- Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratamientos Crueles, Inhumanos y Degradantes, de 1984, aprobado por decreto supremo Nº 808, de 7 de octubre de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 26 de noviembre de 1988.

D.- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de

diciembre de 1966, promulgado por decreto supremo Nº 778, de fecha 30 de noviembre de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de abril de 1989. Su artículo 15.2, establece que "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.".

E.- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y promulgada por decreto supremo Nº 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 22 de junio de 1981. Su artículo 53 se refiere a los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general o "ius cogens". Prescribe que "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.".

F.- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994. El artículo VII dispone que "La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.". Agrega que "Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.". No ha sido ratificada por Chile.

G.- Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. Su artículo 5 enumera los crímenes que quedan bajo la competencia de la Corte, contemplando el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, este último, una vez que sea definido. A su vez, el artículo 29 consagra la imprescriptibilidad, estableciendo que "Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán.". A su vez, su artículo 24 consagra la irretroactividad ratione personae, estableciendo que "1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.". Por su parte, el artículo 11 regula la competencia temporal de la Corte, prescribiendo que: "1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el

presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.”. Su aprobación se encuentra pendiente en el Parlamento.

H.- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. Según su artículo I, son imprescriptibles los crímenes de guerra y los de lesa humanidad. Su artículo IV establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención y, en caso de que exista, sea abolida. Su aprobación por el Congreso Nacional se encuentra en trámite.

I.- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de diciembre de 2006. Su artículo 8° dispone que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, 1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito. 2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción.”. Por su parte, el artículo 5 prescribe que “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable. Su aprobación por el Congreso Nacional se encuentra en trámite.

2) De hecho

A. Las Mociones

Como se señaló precedentemente, el proyecto en estudio tuvo origen en dos Mociones presentadas en la Cámara de Diputados, que, en definitiva, se refundieron.

La primera, contenida en el Boletín Nº 3.345-07, es de autoría de los Diputados señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Saffirio, Ascencio y Rossi y de los ex Diputados señores Navarro, Riveros y Tapia.

En ella, sus autores se refieren, en primer término, a las causales de extinción de responsabilidad penal en el contexto actual del Derecho Internacional de Derechos Humanos y a la necesidad de una ley interpretativa.

Expresan que, tradicionalmente, se han entendido las causas de extinción de responsabilidad penal como “un conjunto de circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y destruyen la acción penal o la pena”, pues si la responsabilidad penal es el corolario jurídico de la reunión, en un acto determinado, de todos los elementos del delito, tales circunstancias la suprimen en lo que tienen de característico y la materializan, esto es, concretan la obligación del delincuente de sufrir una pena. Indican que, no obstante lo anterior, las reflexiones dogmáticas señalan importantes limitaciones a su aplicación y que el caso más importante está dado por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Es por eso, dicen, que mediante el presente proyecto de ley se pretende dictar una norma interpretativa para precisar el verdadero sentido y alcance de las actuales normas internas que dicen relación con la extinción de la responsabilidad penal a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

Hacen presente que a partir de la segunda mitad del siglo pasado, surge una vigorosa noción en el Derecho Internacional Público tendiente a salvaguardar la protección internacional en materia de Derechos Humanos, como una forma de respuesta a los horrores de la criminalidad del Estado, pues las tradicionales formas de imputación existentes a la fecha no estaban en condiciones de responder a delitos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, entre otros, y que, como destaca Zaffaroni, “cobraron particular impulso dentro del derecho internacional público el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, con considerable grado de autonomía”. Dicen que es en este contexto que la jurisdicción nacional, sobre la base del principio de universalidad que emana del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, se extiende a los delitos contemplados en la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1953) y en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratamientos Crueles, Inhumanos y Degradantes (1984).

Sostienen que en estos casos, aún si se trata de un delito que no tiene su equivalente preciso en la legislación nacional -como el genocidio-, “no podría excusarse el juez de incriminar por falta de lex certa, ya que el homicidio calificado, la aplicación de tormentos, las lesiones corporales, el secuestro y demás delitos comunes, comprendidos en la definición del genocidio, sí están previstos por la legislación nacional, así como las reglas aplicables para el concurso de delitos. Lo decisivo es que el tratado internacional obligue al Estado a la persecución del hecho, aunque

cometido fuera de sus fronteras y no solamente a tipificarlo en la legislación interna.”.

Indican que la Sala Penal de la Corte Suprema ha seguido este criterio al otorgar plena aplicación a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pues ha señalado que los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios.

Explican que el presente proyecto busca establecer claramente un asunto de orden semántico en relación a la interpretación de las leyes penales y el Derecho Internacional Penal, referida a un especial grupo de conductas delictivas, de las peores que la historia de la humanidad conoce, que encierran la máxima cobardía y que se refieren a la utilización de la organización del Estado en la modalidad de aparatos de seguridad encargados de la represión de la disidencia, bajo el reiterativo y burdo pretexto del “enemigo interno”.

Este actuar antijurídico a que se hace referencia y que a partir de un jefe del aparato de poder es quien tiene el dominio del hecho en la realización de los delitos. El profesor Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y por dominio del hecho funcional, pero es en el dominio de voluntad, que es el que adquiere relevancia en este contexto, donde puede distinguirse si éste es por coacción, error o en virtud de aparatos organizados de poder. Esta última modalidad -que también se denomina dominio por organización-, consiste en “el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del hombre de atrás, quien “tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”.

De esta manera, conforme a la teoría tradicional que restringía el autor mediato a aquellos casos en que un sujeto mediante coacción o mediante error utilizaba a otro individuo como instrumento, sufre una importante revisión, pues Roxin cree posible indicar una tercera forma, que es el caso del “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”. Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan para una organización jerárquicamente organizada; por ejemplo, puede tratarse de una banda de gángsters, de una organización política o militar y aún de una conducción delictiva del Estado (régimen de Hitler o Stalin). Quien actúa en la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede inducir a cualquier otro a que realice la acción. Precisamente, aquí se manifiesta el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, que puede cambiar a los ejecutores a discreción. Es la fungibilidad de los ejecutores, no siendo siquiera necesario

que el hombre de atrás los conozca, si bien los ejecutores son responsables como autores, porque son autores dolosos, son, empero, personajes anónimos para el que esta detrás.

El o los miembros superiores del aparato de poder pueden confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo, por ende, los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder”. La figura central del suceso -a pesar de la lejanía con el hecho-, es el hombre de atrás en virtud de su medida de dominio de organización. Pero, para afirmar la concurrencia del dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que “pueda dirigir la parte de la organización que se encuentre a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros”. Desde el punto de vista anterior, se puede considerar autor mediato a cualquiera que esté involucrado en un aparato de organización de tal modo que “pueda dar órdenes a personas subordinadas a él” y haga uso de esa facultad “para la realización de acciones punibles”. Así, el que no puede ser cambiado, el que se encuentra detrás de los autores, es aquel que tiene que decidir cuándo, el cómo y el sí del delito.

Señalan que esta modalidad de autoría no es novedosa en la historia reciente de nuestro país y que al parecer nuestra conciencia no es capaz de abarcar el proceso total y dimensionarlo. Quizás una mirada a la historia de la humanidad sea útil, pues ya quien no tuvo participación directa en los crímenes pero que si tenía el dominio del hecho por la responsabilidad en la deportación de miles de judíos a los campos de exterminio, como ocurre con el caso Eichmann, quien en el interrogatorio sentado frente al Tribunal de Jerusalén sostuvo que “yo no tuve nada que ver con ninguna clase de horrores, yo hacía mi trabajo de manera decente”. La decencia justamente estaba en no estar presente detrás de las alambradas, pero cuya distancia del lugar de los hechos era irrelevante para el castigo, pues el poder de realización de los delitos estaba en sus manos y es precisamente aquí donde nace la noción que, como sostiene el profesor Schroeder, consiste en que “la medida de la responsabilidad no disminuye, sino crece con la mayor lejanía o distancia del lugar del hecho”.

Consideran interesante constatar la actuación de los tribunales encargados de enjuiciar a los responsables por esta clase de crímenes. En un escrito homenaje a Schafftein, en 1975, el profesor Hans Welzel plantea el tema de la relación entre derecho y moral. Escribe este autor que el aumento de la frecuencia de una determinada clase de delitos pudiera disminuir la culpabilidad individual, como consecuencia de la disminución de la conciencia de la antijuridicidad de tales conductas. El fortalecimiento de la conciencia ético-social mediante el endurecimiento de la punibilidad se haría entonces necesario. Paradójicamente, la idea o noción

de continuidad en la manifestación de la negación de la criminalidad del Estado y del “caos organizado”, significarán para un importante número de juristas y jueces que el Estado de Hitler no fuera considerado una interrupción de la constitucionalidad, lo que se tradujo en que las soluciones se orientaran más hacia el Estado que hacia el derecho, resultando la fórmula con que los Tribunales alemanes favorecieron a los criminales de guerra.

De ahí nace la necesidad en la realidad latinoamericana de tomar los resguardos necesarios en la interpretación de la legislación penal, para una efectiva sanción a crímenes abominables, especialmente en el caso chileno. Como con razón señala el profesor Novoa Monreal, “a poco que se profundice en el enfoque jurídico, sin embargo, se advierte que la gravedad especial del desaparecimiento de personas es mucho más que una suma de violaciones separadas de diversos derechos humanos, ya que precisamente todas ellas en su conjunto -dada la forma en que tienen lugar los desaparecimientos- adquieren una intensidad especial, que excede a una suma y se convierte en una multiplicación aumentada y progresiva de males derivada precisamente del modo y combinación agravados que dentro del conjunto adquieren las diversas violaciones tradicionales que podrían contarse separadamente”. De lo expuesto, se demuestra que el desaparecimiento de personas realizado en forma masiva y sistemática, constituye un hecho para cuya prevención y represión no resultan bastantes las disposiciones tradicionales de normas internacionales y de preceptos penales internos. Las implicancias jurídicas, por el vasto número de sujetos afectados y las deliberadas dificultades que el hecho mismo pone a su esclarecimiento y punibilidad, son razones suficientes al decir de Novoa, que “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”.

La reflexión política después de Auschwitz, de Gulag y de la “Operación Cóndor”, al decir de Politoff, hacen intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de que el ser humano, su autonomía y su dignidad, no pueden ceder ante ningún proyecto social. Los derechos humanos (y el llamado derecho natural concreto), como primera prioridad, son la respuesta a la realidad de los campos de exterminio. El hombre y la mujer de nuestro tiempo tienen razón de encogerse de hombros frente a las supuestas exigencias de “los pueblos portadores de historia” u otras mitologías. A diferencia del paradigma amigo-enemigo, la concepción del Estado de derecho presupone la legitimidad del pluralismo y de la “clase discutidora”.

Señalan que el legislador no puede estar de espaldas a la realidad y que aquí radica la misión del legislador crítico y

democrático, esto es, la constante revisión de por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada.

Sobre la base de estos antecedentes, presentan el siguiente proyecto de ley:

“Artículo primero.- Agrégase el siguiente inciso final al artículo 93 del Código Penal.

Título V

De la Extinción de la Responsabilidad Penal

Art. 93.- La responsabilidad penal se extingue:

1º Por la muerte del reo, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria.

2º Por el cumplimiento de la condena.

3º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4º Por indulto. La gracia del indulto sólo permite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para las efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes.

5º Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo conceda acción privada.

6º Por la prescripción de la acción penal.

7º Por la prescripción de la pena.

Fijando el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se contemplan en esta disposición, deberá entenderse que serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo segundo.- Agrégase el siguiente inciso final al artículo primero de la ley Nº 18.050, sobre normas generales de indulto.

“Toda persona que se encuentre condenada podrá solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, siempre que cumpla con las requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento.

No obstante, el indulto no procederá respecto de los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9º de la Constitución Política del Estado.

Tampoco procederá el indulto tratándose de conductas calificadas como torturas, secuestro, detención ilegal, y que según los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.”.”.

La segunda Moción, contenida en el Boletín Nº 3.959-07, es de los Diputados señora Laura Soto y señores Juan Bustos y Antonio Leal.

En ella, sus autores expresan que en el difícil y farragoso camino de reconstrucción de un ordenamiento jurídico democrático en que está empeñado Chile desde el año 1990, uno de los punto axiales ha sido el perfeccionar los mecanismos y procedimientos destinados a asegurar la vigencia de los derechos humanos y pagar la deuda de verdad y justicia que pesa sobre la sociedad chilena por los crímenes atroces cometidos durante la época del Régimen Militar, con la finalidad de plasmar un sistema de convivencia centrado en el reconocimiento de la dignidad del ser humano. En esta vía, la plena integración a nuestro ordenamiento jurídico de los contenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una adecuación necesaria y fundamental.

Sostienen que la norma del artículo 5° reformado de la Constitución Política de la República da un rango calificado a esta orientación e impone criterios que exigen reformar todo el orden jurídico. Sin embargo, la subsistencia de resabios legislativos del período autoritario ha generado tensiones y problemas de interpretación que no siempre han sido resueltos con adecuación a los principios superiores por instancia judiciales.

Una de estas tensiones se da con la aplicación de institutos como la amnistía o la prescripción a juicios por violaciones graves a los derechos humanos, constitutivos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en desprecio de su estatuto en el Derecho Internacional que establece la obligación de castigarlos, sacándolos de la esfera dentro de la cual es lícito a un Estado abdicar de su ius punendi.

Los crímenes contra la humanidad y las normas que los regulan forman parte del *'ius cogens'* y, por ello, son reglas imperativas del Derecho Internacional general que, tal como lo reconoce el

artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados desde 1969, no pueden ser modificadas por tratados o leyes nacionales. Dicha disposición prescribe expresamente que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”.

Por lo tanto, el trato tanto dogmático como procesal que cada nación observe con respecto a estos ilícitos no puede soslayar el deber internacional y el compromiso asumido para ello, con independencia de la voluntad de cada Estado en la forma en que regula su derecho interno.

Sobre la existencia de una norma consuetudinaria referida a la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, aún con anterioridad a la firma de la Convención también se pronuncia Vinuesa al afirmar: 'Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU Nº. 2391 (XXIII) no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre” (Cfr. Vinuesa, Raúl Emilio, 'La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario', Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998).

La existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho en cuya virtud los crímenes contra el derecho de gentes deben considerarse imprescriptibles, más allá de la vigencia de una obligación convencional para los Estados que han suscrito tratados al respecto, parece surgir, además de lo ya expuesto, de un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas dictadas luego de la aprobación de la Convención de 1968. En ellas, la Asamblea General de dicha Organización exhortó a los Estados miembros a observar los principios afirmados en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incluso cuando no fueran parte en ella. Así, exhortó a los Estados a cumplir el deber de observar estrictamente sus disposiciones y, por último, afirmó que “la negativa de un Estado a cooperar con la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así

como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas". (Cfr. resoluciones de la Asamblea General n. 2583 -XXIV- del 15/12/69, n. 2712 -XXV- del 15/12/70 y n. 2840 -XXV- del 18/12/71 relativas a la "Cuestión del Castigo de las Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad").

En este sentido, cabe referir que la norma de imprescriptibilidad ha sido incorporada a los Proyectos de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1986 (art. 5) y de 1994 (art. 7). Por su parte, el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece que "Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán". En el ámbito regional, también fue establecida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo VII).

Sobre la necesidad de persecución de las graves violaciones de los derechos humanos, más allá de toda barrera temporal y de amnistía o perdón, es insoslayable traer a colación la reciente resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" (sentencia de 14 de marzo de 2001).

A su vez, se ha afirmado que las infracciones internacionales que revisten el carácter de i*us cogens* constituyen *obligatio erga omnes* y son inderogables. Entre las consecuencias de este estatuto legal de los crímenes establecidos por reglas de i*us cogens* se cuentan, según M. Cheriff Bassiouni, las siguientes obligaciones imperativas de los Estados: "(…) el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la "obediencia debida" (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, etc".

Asimismo, no debe soslayarse que el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala expresamente que "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.".

La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se confirma claramente en el Preámbulo y el articulado de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En especial, debe tenerse en cuenta el Artículo IV de la Convención, según el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención "y, en caso de que exista, sea abolida".

Concluyen que, por tanto, es indiscutible esta caracterización y su vigencia en nuestro Derecho y que en este sentido proponen una ley interpretativa que resuelva estos problemas, reconociendo claramente la primacía de los principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en orden a la inamnistiabilidad e imprescriptibilidad de los crímenes tipificados por estas normas.

Estiman que con esta propuesta se traducirá un concepto central del Derecho Internacional en nuestro sistema jurídico doméstico, sin que en ningún caso ello signifique una transgresión a los principios de legalidad o irrectroatividad, dado que esta prohibición era preexsistente en nuestro Derecho. Simplemente, concluyen señalando que se trata de evitar interpretaciones erróneas, obsoletas o inadecuadas.

El proyecto presentado era del siguiente tenor:

Proyecto de ley:

“Artículo único.- Interprétase el artículo 93 del Código Penal en el sentido que sus disposiciones no exoneran al Estado de Chile de su obligación de cumplir estrictamente la legislación internacional sobre crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, de hacerlos objeto de una investigación adecuada e imparcial, y que las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes sean buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. En consecuencia, los delitos comprendidos en esas categorías de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad serán imprescriptibles tanto para el seguimiento de la acción penal como para el cumplimiento de la pena; no serán susceptibles de amnistía; la obediencia debida a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad penal alguna, y se tramitarán siempre en la vía ordinaria y ante el fuero común. A los efectos de este artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio, torturas crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra son manifiestamente ilícitas.”.

B. Texto despachado por la Honorable Cámara de Diputados

El texto aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de origen es el siguiente:

“Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que

constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de ius cogens, en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”.

- - - - - - -

DISCUSIÓN EN GENERAL Y EN PARTICULAR

En atención a que se trata de una iniciativa que consta de un precepto único, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Gómez**, la sometió a discusión en general y en particular, a la vez.

El Honorable Diputado señor Bustos señaló que, más allá de toda discusión, el tema fundamental es que el artículo 93 del Código Penal establece como causas de exención de responsabilidad penal la amnistía y la prescripción. Por lo tanto, ese precepto es el origen del decreto ley de amnistía del año 1978 y los problemas que se derivan de este cuerpo legal deben abordarse desde ese artículo 93.

En este sentido, lo que corresponde es dictar una ley interpretativa que precise el sentido y alcance de dicho artículo.

Desde esta perspectiva, destacó que, después de la Segunda Guerra Mundial se ha desarrollado una profundización de los derechos humanos, del concepto de delitos de lesa humanidad y de la condena a todas las violaciones a los derechos humanos.

Asimismo, no cabe duda que, como ya Andrés Bello señalaba en el siglo XIX, el derecho de gentes, o sea, el derecho internacional es parte del derecho de un país.

Adicionalmente, toda la doctrina ha recalcado que los principios del derecho internacional son de carácter imperativo.

En este contexto, Chile ratifica los Convenios de Ginebra que establecen, justamente, que ninguna autoridad puede autoexonerarse y, después, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 15, número 1, señala que nada puede impedir el juicio ni la condena de una persona que haya cometido violaciones a los derechos humanos.

No es extraño, entonces, que nuestros tribunales de justicia hayan desarrollado una interpretación del artículo 93 en relación a la amnistía y a la prescripción. Ésta se contiene en una gran cantidad de resoluciones y sentencias, tanto de tribunales de primera instancia como de

las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, que fijan el alcance del concepto de amnistía y prescripción del artículo 93, indicando que dichas instituciones no alcanzan a los crímenes contra la humanidad.

Lo anterior, sin embargo, se trata de una interpretación judicial, es decir, de carácter particular, aplicable caso a caso. Como se sabe, el único que puede, y en forma exclusiva, dar una interpretación de carácter general es el legislador. Por lo tanto, a éste corresponde -frente a lo que ha ocurrido en el derecho internacional y a la suscripción por nuestro país de los instrumentos internacionales mencionados- fijar el real alcance que tienen estos conceptos de amnistía y prescripción, dictando una ley al respecto.

Esto es de ordinaria ocurrencia y existe una gran cantidad de leyes interpretativas, como la que define el concepto de "funcionario público" en el Código Penal o lo que debe entenderse por "fuerza" en los delitos de robo. Es decir, reiteró, es de ordinaria ocurrencia que el legislador fije el alcance de un concepto dentro de nuestra legislación y es por eso que ha planteado este proyecto de ley en que se fija el alcance de la los conceptos de prescripción y de la amnistía contenidos en el artículo 93 del Código Penal.

Desde un punto de vista sustantivo, el tema es que los derechos humanos, desde la Carta Magna en adelante, se ha entendido como una relación entre el Estado y las personas. Desde su origen, el reconocimiento de los derechos humanos se hace en relación al Estado como un deber de éste de asegurarlos y protegerlos. Por eso es que las violaciones a los derechos humanos son los actos del Estado en contra de una persona.

De modo que si se permite que el Estado pueda decretar respecto de él y sus agentes la amnistía y la prescripción, se estaría retrocediendo hasta antes de la Carta Magna, porque una decisión de esa naturaleza significaría la total arbitrariedad, pues quedarían todos los ciudadanos a disposición del Estado. En otras palabras, el problema sustantivo de porqué no es posible admitir la amnistía ni la prescripción en relación a las violaciones de los derechos humanos cometidas por el Estado o sus agentes es porque de esa manera, en la práctica, se negarían los derechos humanos.

Un segundo aspecto que abordó fue el relativo al principio de retroactividad de la ley más favorable. En este punto se podría sostener que, como la ley interpretativa se dicta ahora, no regiría hacia atrás porque no sería una ley más favorable. Sin embargo, y conforme a lo que siempre ha señalado la doctrina, las leyes interpretativas se entienden incorporadas a la ley interpretada desde siempre. Evidentemente, siendo esto una ficción es difícil aceptar que la ley interpretativa debe tenerse por incorporada al texto original del año 1874. Pero bien puede entenderse

incorporada al texto interpretado desde la década de los ´50, en que efectivamente se marca un entendimiento diferente respecto de la prescripción y de la amnistía. Por lo tanto, en esta perspectiva habría que entender que desde esa fecha, más allá del ius cogens, que ya era imperativo desde antes, están comprendidos dentro de la ley interpretada los conceptos de la ley interpretativa.

En consecuencia, bien se podría plantear que no hay un problema de retroactividad de la ley más favorable porque ya desde la época indicada estaría incorporado en el texto original y, por lo tanto, comprendía todos los hechos posteriores.

Un segundo argumento en esta línea, señala que -como ya se ha explicado- los derechos fundamentales surgen de una relación entre el Estado y el ciudadano y se establecen determinadas garantías para la protección de los mismos. Justamente, la retroactividad de la ley más favorable es una garantía para el ciudadano y, por lo tanto, no se la puede apropiar el Estado, porque, si así fuera, nuevamente caeríamos en la total arbitrariedad.

Por estas razones estimó que la manera correcta de enfocar este problema es a través de una ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal en lo que se refiere a la prescripción, la amnistía y el indulto.

A continuación, hizo uso de la palabra **la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro**.

Luego de agradecer la invitación, sostuvo que la exposición anterior da cuenta de la fortaleza jurídica del proyecto en discusión, referido a un tema que calificó de fundamental para el país.

Expresó que nuestro país conoció durante la dictadura militar de Augusto Pinochet de los crímenes más graves y despreciables, de los cuales fueron víctimas los familiares de quienes integran la Agrupación que representa. Ellos fueron hechos desaparecer, fueron víctimas de tortura y sus cuerpos ni siquiera les fueron entregados.

Afirmó que Chile conoció la instalación del terrorismo de Estado como una manera sistemática de llevar adelante la política durante la dictadura, para sostenerla.

Añadió que la Agrupación que dirige siempre ha buscado la justicia a través de los tribunales, incluso en los años más difíciles de la dictadura, cuando ni siquiera un recurso de amparo fue acogido; siempre ha planteado la necesidad de que los tribunales asuman su

responsabilidad en lo que significaba, en ese momento, salvar las vidas y en lo que hoy día significa sancionar a los responsables de esos delitos.

Explicó que el Régimen Militar dicta el decreto ley de amnistía para resguardarse, cubrir sus crímenes y protegerse con él de los crímenes que había cometido e iba a cometer. En la práctica, se auto perdonó los delitos y ese autoperdón, además, significa una licencia para matar, es una manera de decirle a sus agentes “usted puede hacer lo que quiera en este país porque va a quedar libre y no va a ser sancionado jamás por lo que hizo”.

Luego indicó que, habiendo pasado diecisiete años desde el término de la dictadura, se podría pensar que en Chile, ejemplo de democracia en otros lugares del continente, debería tener ya resuelto lo relativo a la sanción a los responsables de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, ello no es así. Planteó que los tribunales de justicia mantuvieron, hasta la detención de Augusto Pinochet en Londres, el criterio de que respecto de los referidos crímenes era aplicable la amnistía de manera inmediata, sin siquiera investigar. En un segundo período, los tribunales realizan algunas investigaciones, y hoy día, cuando se está llegando al momento de las condenas, la actitud del Poder Judicial es vacilante pues, en algunos casos condena, pero en otros aplica tantos beneficios a quienes violaron los derechos humanos que, finalmente, esas violaciones quedan impunes. Dichos beneficios son la prescripción, la media prescripción y el indulto.

Relató que cuando ellos hablan con los jueces -lo que hacen regularmente- le plantean lo inexplicable, lo inaceptable que les resultan estas decisiones que, finalmente, dejan en libertad a quienes han cometido delitos tan graves. Al respecto, los jueces les señalan que ellos resuelven de acuerdo a la ley y solamente podrían cambiar sus sentencias si se modifica la legislación. A su juicio, esa actitud simplemente busca trasladar el problema al Poder Legislativo. Por esto, ellos han puesto su esperanza en la enmienda al artículo 93 del Código Penal.

Además, fundó su postura en la aspiración a que el derecho internacional sea considerado y respetado en nuestro país y, de ese modo, poder sancionar a quienes cometieron actos de terrorismo de Estado. Por ello consideró que este es un proyecto fundamental y que su aprobación significaría un gran avance y una importante señal de respeto a los derechos humanos.

Aclaró que la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos no persigue solamente obtener sentencias favorables a sus intereses en los juicios en curso, sino que, más allá de éstos, postulan que la aprobación de esta iniciativa sea tenida como una señal que se da al país hacia el futuro, como una definición de los Poderes del Estado en el sentido de que, en primer lugar, se quiere sancionar a

quienes cometieron terrorismo de Estado pero que, además, se busca construir un país en que nunca más se vuelvan a violar los derechos fundamentales de las personas.

Opinó que la aprobación de este proyecto de ley representaría, por una parte, una decisión histórica de los representantes de la soberanía, la que se interpretaría como una opción por el respeto a la vida y el respeto a los derechos humanos, lo cual se alcanza, en primer lugar, sancionando a quienes violaron esos derechos. Por otro lado, haría posible que, en el futuro, la población sepa que lo ocurrido fue muy grave, que nunca debió suceder, pero que el país fue capaz de sancionar a quienes cometieron esos delitos.

Precisó que su Agrupación pide justicia pues observa que ella se les escapa de las manos porque el texto actual del artículo 93 no permite en forma clara a los jueces sancionar a quienes ayer violaron los derechos humanos.

Desde otro punto de vista, sostuvo que el grave fenómeno de delincuencia que aqueja actualmente a Chile es herencia de la impunidad que se vive en relación a los violadores de derechos humanos. Al respecto, opinó que cuando se observa que aquellos que cometieron crímenes tan despreciables no han sido sancionados, se presume una amplia tolerancia al delito. En cambio, la sanción a quienes atropellaron los derechos humanos serviría de ejemplo y de señal de que en el país existe la firme decisión de perseguir a los delincuentes, especialmente a los autores de los delitos más graves que conoce nuestra historia, el terrorismo de Estado, la tortura, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones políticas, y tantas otras atrocidades. En resumen, insistió, lo que buscan es alcanzar una normativa que comprometa a todos los Poderes del Estado a dejar atrás esa historia, a segurar un “nunca más” y construir un futuro de respeto muy sólido a los derechos fundamentales de las personas.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Gómez resaltó que, en sus debates y análisis, la Comisión de Constitución considera, naturalmente, los elementos propiamente políticos involucrados en cada tema, pero, al mismo tiempo, siempre intenta tomar decisiones jurídicamente correctas, para lo cual cuenta con las asesorías profesionales correspondientes, con las que se puede estar de acuerdo o en desacuerdo, pero que siempre contribuyen a contar con la mejor argumentación jurídica posible.

Enseguida, la Comisión escuchó al **profesor señor Juan Domingo Acosta.**

Éste inició su exposición explicando que las leyes penales, incluso las interpretativas de otro precepto penal, no pueden

aplicarse retroactivamente, salvo que sean más beneficiosas para el imputado o condenado.

Señaló que aunque el proyecto de ley no lo señala en términos expresos, de su tenor se desprende que se trataría de una norma interpretativa del artículo 93 del Código Penal. Por otra parte, a su juicio es claro que la interpretación legislativa que se pretende realizar a través del proyecto lo es en el sentido de restringir la aplicación del artículo 93 para ciertos delitos, los que se entenderían excluidos de la norma.

Por consiguiente, respecto de los inculpados, imputados o condenados por esos delitos, en la medida en que puedan encontrarse en alguna de las hipótesis del artículo 93 del señalado Código, la disposición les es desfavorable o, en todo caso, no les es más beneficiosa.

Indicó que de acuerdo al artículo 9º, inciso segundo, del Código Civil, las leyes interpretativas de otra ley tienen efecto retroactivo, pues, por una ficción legal, se entienden incorporadas a la ley interpretada. Este efecto tiene como limitación el hecho de que las leyes interpretativas en caso alguno pueden afectar las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. Por lo tanto, de transformarse en ley el proyecto, no podría aplicarse a causas fenecidas (por ejemplo, sobreseídas definitivamente por prescripción; amnistía, etcétera).

Sin embargo, añadió, en materia penal existe una limitación mucho más significativa, pues el principio de irretroactividad de la ley penal tiene rango constitucional. Así lo señala el artículo 19, número 3, párrafo octavo, de la Constitución Política. Por lo tanto, de transformarse en ley la norma objeto del proyecto, aun cuando tenga carácter de interpretativa, no podría aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad sin violar la norma constitucional. Como se dijo, tampoco se trataría de una ley más favorable al inculpado, imputado o condenado, de tal modo que no se encontraría en el único caso en que la Carta Fundamental faculta la aplicación retroactiva de la ley penal.

Adicionalmente, prosiguió, la ley penal es irretroactiva por así disponerlo el artículo 18 del Código Penal. Esta última disposición se aplica en forma preferente al artículo 9º, inciso segundo, del Código Civil por dos razones: (i) en virtud del principio de especialidad de la ley, que en este caso se refiere a la responsabilidad penal; y (ii), porque el artículo 18 del Código Penal y sus modificaciones son posteriores al artículo 9º del Código Civil, de tal manera que, al menos en materia de responsabilidad penal, podría entenderse derogado tácitamente este último precepto.

En consecuencia, puede afirmarse que las leyes interpretativas tienen efecto retroactivo en virtud de una ficción legal y con la limitación que el mismo artículo 9º del Código Civil señala. Tal ficción no

puede pasar por sobre una garantía o derecho constitucional, como lo es el principio de irretroactividad de la ley penal; ni siquiera puede invocarse para no aplicar una norma de rango legal pero que es especial en lo relativo a la responsabilidad penal, como lo es el artículo 18 del Código Penal.

Demostración de la importancia que tiene el principio de irretroactividad de la ley penal es que el artículo 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo establece incluso para los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra, que son los regulados en ese cuerpo normativo internacional. Este principio lo refuerza el artículo 11 de la misma Convención.

Dijo que cosa distinta es que una persona haya cometido un delito que, conforme a un tratado internacional ratificado por Chile, sea imprescriptible o no sea amnistiable o indultable. La ratificación por Chile lo transforma en ley de la República, de tal manera que cualquier hecho cometido después de que ese tratado adquiera fuerza de ley en el país, quedará sometido a sus disposiciones.

En esta hipótesis, tal disposición tendría fuerza imperativa desde su entrada en vigencia y, por lo tanto, los Tribunales han debido aplicarla en forma preferente al artículo 93 del Código Penal, si se trata de una norma posterior a esta última (derogación tácita y parcial). Añadió que tal es el caso en que podrían encontrarse los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

Hizo presente que dichos Convenios son un conjunto de normas de derecho internacional convencional que regulan el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, la de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas de mar, el tratamiento de los prisioneros de guerra y la protección de los civiles en tiempo de guerra. Recordó que nuestro país suscribió estos Convenios en agosto de 1949 y los ratificó el 12 de octubre de 1950, promulgándolos como ley de la República por decreto supremo Nº 752, de 1951.

A su vez, los Protocolos Adicionales I y II de estos Convenios, de 1949, son normas complementarias que los desarrollan. El primero aborda la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el segundo, la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional. Chile los ratificó en abril de 1991 y los publicó en el Diario Oficial en julio del mismo año.

Hizo notar que el texto del artículo 3°, que se reitera en los cuatro Convenios, prescribe, en materia de conflictos no internacionales, lo que sigue:

“Artículo 3 común

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”.

Se refirió también a otras disposiciones de estos Convenios, particularmente a los artículos 129, sobre las sanciones penales; 130-II, concerniente a las infracciones graves, y 131-III, referido a las

responsabilidades de las Partes Contratantes, del Convenio III, relativo al trato de los prisioneros de guerra. También examinó los artículos 146, 147-II y 148-III del Convenio IV, sobre protección de civiles en tiempos de guerra. referidos a las mismas materias.

A la luz de estos preceptos, señaló que surge la duda de si la prescripción del delito y de la pena, la amnistía y el indulto como formas de extinguir la responsabilidad penal conforme al artículo 93 del Código Penal chileno pugnan con la prohibición que pesa sobre los Estados Contratantes de los Convenios de Ginebra, entre ellos, Chile, de exonerarse de responsabilidad por los delitos a que dicho impedimento de refiere y si están en contradicción con la obligación de estas naciones de perseguir las responsabilidades por tales ilícitos.

Puso de manifiesto que el punto ha sido debatido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en especial en lo que dice relación con el decreto ley Nº 2.191 de 1978 de amnistía, agregando que hay numerosas sentencias judiciales que aplicaron dicho decreto ley y eximieron de responsabilidad por los delitos a que se refieren los Convenios de Ginebra, en tanto que otros fallos consideraron que determinados delitos cometidos a contar del 11 de septiembre de 1973 no quedaban cubiertos por la señalada Ley de Amnistía.

Abordando otro aspecto de la iniciativa, hizo notar que ésta se refiere a todas las causales de extinción criminal establecidas en el artículo 93 del Código Penal, lo que consideró inadecuado, además de que en algunos casos vulnera principios fundamentales del Derecho Penal.

Observó que el proyecto pretende interpretar el ya referido artículo 93, poniendo en un pie de igualdad a causales de extinción de responsabilidad penal que descansan sobre fundamentos distintos. Así ocurre, por ejemplo, entre la muerte del imputado o condenado, que es una derivación del carácter personalísimo del Derecho Penal y de la responsabilidad penal, y la amnistía, que es la forma más amplia de perdón, dada por el legislador por razones de paz social.

La iniciativa, al interpretar genéricamente el artículo 93, entiende que en virtud de normas del ius cogens, del derecho consuetudinario internacional o de tratados internacionales ratificados por Chile, la muerte del imputado o condenado no pondría fin a la responsabilidad penal. Aseguró que esto no es así pues, de hecho, no se conoce ningún principio o norma internacional que haga excepción al carácter personalísimo de la responsabilidad penal. Tanto es así, que también el artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional consagra el principio de la responsabilidad penal personal.

En consecuencia, le pareció inapropiada la técnica empleada en el proyecto al pretenderse una interpretación genérica del

artículo 93 del Código Penal, poniéndose en un pie de igualdad causales de extinción de responsabilidad que se fundan en causas distintas. En el caso de la muerte del imputado o condenado hay un principio general que la funda, cual es que la responsabilidad penal es personal.

A continuación, se refirió a la alusión que el proyecto hace a las normas imperativas de ius cogens y de Derecho Consuetudinario Internacional.

En esta materia, observó, en primer lugar, que la expresión “imperativas” usada en el texto del proyecto constituye un pleonasmo. El ius cogens es una locución que alude precisamente a las normas imperativas de derecho internacional. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tales normas son aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que no admiten acuerdo en contrario.

Pero más allá de esta impropiedad lingüística, le pareció incorrecto introducir en el ámbito del Derecho Penal interno referencias a normas que no constan en textos con normas precisas y con fuerza legal. El hecho de considerarse a los tratados internacionales ratificados por Chile le hace pensar que las normas de ius cogens y de la costumbre internacional a que se alude en el proyecto son precisamente aquellas que o no constan en tratados internacionales o sí constan en ellos, pero se trata de tratados internacionales no ratificados por Chile.

Los principios de legalidad y tipicidad –de rango constitucional- exigen, entre otras cuestiones, que los tipos penales consten en la ley y sean construidos de la forma más clara, con el fin de cumplir con la finalidad de garantía propia de ese principio. No existe ninguna razón para que no se exija la misma estrictez tratándose de normas que constituyen excepciones a leyes asociadas a la extinción de la responsabilidad penal.

En síntesis, sostuvo que no es aconsejable introducir tales excepciones sobre la base de normas que no necesariamente consten en tratados internacionales.

En cuanto a la alusión a los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, explicó que algunos de ellos establecen que los Estados Contratantes no pueden exonerarse de responsabilidad por delitos graves y obligan a dichos Estados a perseguir y hacer efectivas tales responsabilidades. Es el caso de los Convenios de Ginebra.

Expresó que tal prohibición y tales obligaciones pueden ser entendidas como un impedimento absoluto para que los Estados amnistíen o indulten a las personas por tales ilícitos. Asimismo, podría

considerarse que también impiden eximir de responsabilidad penal por vía de prescripción.

Agregó que en cuanto se trata de normas que tienen la fuerza de leyes, los Tribunales deberían aplicarlas, sin que sea necesario introducir una norma interpretativa como la que se propone. Con todo, sostuvo que la existencia de criterios jurisprudenciales diversos sobre la materia podría justificar una ley interpretativa.

Enseguida, hizo presente que el proyecto se ha construido sobre la base de “los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de ius cogens, en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”.

Sobre este particular, indicó que las categorías de crímenes y simples delitos es propia del Derecho Penal interno chileno, en atención a la gravedad de los ilícitos, de tal manera que puede resultar difícil asociar dichas categorías a crímenes de lesa humanidad y de guerra. Señaló que a partir del momento en que entre en vigencia en Chile el Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, deberá dictarse una ley interna que tipifique el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, para así poder reclamar la jurisdicción preferente a que se refiere dicho Tratado. En ese momento, dijo, podrá hacerse la correcta relación entre las categorías propias del Derecho Interno con las del Estatuto de Roma.

Por otra parte, señaló que el proyecto parece incurrir en un error al incluir los simples delitos, pues es difícil que ellos puedan constituir crímenes de lesa humanidad y de guerra. Por último, indicó que por una razón inexplicable, en el proyecto se excluye el genocidio, que es uno de los tres grupos de delitos regulados explícitamente por el Estatuto de Roma.

A continuación, se refirió al Decreto Ley Nº 2.191, de 1978, sobre amnistía. Manifestó que resulta dudoso si la sola interpretación legal del artículo 93 del Código Penal, sin interpretarse además el señalado Decreto Ley sobre amnistía, es suficiente para cumplir con los objetivos perseguidos por la iniciativa.

Señaló que el mencionado Decreto Ley Nº 2.191 se ha aplicado como ley de la República, lo que resulta evidente en el caso de delitos comunes como, por ejemplo, giro doloso de cheques u otros. Por lo tanto, de hecho, se le ha reconocido fuerza de ley y, desde ese punto de vista, tiene el mismo rango que el artículo 93 del Código Penal.

Por lo expresado, estimó dudoso que el proyecto cumpla los objetivos perseguidos si no es interpretado también legalmente y en el mismo sentido que se pretende respecto del artículo 93 del Código Penal, el Decreto Ley Nº 2.191, de 1978. Manifestó que incluirlo en la norma interpretativa contribuiría a dar mayor claridad para evitar jurisprudencia diversa.

Finalizando su alocución, entregó las siguientes conclusiones:

1.- Las leyes penales, en cuanto perjudican al imputado o condenado, son irretroactivas. No obsta a esa irretroactividad que tengan el carácter de interpretativas.

2.- Es inadecuado poner en un pie de igualdad causales de extinción de responsabilidad que descansan sobre fundamentos distintos, como sucede, por ejemplo, con la muerte del imputado o condenado y la amnistía.

3.- Hay tratados internacionales ratificados por Chile que impiden a los Estados Contratantes exonerarse de responsabilidad por ciertos delitos y les imponen la obligación de perseguirla y hacerla efectiva. Ello puede entenderse como una exclusión de la prescripción, de la amnistía y del indulto como causales de extinción de responsabilidad penal para tales delitos.

4.- Estos tratados deben ser aplicados como ley de la República para los hechos que acaezcan después de su entrada en vigencia. Por ello, en principio no parece necesario interpretar el artículo 93 del Código Penal, aunque la existencia de fallos contradictorios sobre el punto podría justificarlo.

5.- Parece inapropiado enlazar categorías de Derecho Interno chileno con normas internacionales (crímenes y simples delitos), siendo difícil, además, que un simple delito constituya un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra.

6.- Se excluye de forma inexplicable el genocidio.

7.- Por razones de certeza jurídica, no es correcto referirse a las normas de Ius Cogens y del Derecho Internacional Consuetudinario.

9.- Es dudoso que el proyecto de ley cumpla cabalmente su finalidad si no es interpretado también el Decreto Ley Nº 2.191 de 1978, sobre amnistía, que se ha aplicado como ley de la República. Tal interpretación debería serlo en el mismo sentido que respecto del señalado precepto del Código Penal.

10.- Una solución global a este problema debe abordarse en el momento en que se dicte la ley interna que recoja los tipos penales del Tratado de Roma, con el objeto de poder reclamar jurisdicción preferente. Tal ley interna deberá, necesariamente, declarar imprescriptibles ciertos delitos y establecer la improcedencia de la amnistía y del indulto.

A continuación, la Comisión escuchó **al abogado señor Juan Pablo Cavada**, de la Biblioteca del Congreso Nacional.

Abordando, en primer lugar, aspectos de técnica legislativa, señaló que no existe en el Código Penal chileno la categoría de delitos de lesa humanidad, por lo que, en principio, podría pensarse que la norma propuesta es inútil, al ser inaplicable a una categoría a su vez inexistente. Sin embargo, puede sostenerse que dicha categoría existe y está vigente en nuestro ordenamiento jurídico, por las siguientes razones:

1.- El artículo 5°, inciso segundo, parte final, de la Constitución Política de la República, protege los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes Este criterio ha sido acogido por la Sala Penal de la Corte Suprema, al otorgar plena aplicación a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

2.- La jurisdicción nacional comprende los delitos contemplados en la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1953, y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratamientos Crueles, Inhumanos y Degradantes, de 1984, lo que se funda en el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, que establece el principio de la universalidad de la jurisdicción.

3.- Los crímenes contra la humanidad y las normas que los regulan forman parte del ius cogens, son normas imperativas de Derecho Internacional que, según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no pueden ser modificados por tratados o por leyes nacionales.

4.- El artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala expresamente que "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.". Se sostiene, en una de las Mociones que dan origen al proyecto en estudio, que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se confirma claramente en el Preámbulo y el articulado de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y que, en especial, debe tenerse en cuenta el artículo IV de la Convención, según el cual los Estados

Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención y que, en caso de que exista, sea abolida.

Recordó, luego, que el proyecto se origina en los Boletines Nºs 3.345-07, que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y 3.959-07, que interpreta el artículo 93 del Código Penal en materia de prescripción de la acción penal en el caso de delitos especialmente sancionados por el derecho internacional. Por lo tanto, aunque parecen tratar sobre lo mismo, difieren sobre sus efectos.

Hizo presente que la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados acordó discutir conjuntamente ambos proyectos, fundándose en que los dos pretenderían resolver el conflicto generado entre los llamados “crímenes de lesa humanidad”, los que se caracterizan por no ser susceptibles de la aplicación de amnistía, indulto o prescripción como formas de extinguir la responsabilidad penal y la existencia en nuestro país de mecanismos de extinción de ella, que se han aplicado en forma específica y directa a esta clase de crímenes.

Por lo tanto, le pareció que la intención de la Comisión, al fusionar ambos proyectos, fue interpretar la inaplicabilidad de la amnistía y la prescripción, pero para ello, el proyecto pretende aplicarse sobre todas las causas de extinción de responsabilidad penal del artículo 93 del Código Penal, que también contiene otros medios de extinción de dicha responsabilidad, siendo pertinentes, respecto de los delitos de lesa humanidad, la muerte del responsable y el cumplimiento de la condena.

No consideró razonable ni constitucional imposibilitar la inaplicabilidad de todas las causales de extinción de responsabilidad penal por los delitos señalados, sino sólo las de amnistía, indulto y prescripción.

Explicó que respecto de las causales de extinción de responsabilidad penal consistentes en la muerte del responsable y el cumplimiento de la condena, se presentan los siguientes problemas:

La muerte del imputado como causal de sobreseimiento definitivo se funda en el carácter personalísimo del derecho penal, en el sentido de que la pena o medida de seguridad y corrección, en su caso, sólo pueden imponerse y ejecutarse al que ha participado en el hecho punible. Además, la muerte sólo puede extinguir verdaderamente la responsabilidad penal cuando ésta ha sido declarada por sentencia firme. En caso de que así no lo sea, sólo constituye un impedimento para la

determinación de su existencia, haciendo imposible la continuación del proceso destinado a ello.

La posibilidad de enjuiciamiento de una persona fallecida plantea el problema de cómo velar por su defensa, quien, justamente por estar fallecida, ya no es sujeto de derechos, entre ellos, el de defensa judicial, consagrado constitucionalmente.

Si se llegara a establecer la responsabilidad penal del fallecido, se ve muy difícil la posibilidad de interponer posteriormente un recurso de revisión contra el fallo condenatorio, como sí podría hacerlo cualquier persona viva, pues para ello se requiere titularidad de la acción, la que podría discutirse respecto de los herederos del condenado fallecido.

Refiriéndose al cumplimiento de la condena, señaló que derogar la extinción de responsabilidad penal, pese a haber cumplido la pena impuesta por la ley, implica que la misma persona podría ser condenada indefinidamente por el mismo hecho, lo que vulneraría el principio de non bis in ídem, y probablemente también las garantías sobre un procedimiento racional y justo garantizado en el artículo 19, número 3), inciso quinto, de la Constitución Política de la República.

El principio de non bis in ídem consiste en que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada no puede ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. Consecuencia de este principio es el respeto a las sentencias extranjeras, las que por regla general valen en Chile.

El efecto de cosa juzgada de la sentencia penal presenta las siguientes características:

a) opera para las sentencias condenatorias y absolutorias.

b) los límites del efecto en el aspecto objetivo están determinados por el hecho que motivó la sentencia y no por el delito específico. Así, por ejemplo, el mismo hecho podría ser constitutivo de otro delito, lo que no estaría bajo el efecto de cosa juzgada. En cambio, en el ámbito subjetivo opera respecto de las personas precisas que fueron afectadas con la sentencia.

c) la cosa juzgada de la sentencia absolutoria y del sobreseimiento definitivo no puede ser dejada sin efecto ni aún por el recurso de revisión. En cambio, la sentencia condenatoria ejecutoriada sí podría ser dejada sin efecto por la vía del recurso de revisión.

En último término, opinó que dado que la norma propuesta no interfiere con el actual artículo 93 del Código Penal, tal vez sería conveniente ubicarla como nuevo artículo 93 bis del mismo Código.

Resumiendo sus opiniones, llegó a las siguientes conclusiones:

1.- Puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico chileno existen los delitos y crímenes de guerra y de lesa humanidad, a los cuales sería aplicable la norma propuesta.

2.- La norma propuesta imposibilitaría la aplicación de cualquier causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 del Código Penal, incluyendo la muerte del responsable y el cumplimiento de la pena.

3.- La inaplicabilidad de la causal de extinción de responsabilidad penal consistente en el cumplimiento de la pena, viola el principio de non bis in ídem y probablemente presente conflictos de constitucionalidad.

4.- La inaplicabilidad de la causal de extinción de responsabilidad penal consistente en la muerte del responsable viola el derecho a defensa e imposibilita la interposición del recurso de revisión del difunto contra el fallo condenatorio.

5.- Puede recomendarse introducir la norma propuesta como nuevo artículo 93 bis del Código Penal, restringiendo el proyecto a la amnistía, indulto y prescripción.

Enseguida, expuso ante la Comisión **el abogado asesor de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señor Alessandro Álvarez.**

En primer lugar, se refirió a la primacía del Derecho Internacional en Chile. Al respecto, advirtió que éste es un tema antiguo, connotando que ya Andrés Bello afirmaba la supremacía del Derecho de Gentes frente al derecho interno en los casos en que se presentara una colisión entre ambos ordenamientos.

Resaltó que la misma postura adoptó la Corte Suprema, a mediados del siglo pasado, respecto de temas patrimoniales que, sin ninguna duda, jurídica y técnicamente abarcan bienes de menor entidad que los lesionados cuando se vulneran derechos fundamentales. Decía la Corte Suprema que el Derecho Internacional prima por sobre las normas internas. La doctrina elaborada por el Máximo Tribunal sostiene que para efectos de cuestiones mercantiles, cuando exista colisión entre normas de derecho internacional y normas de derecho interno, priman las primeras.

Puso de relieve, asimismo, que este criterio no representa una vulneración a la soberanía ni a la autodeterminación, ni afecta la plena competencia que tienen los órganos internos constitucionalmente establecidos para definir los destinos de la sociedad y del Estado.

Reiteró, por una parte, que, tal como lo dice el artículo 9º del Código Civil, una norma interpretativa se entiende incorporada a la norma interpretada y, por otro lado, que nunca en Chile debió aplicarse la Ley de Amnistía, por aplicación de normas de Derecho Internacional a las cuales Chile estaba obligado.

Afirmó que, a su juicio, lo que pretende la iniciativa en discusión es, en resumen, aplicar los dos principios mencionados en el párrafo anterior.

Por otra parte, connotó que la referencia al principio de la ley más favorable no debe confundirse con el principio de la tipicidad; que dichos principios no son de la misma entidad y que lo que eventualmente se estaría vulnerando en este caso es el principio de la ley más favorable y no el principio de la tipicidad.

Fundó el anterior aserto afirmando que, en el caso en análisis, no se están estableciendo nuevos delitos, lo que, por lo demás, no sería aceptado por la comunidad internacional y no se acepta en el marco del Tratado de Roma sobre Tribunal Penal Internacional ni desde el punto de vista del principio de tipicidad. Los delitos a los que se refiere la iniciativa son crímenes cometidos por agentes estatales en contra de otras personas y, en el caso chileno, por motivos políticos. Estos ilícitos, continuó explicando, son delitos en la conciencia jurídica de la humanidad y de ello no cabe duda y está absolutamente claro, en especial a partir del término de la Segunda Guerra Mundial.

En consecuencia, manifestó, este proyecto no cambia ninguna situación jurídica sino que simplemente recuerda a los operadores del sistema jurisdiccional que esto siempre debió haber sido así y, de acuerdo a la regla del artículo 9º del Código Civil, permite entender que la norma que se propone siempre estuvo incorporada en nuestro ordenamiento, pero ahora se explicita, entre otras razones, para solucionar el problema operativo que supone la jurisprudencia no uniforme observada en estas materias.

A continuación, puso de relieve que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no había emitido ningún fallo sobre la situación de derechos humanos vivida en nuestro país durante el Régimen Militar, no obstante la trascendencia de dicha situación y la relevancia de nuestro país.

Sin embargo, el problema que pretende solucionar esta iniciativa generó, finalmente, la necesidad de hacerle presente al Estado de Chile, por medio de un tribunal al cual Chile está obligado a obedecer -la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que debe eliminarse del sistema jurídico chileno la Ley de Amnistía. Esta es la obligación que Chile está pendiente de cumplir, de acuerdo a fallado en el denominado “caso Almonacid”.

Manifestó que dicha sentencia no establece en términos precisos una forma concreta para dejar de aplicar la Ley de Amnistía, pero señala que no es admisible dictar un sobreseimiento definitivo sin procesados, por ejemplo, por razones estadísticas.

Aclaró que en estos casos, es decir, cuando se dicta sobreseimiento sin procesados, no existe vulneración del principio de la cosa juzgada porque no existe la triple identidad en esos casos; no hay fallos absolutorios ni sobreseimientos definitivos y, por lo tanto, no se trata de reabrir casos que ya han estado cerrados, para continuar investigándolos.

Indicó que el camino que ofrece la iniciativa en discusión es una manera institucional de solucionar un problema que es eminentemente político. Además, ofrece la posibilidad de que Chile cumpla una sentencia que lo obliga y de que los distintos actores nacionales alcancen un acuerdo institucional sobre un tema tan delicado como éste y que las demás comunidades interamericanas no lograron solucionar de esta manera.

Concluyó señalando que si bien existen diferencias en el modo de mirar estos temas en Chile, también existe la total convicción de que estos delitos, desde la perspectiva técnico-jurídica son delitos desde hace medio siglo atrás y que ahora lo único que se está haciendo es solucionar un problema operativo para permitir que los jueces tengan claridad sobre el punto.

El Honorable Diputado señor Bustos coincidió con las proposiciones del profesor Acosta y del abogado señor Cavada en cuanto a precisar que el proyecto debe referirse solamente a la prescripción, a la amnistía y al indulto, para los efectos de evitar cualquier duda al respecto, y en cuanto a eliminar la referencia al ius cogens porque éste está contemplado en los tratados de los años 1949, 1950 y 1972, todos ratificados por Chile, lo cual es suficiente para entenderlo incorporado en nuestro ordenamiento.

Ante una consulta del Honorable Senador señor Larraín, el mismo señor Diputado expresó que también podría suprimirse la referencia al Derecho Consuetudinario, porque, a su juicio, éste ya forma parte del derecho chileno a través de los referidos tratados internacionales,

de manera que, al igual que el ius cogens, el derecho consuetudinario también sería aplicable en Chile porque es derecho existente.

El Honorable Senador señor Larraín pidió conocer la postura del autor de la moción, Honorable Diputado señor Bustos, frente al tema de los conflictos que podría generar la iniciativa por sus eventuales efectos retroactivos. Hizo notar que, como planteaba la señora Lorena Pizarro, el proyecto se puede ver con un sentido de futuro, para que nunca más se vuelvan a repetir los hechos de violencia referidos; se puede entender como una lección que se ha aprendido de la experiencia vivida. Pero esto es algo muy distinto, añadió, a dar efecto retroactivo al precepto para que se aplique a quienes cometieron estos delitos en el pasado o en procesos ya tramitados. Esto último, agregó, presenta un problema constitucional y, probablemente, generaría un conflicto mayor. En cambio, incorporarlo en nuestra legislación para que rija hacia el futuro, puede tener un carácter distinto.

En segundo lugar, le consultó las razones por las cuales no está incorporado en el texto propuesto el delito de genocidio y, además, si acaso habría acuerdo para incluir -en el evento de acordar hacer algo de cara al futuro- la figura del terrorismo, en atención a la gravedad de esta conducta.

El Honorable Diputado señor Bustos reiteró que este proyecto contempla una ley interpretativa que, como tal, se entendería incorporada a la ley interpretada. Por lo tanto, aclaró, en este caso no rige el principio de retroactividad, toda vez que, desde un punto de vista jurídico, ya se produjeron las incorporaciones correspondientes a partir de los años 1949 y 1950, al suscribirse y ratificarse por Chile los tratados de Ginebra, y en el año 1972, al ratificarse el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Desde entonces, enfatizó, ningún Estado que ha suscrito esos instrumentos internacionales puede autoexonerarse o impedir que se hagan los juicios y se dicten las condenas correspondientes. Por estas razones, algunos tribunales, en diferentes resoluciones, han tomado esa dirección. En resumen, aquí no hay un problema de retroactividad por tratarse de una ley interpretativa, que fija el alcance de otra.

Respecto del segundo tema, aseveró que el terrorismo es una materia sumamente importante pero distinta, pues se da entre ciudadanos, salvo que se trate de terrorismo de Estado. Reiteró que la violación de los derechos fundamentales es la que perpetra el Estado en contra de los ciudadanos. A su juicio, así se ha entendido desde la Carta Magna, de manera que quien viola los derechos fundamentales es el Estado con sus actos, de manera que no puede dictarse amnistía y prescripción a su favor.

En cambio, sostuvo, el terrorismo lo realiza un particular respecto de otro particular para provocar la conmoción en el

Estado. Por ser un delito tan grave, se manifestó de acuerdo en declararlo imprescriptible, aún cuando consideró que no es el momento de hacerlo aquí, pues este proyecto versa sobre un tema muy diferente.

En cuanto al genocidio, recordó que el texto del proyecto comprende todos los delitos de lesa humanidad, entre los cuales se ha considerado incluido el genocidio.

Enseguida intervino el Honorable Senador señor Espina, quien estimó que el argumento de que la violación a los derechos humanos la cometen solamente los agentes del Estado resulta inaceptable y contradictorio respecto de lo que estableció el informe de la Comisión Verdad y Reconciliación. Connotó que en él se señala expresamente que una violación de derechos humanos no sólo son actos cometidos por agentes del Estado sino que también otros perpetrados por particulares que actúan bajo pretextos políticos.

En consecuencia, agregó, quienes asesinan, torturan o matan a civiles, como ocurre con grupos extremistas que atentan en contra de otros particulares o de agentes del Estado, cometen violaciones a los derechos humanos. Estimó inaceptable sostener que no constituye tal violación el asesinar impunemente con una bomba a un cabo de Carabineros, por ejemplo. Esa sería una visión sesgada y parcial que, en el legítimo ejercicio de su función parlamentaria, rechaza enérgicamente.

En segundo lugar, señaló que este proyecto tiene un conjunto de alcances y circunstancias muy trascendentes, como, por ejemplo, las decisiones y acuerdos pendientes en torno al Estatuto de Roma.

En efecto, acotó, la clave para haber alcanzado un acuerdo unánime es que la Convención de Roma prohíbe la retroactividad de la ley penal expresamente y asegura que nadie será penalmente responsable en conformidad con el presente estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

Además, prescribe que en toda causa se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación antes que se dicte la sentencia definitiva. Agrega este Tratado que su competencia temporal alcanza únicamente a los crímenes cometidos después de su entrada en vigor. Por lo tanto, a su juicio, aquí habría una contradicción frente a la Corte Penal Internacional.

Recordó que después de un debate intenso, la Comisión consensuó el texto de la reforma constitucional que se necesita para que Chile adhiera al Estatuto de Roma y que, no obstante haberse alcanzado este acuerdo, dicha tramitación se estancó.

Asimismo, atribuyó a razones del Ejecutivo el retraso observado en la tramitación del proyecto que tipifica en el ordenamiento penal interno el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra. Hizo una relación de lo avanzado por esta Comisión de Constitución para despachar esa iniciativa, la que, también por inconvenientes atribuibles al Ejecutivo, se ha detenido.

Expresó su acuerdo en relación al planteamiento de que los delitos de lesa humanidad no sean prescriptibles, lo que le pareció un principio general correcto por la simple razón de que podrían estos delitos estar cometiéndose en un país durante muchos años por una dictadura que dure décadas y que, por no haber alternativa de hacer verdadera justicia, transcurran todos los plazos.

Luego, planteó que, en un análisis preliminar, los fundamentos del proyecto en estudio ponen de manifiesto contradicciones entre la iniciativa y normas tan relevantes como el precepto de la Constitución que establece la irretroactividad de la ley penal, el artículo 18 del Código Penal y el artículo 9º del Código Civil. Ante una situación de esta complejidad, instó a hacer un estudio detenido que permita perfeccionar los términos de la iniciativa.

El Honorable Senador señor Larraín coincidió con la opinión anterior, resaltando, además, que una materia de esta trascendencia tiene que ser evaluada y analizada de cara al futuro. Opinó que lo propuesto puede verse como un principio normal que debiera incorporarse a nuestro derecho a partir de las experiencias vividas y de la legislación comparada.

Conjeturó que la oportunidad para hacerlo es precisamente el proyecto de ley que adecuará la legislación penal interna, tipificando el genocidio y los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de modo de contar con nuestra propia normativa y recurrir a la Corte solamente en subsidio. Ello, dijo, fue condición para lograr el acuerdo aludido, que hará posible dar el paso necesario en relación a Estatuto de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, agregó, el tema de la prescripción de este tipo de delitos debe discutirse en el contexto de aquel proyecto.

Finalmente, aludió a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, actualmente en trámite en este Congreso Nacional, cuyo artículo 8° permitiría que los Estados Partes apliquen regímenes de prescripción para este delito. Si ello es así, dijo, querría decir que los principios universales en esta materia no son tan claros y que sería menester revisar lo que está pasando en el ámbito del Derecho Internacional en la materia.

El Honorable Diputado Juan Bustos reiteró que la persecución de las violaciones a los derechos humanos surge del

reconocimiento por el Estado de los derechos de las personas. Justamente por ello tiene la obligación de perseguir al ciudadano que viola los derechos de otro. El Estado, entonces, tiene la obligación y el deber de perseguir la comisión de delitos porque ha reconocido la existencia de los respectivos derechos. Sin embargo, las violaciones a los derechos humanos como el genocidio o la tortura provienen de actos del Estado en contra de los ciudadanos.

En relación a la afirmación del Honorable Senador señor Espina en cuanto a que según los términos del informe de la Comisión Rettig el concepto de violación a los derechos humanos incluiría actos de particulares, señaló que, según su parecer, ese punto está zanjado y descartado desde la Carta Magna en adelante.

Consideró que el segundo aspecto, referido al Tribunal Penal Internacional, es un tema diferente por tratarse de un Tribunal que se instala a partir de un momento determinado para ejercer su jurisdicción desde entonces hacia adelante, a diferencia de lo que ocurrió con el Tribunal de Nüremberg, que se estableció para conocer hechos acaecidos con anterioridad.

Por eso, sostuvo, el proyecto en análisis constituye un tema completamente distinto pues plantea una ley interpretativa sobre un tema que ya está regulado en un conjunto de convenios vigentes en Chile, estando, por lo tanto, ya está fijado el alcance los conceptos de prescripción y de amnistía en dichos tratados.

En una sesión posterior, **el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Viera-Gallo**, reiteró la voluntad del Gobierno de avanzar en el despacho de este proyecto.

Admitió que se trata de un asunto extremadamente delicado, prueba de lo cual es el intenso y profundo debate habido durante el primer trámite en la Cámara de Diputados, del cual destacó la intervención del profesor don Enrique Cury, quien se mostró partidario de la iniciativa. Hizo notar, asimismo, que las diversas observaciones planteadas al texto de la misma en esa etapa fueron debidamente refutadas por el autor de la iniciativa y los demás profesores que participaron en ese debate.

Enseguida, aseguró que, en opinión del Gobierno, este proyecto no es contrario a la Constitución Política; que da pleno y cabal cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el denominado “caso Almonacid” y que, además, viene a resolver, como decía el profesor Cury, una incertidumbre jurisprudencial, cuya solución no debía recaer sobre un solo Poder del Estado, pues la obligada al cumplimiento de la referida sentencia no es solamente la Judicatura, sino todos los Poderes del Estado, incluido el Legislativo.

Respecto a las fórmulas para cumplir la sentencia del caso Almonacid, recordó que el mismo profesor señor Cury señaló las dificultades que presenta la vía de la nulidad de la Ley de Amnistía y la de la derogación de la misma, así como los reparos que pueden formularse a las proposiciones planteadas el profesor don Alfredo Etcheberry, quien formuló distinciones conceptuales entre amnistía propia, impropia, si existían sentencias ejecutoriadas en el plazo intermedio, y otras.

A juicio del señor Ministro, el mérito de esta iniciativa es que ella no altera el hecho de que quienes cometieron los crímenes a que se refiere, sabían que al momento de ejecutarlos eran hechos punibles y, por tanto, el proyecto no establece una tipicidad nueva o distinta a la que existía al cometerse los hechos. En este sentido, aseguró, el proyecto no es contrario al principio de irretroactividad de la ley penal contemplado en la Carta Fundamental.

Resaltó que, además, esta iniciativa zanja una disputa jurisprudencial y lo hace siguiendo la tendencia moderna del Derecho Internacional, que se ha acentuado crecientemente no sólo a partir de la Segunda Guerra Mundial, sino que también a raíz de los sucesos ocurridos en América Latina y, específicamente, en nuestro país. Éstos, dijo, han dado lugar a diversos tratados que están en la línea de lo planteado por el proyecto de ley en discusión.

Agregó que la iniciativa presenta, también, la ventaja de dar una dimensión justa al problema abordado, atendida la gravedad de los hechos en el momento en que ocurrieron.

Luego, se refirió a la Convención sobre Desaparición Forzosa de Personas y a la posibilidad que ella contempla de aplicar la institución de la prescripción. Sobre este particular, aclaró que debe distinguirse entre una política sistemática orientada a hacer desaparecer personas forzadamente y aquellas situaciones específicas o aisladas.

Este último caso, precisó, no constituye un crimen de lesa humanidad. La desaparición forzada de una persona, agregó, es un hecho gravísimo, deleznable; pero para que la desaparición forzada de personas constituya un crimen de lesa humanidad se debe estar frente a una política de Estado reiterada, deliberada, orientada a cometer esos hechos.

La Convención, destacó, regula de manera distinta estas dos situaciones: cuando existe un caso aislado o cuando se trata de una política.

En la primera hipótesis, el artículo 8° se inicia con la expresión “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5°…”, precisamente

porque este último precepto regula los casos de prácticas generalizadas o sistemáticas de la desaparición forzada que constituyen un crimen de lesa humanidad. Esta distinción permite que, para los casos aislados, subsista una remanencia de prescripción.

Nuestro país, concluyó, se encuentra en la hipótesis reglamentada en el artículo 5° de la Convención, toda vez que aquí hubo una práctica generalizada o sistemática de desaparición forzada de personas, lo que constituye un crimen de lesa humanidad, tal como está definido en el Derecho Internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por esa rama del Derecho, es decir, que ese delito es imprescriptible e inamnistiable.

Finalizada la discusión, **el proyecto fue aprobado en general por tres votos a favor y una abstención. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señores Gómez, Muñoz, don Pedro, y Pizarro. Se abstuvo el Honorable Senador señor Espina.**

Enseguida, con la misma votación, la Comisión acordó introducir al texto aprobado por la Cámara de Diputados las siguientes enmiendas:

- No hacer aplicables a los ilícitos penales que constituyen genocidio y crímenes de guerra y lesa humanidad la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal y de la pena;

- Mencionar expresamente el genocidio, además de los crímenes de guerra y lesa humanidad, y

- Eliminar la referencia al ius cogens y al derecho consuetudinario internacional.

En consecuencia, con la votación antes indicada, la iniciativa fue aprobada en particular con las enmiendas ya anotadas.

Fundamentando su abstención, **el Honorable Senador señor Espina** manifestó que si bien el texto de la iniciativa ha sido objeto de modificaciones que permiten superar muchos de los defectos que contenía el texto original, existían razones que motivaban dicha abstención.

Dijo entender que esta ley interpretativa no puede aplicarse a los procesos respecto de los cuales ha recaído sentencia definitiva absolutoria o sobreseimiento definitivo, en los que se ha aplicado la ley de amnistía o la prescripción. Lo anterior, en consideración a que el artículo 9º del Código Civil establece que las leyes interpretativas, si bien se entienden incorporadas a la ley incorporada, no afectarán las sentencias

firmes dictadas en el tiempo intermedio, y a que modificar tales sentencias implicaría hacer revivir procesos fenecidos, lo que está prohibido al Congreso Nacional en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Política.

Por otra parte, opinó que aprobar este proyecto de ley implicaría que en procesos pendientes o por iniciarse por derechos humanos no se aplicaría la ley de amnistía ni la prescripción. Esto, a su juicio, generaría una situación de desigualdad de trato entre las personas cuyos procesos están pendientes o por iniciarse -que no se beneficiarán con la ley de amnistía ni con la prescripción- respecto de aquellos que ya han sido absueltos por sentencia firme o sobreseimiento definitivo en virtud de la amnistía o la prescripción.

Habría, en consecuencia, desigualdad, porque se trataría de hechos ocurridos durante un mismo período, respecto de los cuales la ley establece consecuencias distintas, no obstante corresponder a acciones de iguales características.

Sostuvo que no corresponde al legislador establecer estas diferencias con carácter general y que distinto es el caso de los fallos judiciales, que se pronuncian según el mérito de cada proceso.

Además, expresó tener dudas sobre si es o no necesaria una ley interpretativa en este caso. Ello porque hay sentencias de tribunales chilenos que no han aplicado la Ley de Amnistía sosteniendo que durante ese período el país se encontraba en Estado de Guerra interna, siendo aplicables los Convenios de Ginebra que impiden a los Estados Contratantes exonerarse de su responsabilidad de perseguir los delitos a que se refieren esos tratados.

Por último, no le pareció prudente dictar una ley de esta naturaleza sin conocer el parecer del señor Ministro de Defensa Nacional en forma previa.

- - -

Como consecuencia de las consideraciones precedentemente expuestas, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de proponeros la aprobación del proyecto despachado por la Honorable Cámara de Diputados, sustituyendo su texto por el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 19 de diciembre de 2007 y 8 de enero de 2008 con asistencia de los Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia (Presidente), Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández, Pedro Muñoz Aburto y Jorge Pizarro Soto.

Sala de la Comisión, a 11 de enero de 2008.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO
INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE ADECUA LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA A LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS
(Boletines Nºs 3.345-07 y 3.959-07, refundidos)

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO: establecer un precepto interpretativo del artículo 93 del Código Penal, con el fin de establecer que la, la amnistía, el indulto y la prescripción no se aplicarán como causales de extinción de responsabilidad penal tratándose del delito de genocidio y de los crímenes de guerra y de lesa humanidad contemplados en los tratados internacionales vigentes en Chile.

II.- ACUERDOS: aprobado en general y en particular, con modificaciones, por mayoría (3 x 1 abstención).

III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO: consta de un artículo único.

IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: no tiene.

V.- URGENCIA: “suma”, a contar del día 8 de enero de 2008.

VI.- ORIGEN DE LA INICIATIVA: Mociones parlamentarias.

VII.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo trámite.

VIII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

IX.- LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:
-Constitución Política de la República;
-Código Penal;
-Código Civil;
-Código de Justicia Militar;
-Código Orgánico de Tribunales;
-Decreto ley Nº 2.191, de 1978, sobre amnistía, y
-Diversos tratados internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos.

Valparaíso, 11 de enero de 2008.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

ÍNDICE

	Página
Constancias reglamentarias	1
Antecedentes	
- De Derecho	2
- De hecho	7
Discusión en general y en particular	17
Aprobación en general y en particular	40
Texto propuesto a la Sala	41
Resumen ejecutivo	43

- - -