

Proyecto de ley que declara la nulidad de derecho público del Decreto Ley N°2.191 de 1978, señalando efectos que indica.

1. Fundamentos. Es necesario tener presente los siguientes argumentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales que desbaratan cualquier tentativa para legitimar un *acto de poder ilícito*, el Decreto Ley 2.191 de abril de 1978, como una ley de amnistía, así como la acertada calificación jurídica de los atroces hechos cometidos de manera de evitar la impunidad. La referida disposición, no es una ley de amnistía, no cumpliendo con sus presupuestos materiales y formales, por lo que debe ser derogada y anulado sus efectos jurídicos.

- 1. La amnistía tiene un origen histórico de benignidad, como un acto de indulgencia frente al vencido por delitos de naturaleza política (y “deben otorgarse después del retorno de la normalidad constitucional”), estando sujeta a las limitaciones que emanan de los tratados internacionales.**

Si revisamos uno de los textos clásicos del Derecho Penal Chileno, el **ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado**, profesor EDUARDO NOVOA MONREAL, sostiene que “su origen se remonta al año 404 antes de Cristo, en que se dictó en Atenas para declarar la impunidad de los que habían participado en la expulsión de los treinta tiranos”, luego de caracterizar sus efectos señala enfáticamente que **“por su raíz histórica y por razones de principio, la amnistía solamente debiera aplicarse a delitos políticos... u otros delitos que por su naturaleza no repugnen la conciencia moral de una sociedad”**¹. Un completo y dedicado estudio sobre las razones jurídicas y políticas de la clemencia, se encuentra desde el comienzo de nuestra vida republicana en los primeros textos constitucionales², reconociendo, empero severas limitaciones³ y señalando que la amnistía “no debe erigirse en un auto perdón o una autoamnistía”.

Con todo, en un excelente y completo análisis del instituto, recientemente el profesor GUZMÁN DÁLBORA⁴, afirma que esta deben otorgarse **“después del retorno a la normalidad constitucional”**, y sólo respecto de delitos políticos sus conexos y mixtos, citando a KANT, “sólo puede hacer uso de este derecho el Estado en caso que el mismo sea lesionado”.

Más recientemente, de manera contundente y completa, el profesor POLITOFF, señala que **“es contraria a la Constitución y los Tratados vigentes una amnistía que abarque delitos atentatorios contra los derechos allí garantizados**, aunque no de manera explícita (genocidio, torturas y desaparición forzada de personas), hechos contemplados en las Convenciones de Ginebra de 1948, de la ONU de 1948 (OEA de

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

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

³ *Ibid.* p. 198 y ss.

⁴ GUZMAN DALBORA, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en “Texto y Comentario al Código Penal Chileno”, Tomo I, p. 446, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

1998). **Esta limitación se expresa en el texto del art. 250 inc. final del Cpp (2000), que prohíbe sobreseer definitivamente una causa cuando los delitos investigados no pueden ser amnistiados conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**⁵.

GARRIDO MONTT⁶, -si bien asume una actitud conservadora en la materia-manifiesta que no esta supeditada a restricciones (lo que es un error desde el punto de vista de las exigencias del derecho internacional), aunque reconoce su aplicación a delitos políticos o militares. Lo más destacable de su exposición es que “la amnistía es un instituto controvertido, no sólo en la actualidad sino que en el pasado. Autores como BECCARIA, GARÓFALO, FEUERBACH, en su tiempo, criticaron este derecho de gracia, estimando que era una intromisión de otros poderes en la actividad judicial, lo que atentaría contra las funciones del Estado.”, luego de señalar lo aconsejable de su mantención, señala que “la amnistía requiere, siempre, un empleo prudente; **es un acto supremo de clemencia** y; siendo tal, su consagración jurídica y su aplicación merecen especial consideración y el mayor respeto”. Siguiendo las concepciones normativistas en boga se ha planteado⁷, con razón, que “la amnistía puede constituir una expresión institucionalizada de compasión [...] sólo debería alcanzar a aquellos que efectivamente pueden ser considerados, en algún sentido, víctimas [...] la condición de victimización es el *padecimiento de la fuerza*, como situación contrapuesta al *ejercicio del poder*”.

De esta manera queda claramente establecida que la norma que se propone derogar solo lleva el nombre de amnistía, pues no encuadra con los requisitos históricos y materiales de la institución, no siendo más que una forma de encubrir los crímenes de los propios legisladores.

2. **No merecen la denominación de amnistía las “tentativas de encubrimiento” bajo la modalidad de “amnistías al revés” o “auto amnistía”, pues no cumplen con los presupuestos esenciales de la institución tanto históricos como de la necesidad de la pena. El Decreto Ley 2.191 de 19 de abril 1978 es precisamente una modalidad de *amnistía al revés*, nula desde el punto de vista constitucional.**

No pueden ser calificadas jurídicamente como amnistía, sino más bien, **amnistía al revés** como sostiene el profesor RIVACOBÁ, las “destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el futuro por cuantas fechorías hayan cometido”⁸. Disposiciones como estas no son fruto de un acto de indulgencia, que enaltece a quien lo cumple, ni procuran llevar sosiego a la comunidad, sino por el contrario constituyen una burda vulneración del principio de *igualdad ante la ley* y marca deshonrosa de regímenes tiránicos como el vivido en Chile.

⁵ POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, p. 570-571, Editorial Jurídica de Chile, enero 2004.

⁶ GARRIDO MONTT, “*Derecho Penal*” *Parte General*, p. 362-365, t. 1, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁷ MAÑALICH, Juan Pablo, “*El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía*”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, p. 11-33, N°5 año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁸ RIVACOBÁ, “*Orden Político y orden penal*”, p. 210, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995.

Estas **amnistías al revés, tienen sólo la forma pero no su contenido jurídico**, ni siquiera como manifestación de legislación jurídica vinculante, al emanar de decretos leyes de regímenes de facto.

El profesor GUZMÁN entrega varios **ejemplos**⁹: a) La ordenanza alemana de 21 de marzo de 1933, que amnistió todos los actos perpetrados *en la lucha por la instauración del nacionalsocialismo, asesinatos incluidos*; b) la ley española de 23 de septiembre de 1939, que se refería a “delitos políticos y sus conexos que hubieren sido cometidos, por afinidad con la ideología del Movimiento Nacional”, entre 1931-1936; y **c) el Decreto Ley 2.191, dado en Chile el 19 de abril de 1978 para** “todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas” **–otra vez, asesinatos, secuestros incluidos-**, que al decir de NOVOA MONREAL, “cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente”¹⁰. De esta manera la posición respecto de los crímenes cometidos por aparatos organizados y maquinaria estatal como crímenes de guerra y contra la humanidad aparecen bastante definidas¹¹.

En el derecho comparado la opinión es indiscutida, así para el Ministro de la Corte Suprema de la Nación Argentina, profesor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI “por tratarse de leyes desincriminatorias debe ser en sentido material y formal, es decir, dictadas por el Congreso Nacional”, luego sumándose a la naturaleza del instituto “esta sólo puede referirse a delitos políticos, pero nada obsta a que se refiera a otros delitos, **salvo que se refieran a los que la República no puede amnistiar en razón de tratados internacionales, o los cometidos por los propios legisladores, pues se trataría de una legitimación del encubrimiento**”¹².

En cuanto a quienes participaron en la elaboración del D.L. No 2.191 de 1978, como sostiene el profesor MATUS, mal conocido como “Ley de Amnistía”, obviamente,

⁹ GUZMÁN DÁLBORA, 2002, p. 446.

¹⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo, “*El desaparecimiento de personas*”. *Breve análisis jurídico*, p. 29, en Revista Araucaria de Chile, N°14, 1981.

¹¹ Cfr., por todos, MATUS, Jean Pierre, “*El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile Durante el Régimen Militar*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-07 (2005). Quién señala que “La primera declaración formal del contenido de la expresión crímenes contra la humanidad aparece en el Art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg de 8.8.1945, declarando como tales la “el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal”. El Estatuto y los juicios mismos celebrados en Nuremberg fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 11.12.1946 y declarados como parte de los “principios del derecho internacional”³⁵. Aunque se discute entre los internacionalistas si los principios que recogen son propios del derecho en general, o de la costumbre internacional (p. 386, nota 22), lo cierto es que ellos sirven de base mínima para la tipificación de los crímenes contra la humanidad, al punto de considerárseles parte del *ius cogens*”.

¹² ZAFFARONI, Raúl, “*Derecho Penal*”, Parte General, p. 124-125, en colaboración con SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, 2ª edición, Ediar, 2002).

su enjuiciamiento desde el punto de vista del derecho penal internacional no tiene relación con la disputa interna acerca de su vigencia respecto de hechos punibles conforme a la ley nacional –la que al menos en un par de casos ha sido desestimada por nuestra Corte Suprema¹³–, sino con su pretendido efecto respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en el período que cubre¹⁴.

“Esgrimido por sus partidarios como un elevado aporte a la pacificación de una sociedad dividida en el pasado, en la práctica buscaba preservar en la impunidad las anteriores violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o personas a su servicio, aun cuando ese fin también haya supuesto beneficios para personas identificadas con el gobierno de la Unidad Popular o la disidencia política. El ministro del Interior de la época, al referirse a esta ley en un discurso pronunciado el 15 de junio de 1978, definió cuál era la posición oficial respecto a los "excesos" previos y a sus responsables: "Es necesario que el país comprenda que derrotar una subversión violenta y organizada, [...] constituye un desafío que ha exigido la acción constante, abnegada y preventiva de los organismos de seguridad, en términos que ella no puede ser enjuiciada pretendiendo aplicarle criterios propios de un época de normalidad"¹⁵.

Al respecto, ya en 1925 la Corte Internacional de Justicia de la Haya había resuelto que “nadie puede ser juez de sus propios actos” y, conforme a este principio, al Art. II. 5 de la LCC 10 dispuso que no podía alegarse como defensa en los juicios contra los nacionalsocialistas las amnistías y cualquier excepción de punibilidad otorgadas por el régimen Nazi, fuentes que “en realidad, hacen evidente que el derecho internacional no reconoce en principio las auto amnistías decretadas por los ex gobernantes o dictadores”¹⁶.

En síntesis, el Decreto Ley 2.191, es ilícito y tiene carácter delictivo pues se trata de una hipótesis que configura una **tentativa de encubrimiento**, pues aparece dictado por los mismos autores de los hechos que pretenden resultar beneficiados. De tal suerte que adolece de nulidad de derecho público conforme al art. 7 de la Constitución Política. Como ejemplo, en argentina un caso de tentativa de encubrimiento, por vía de la amnistía, fue el acto de poder, 22.924 de 22 de septiembre de 1983, que pretendió amnistiar los actos de fuerza de los usurpadores a través de otro decreto emergente de la misma fuente (usurpadores del poder), configurando el delito de tentativa de encubrimiento, es decir, un delito con apariencia y registro de ley¹⁷.

3. La distinción entre amnistía *propia* e *impropia*, sólo es posible y adquiere relevancia si la ley de amnistía cumple con presupuestos de legitimidad del orden constitucional e internacional penal, ergo, si la norma no es amnistía la distinción carece de valor. La *propia* opera antes de la sentencia (extingue la acción penal), la *impropia* (extingue la pena impuesta);

¹³ Sentencias Corte Suprema 11.3.1998 y 9.9.1998 en Revista *Gaceta Jurídica* 213, p. 155 y 219, p. 122, respectivamente.

¹⁴ MATUS, Jean Pierre, "El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile Durante el Régimen Militar", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-07 (2005).

¹⁵ Informe, p. 203.

¹⁶ AMBOS, Kai: *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2a ed. Buenos Aires, 1999, p. 130. El fallo que se cita es el de la Opinión Consultiva sobre el Tratado de Luisiana (que regulaba las fronteras entre Irak y Turquía).

¹⁷ ZAFFARONI, 2002, p. 125

Según la opinión dominante esta “es procedente en cualquier momento a partir de la comisión del delito” (obviamente referida a la verdadera amnistía, no las auto amnistías). Se pueden distinguir dos clases de amnistía. La **propia** tiene lugar antes de que se pronuncie sentencia firme, y es causa de extinción de la acción penal; la **impropia**, a su turno interviene dictada la sentencia extinguiendo la pena¹⁸.

Sostener que el D.L. 2.191 de 19 de abril de 1978, es una *amnistía impropia* es una falacia, y un evidente signo de ignorancia, pues se trata a las claras de una amnistía al revés, una apariencia de amnistía, y al tenor de su artículo primero hace imposible tal apreciación, pues, más se asemeja a la amnistía propia, y sólo el artículo 2º podría vincularse a esta noción, al referirse a los condenados por Tribunales militares (en varios casos ejecutados antes de la sentencia). Este planteamiento no tiene futuro, atendido a que existiría un salto lógico al calificar de amnistía a una disposición que no lo es, por lo que menos podría sostenerse una clasificación que sólo es procedente ante una norma que cumpla con sus características.

Los argumentos de algunos ex personeros del Consejo de defensa del Estado, pecan de superfluos, pues ni siquiera cuentan con apoyo en el texto del citado decreto. No basta con señalar conforme a la teoría tradicional que es una disposición legal dictada por el detentador del poder, que es aplicada por los tribunales (en algunos casos en hipótesis prevaricación), no sólo como reflejo de esterilidad científica de un positivismo trasnochado, si no que como síntoma de un escaso conocimiento de los orígenes de la institución, sus elementos, características y **limitaciones** en su aplicación.

4. La amnistía del año 1978, es nula porque contraviene el orden internacional y constitucional de los Derechos Humanos y esta sujeta a una serie de limitaciones.

Es un error en la interpretación sostener que varios de los tratados internacionales, no implican una prohibición de amnistiar, si bien no lo declaran expresamente, en sus normas late la inequívoca voluntad de que las obligaciones que consagran e interdicen (Guzmán: 2002, p. 451-452). La jurisprudencia lo ha acogido en diversos fallos (CS 11.03.1998; en Gaceta Jurídica 213, p. 155; CS 9.09.1998, Gaceta Jurídica N° 219, p. 122), aplicando tales convenios y desechando la amnistía.

Como sostiene el profesor POLITOFF, “**es contraria a la Constitución y los Tratados vigentes una amnistía que abarque delitos atentatorios contra los derechos allí garantizados**, aunque no de manera explícita (genocidio, torturas y desaparición forzada de personas), hechos contemplados en las Convenciones de Ginebra de 1998, de la ONU de 1984 (OEA de 1998). Esta limitación se expresa en el texto del **art. 250 inc. final del Cpp (2000), que prohíbe sobreseer definitivamente una causa cuando los delitos investigados no pueden ser amnistiados conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**”¹⁹.

¹⁸ GUZMÁN DÁLBORA, cit., 2002, p. 449, ZAFFARONI, 2002, p. 125.

¹⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, p. 570-571, Editorial Jurídica de Chile, enero 2004.

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

Llama la atención las escasas reflexiones sobre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en otras oportunidades a propósito otros delitos, muy parecidos a los que en rigor motivan el presente proyecto ha señalado (ver sentencia del caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988, párrafo 165, serie C N° 4) que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la convención. El **ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado**, por su parte la CoIDH, recordó que en otra ocasión había puntualizado que "la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. **Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente**. Así, **en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal**" (La expresión "leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A nro. 6, párr. 21), aspectos que también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia *Castillo Petruzzi* del 30 de mayo de 1999, serie C N° 52).

Se ha dicho por la CIDH, que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "**ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad**" (cfr. Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso *Blake*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Que este criterio ha sido sostenido por la CIDH, al manifestar "Esta Corte considera que **son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un**

obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú..." (conf. CIDH, caso "*Barrios Altos*", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75).

Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado chileno ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un **deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial**. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (CIDH, caso "*Velázquez Rodríguez*", sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4).

A partir de dicho fallo quedó claramente establecido **el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención**. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "*Barrios Altos*", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "*Trujillo Oroza vs. Bolivia*" -Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "*Benavides Cevallos*"- cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, después de regular los principios básicos de la jurisdicción penal interna (*nullum crimen nulla poena sine lege*, Art. 15.1), agrega: "Nada de 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**". En cuanto al Tribunal competente, el Art. 53 N° 3 de nuestro Código Orgánico de Tribunales confiere competencia al Presidente de la Corte Suprema para conocer en primera instancia, "*de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional*", entregando la segunda instancia a una sala. Esta disposición -al decir del profesor MATUS-, no hace más que darle contenido orgánico a un principio que el propio Bello sentara hace más de siglo y medio, esto es, "*que en una nación i en una época dadas el derecho de jentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda*"²⁰.

²⁰ Cfr., por todos, MATUS, Jean Pierre, "*El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile Durante el Régimen Militar*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 07-07 (2005), quién considera muy significativo este pasaje de Andrés Bello, sobre el cual el redactor del Código Civil chileno vuelve más adelante, al punto de

5. Algo sobre la nulidad de derecho público. Su declaración por vía legislativa. La amnistía del año 1978, es nula porque es tentativa de encubrimiento, infringiendo el principio de legalidad y contraviene el orden internacional y constitucional en materia de derechos humanos.

De conformidad con la constitución la nulidad de derecho público es la máxima sanción contra los actos que contravienen la constitución y suponen un uso de atribuciones excediendo el marco de la legalidad. Históricamente ha sido recogida en las cartas de 1833, 1925 entre otras. En la jurisprudencia es posible encontrar que “La *nulidad de derecho publico*, se produce de pleno derecho y no puede sanearse de manera alguna, ni siquiera por prescripción, siendo inaplicable en este ámbito la normativa de derecho privado”²¹. Que la noción más elemental de Estado de derecho supone, necesaria e imprescindible, la sujeción de los órganos públicos al derecho, el que asume el carácter de razonada delimitación de sus atribuciones, de modo que aquellos sólo puedan, y además, exclusivamente deban, hacer lo que la ley les manda, de conformidad con la Constitución, en función de los fines del servicio público, del objeto de los actos de la administración y de la capacidad de sus agentes, siempre con irrestricto respeto a las garantías de las personas (considerando 53, p. 89).

El tema de la declaración de la nulidad de derecho público por vía legislativa, si bien puede complicar algunos modos de pensar, cuenta con opiniones autorizadas, al decir del profesor SOTO KLOSS, “como se advierte, es la propia Constitución la que dispone la nulidad del acto que la vulnera, viola o contraviene (“es nulo”); **no reenvía al juez** para que sea éste el que la declare, como ocurre en la legislación civil (arts. 1683 y 1684 del código civil), y en que el acto es válido hasta que el juez lo declare nulo. Por el contrario, su artículo 7° declara él mismo la nulidad de este acto (de órgano estatal), y es nulo desde el mismo instante en que se incurrió en el vicio de inconstitucionalidad, al vulnerar la Constitución”²². Luego sostiene “es la propia Constitución la que declara nulo todo acto dictado en su contravención y nulo significa que [no es]”²³.

En el derecho comparado, en casos más significativos sobre nulidad declarada legislativamente, es Argentina, especialmente con la dictación de las leyes 23.040, de 29 de diciembre de 1983 que derogó la ley de *auto amnistía* Argentina N°22.924; así como también, recientemente la ley N°25.779 de 3 de septiembre de 2003, que declaró la nulidad insanable las leyes de *punto final* y *obediencia debida*, a su turno refrendada por la Corte Suprema de la Nación Argentina quien ha hecho aplicación de la referida ley en diversos fallos²⁴.

considerar “las sentencias de los juzgados de presas” (norteamericanos e ingleses) como fuentes para “explorar e ilustrar las reglas del derecho internacional” en su obra “El Derecho Internacional”. En: Obras Completas, Vol. X. Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1886, p. 21.

²¹ Cfr. Sentencia Corte Apelaciones de Santiago, en Gaceta Jurídica, N° 278 p. 78 y ss.,

²² Cfr. por todos SOTO KLOSS, Eduardo, “La nulidad de derecho p{ublico de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el Derecho Chileno”, p. 56 y ss., Revista Ius Publicum, N°4, 2000, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás.

²³ Ídem.

²⁴ Con fecha 15 de junio de 2005, fue aprobada la inconstitucionalidad por siete de los nueve jueces de la Cortes -Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti, Eugenio Zaffaroni, Elena Highton, Carmen Argibay y Antonio Boggiano; Carlos Fayt se opuso y Augusto Belluscio se abstuvo-.

De esta manera la auto amnistía (amnistía al revés), bajo apariencia de ley, son nulas porque se contradicen con lo estipulado por el art. 7 de la Constitución Política y que son inaplicables porque resultan contrarias a los principios más elementales del derecho internacional.

En relación al primer argumento, el art. 7° de la Constitución, prescribe la nulidad de los actos que impliquen el ejercicio de facultades extraordinarias por parte de cualquiera de los poderes del Estado, haciendo una clara referencia a que la ley determina la responsabilidad y la sanción. En tal sentido, el D. L. 2.191 impide la sanción de graves delitos (considerados crímenes contra la humanidad) cometidos por las Fuerzas Armadas y sus aparatos de seguridad durante el gobierno que usurpó el poder entre 1973 y 1990. Es por eso, que la no vigencia del estado de derecho durante ese período de la historia chilena, sumada al control del poder absoluto por parte de la junta militar tuvo como consecuencia el avasallamiento de todas las garantías individuales protegidas por la Constitución. De este modo, se afirma que la ley de autoamnistía, consagra la impunidad de hechos aberrantes, al establecer una a) tentativa de encubrimiento y b) impedir la facultad propia del Poder Judicial para juzgar y sancionar esos delitos configurándose, de esta manera, la situación que el art. 7 de la Constitución pretende evitar. Por tal motivo, ese acto legislativo carece absolutamente de efectos jurídicos desde el momento de su promulgación y no debe ser aplicada por los tribunales nacionales.

6. Refutación de una posible argumentación contraria. Breve comentario acerca de la ultractividad de la ley penal y las leyes penales temporales.

El principio en materia de efectos de la ley penal en el tiempo es la *irretroactividad de la ley penal*, es decir, por regla general la ley penal vigente al momento de la comisión del delito determinará si una persona debe ser castigada y en tal caso cuál ha de ser la pena que deberá imponérsele (artículo 18 inciso 1° del Código Penal Chileno).

De esta manera la excepción a este principio esta dada por la “retroactividad benigna” (inciso 2° del artículo 18 CP). Según esta disposición, debe aplicarse una ley que no estaba vigente al momento de la comisión del delito, si ésta es más favorable al procesado y ha sido promulgada antes de dictarse la sentencia de término.

Ahora bien, la contraexcepción esta dada por la ultractividad de la ley penal. Así la ley penal vigente al momento de la comisión del delito deriva en ultractiva si i) a pesar

Cinco magistrados aprobaron la validez de la ley 25.779 de 2003, resolviendo la sentencia: "*Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 (punto final) y 23.521 (obediencia debida) y a cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por temas de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación*".

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

de haber cesado en su vigencia, o ii) o haber sido formalmente derogada en su totalidad, mantiene su aplicación en el tiempo. i) El primer caso es el de las leyes temporales, situación respecto a la cual la doctrina mayoritaria estima que debe seguir aplicándose la ley temporal, aunque sea más gravosa para el procesado que las disposiciones permanentes, lo que constituye una excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna. ii) En cambio no constituye excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal que continua rigiendo materialmente²⁵.

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

El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático, esto es, la constante revisión de porqué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada.

Es por eso, que sobre la base de estos antecedentes venimos en proponer a esta Honorable Cámara el siguiente proyecto de ley.

Art. 1°.- *Declarase insanablemente nulo por inconstitucional, el Decreto ley N°2191 de 19 de abril de 1978.*

Art. 2°.- *El Decreto ley N°2.191, contradice el derecho público chileno, al configurar una tentativa de encubrimiento, por lo que carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penales, civiles, administrativas y militares emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 18 del Código Penal.*

Art. 3°.- *Se declara que son inamnistiables e imprescriptibles todos aquellos crímenes y simples delitos perpetrados por funcionarios públicos o particulares durante un*

²⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, “*Texto y comentario del Código Penal Chileno*”, p. 267-268, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

período de interrupción constitucional, que cometidos individual o masivamente puedan ser calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, de conformidad a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como por los Principios Generales del Derecho Internacional.

Sergio Aguiló

Isabel Allende

Gabriel Ascencio

Pedro Araya

Juan Bustos

Guillermo Ceroni

Carlos Abel Jarpa

Tucapel Jimenez

Marco Enríquez-Ominami

Ivan Paredes



Información disponible en el sitio ARCHIVO CHILE, Web del Centro Estudios "Miguel Enriquez", CEME:
<http://www.archivochile.com>

Si tienes documentación o información relacionada con este tema u otros del sitio, agradecemos la envíes para publicarla. (Documentos, testimonios, discursos, declaraciones, tesis, relatos caídos, información prensa, actividades de organizaciones sociales, fotos, afiches, grabaciones, etc.)

Envía a: archivochileceme@yahoo.com

NOTA: El portal del CEME es un archivo histórico, social y político básicamente de Chile. No persigue ningún fin de lucro. La versión electrónica de documentos se provee únicamente con fines de información y preferentemente educativo culturales. Cualquier reproducción destinada a otros fines deberá obtener los permisos que correspondan, porque los documentos incluidos en el portal son de propiedad intelectual de sus autores o editores. Los contenidos de cada fuente, son de responsabilidad de sus respectivos autores.