

INFORME PERICIAL ANTE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE DECRETO LEY 2191 DE AMNISTÍA DE FECHA 19 DE ABRIL DE 1978 ¹.

Humberto Nogueira Alcalá ²*

1. CONTEXTO EN QUE FUE DICTADO DECRETO LEY 2191 DE AMNISTÍA DE 1978.

Luego del Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, que derribó el gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende, disolvió el Congreso Nacional, eliminó el Tribunal Constitucional, estableció el Estado de Sitio bajo la modalidad de guerra interna, activando tribunales militares en tiempo de guerra sin que sus resoluciones pudieran ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia, suspendiendo el ejercicio de las libertades públicas e instaurando un régimen autocrático dirigido por las Fuerzas Armadas, el cual se autoatribuyó los poderes constituyente, legislativo y de gobierno. Asimismo se expandió significativamente la competencia de la justicia militar para juzgar civiles, desbordando su ámbito de competencia natural. Se desarrolla un proceso de concentración total del poder político en la Junta de Gobierno Militar y en el presidente de esta última, general Augusto Pinochet Ugarte, que contó con la complacencia del Poder Judicial de la época.

La Junta Militar de Gobierno dictó el Decreto Ley N°5, de 12 de septiembre de 1973, el cual, fundado en la situación de conmoción interna y la “necesidad de reprimir en la forma mas drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en

¹ Informe parcial dado como perito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el profesor, Dr. Humberto Nogueira Alcalá ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reunida en Brasilia, 29 de marzo de 2006, con ocasión de la audiencia de prueba y alegatos finales del caso Almonacid vs Chile.

² El autor es Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad del Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

general”, declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar, determinando que el Estado de Sitio impuesto por conmoción interna establecido por el DL N°2 de 11 de septiembre de 1973, debía entenderse como “Estado o tiempo de guerra” para la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código de Justicia Militar, las demás leyes penales y para todos los efectos de esa legislación.

Durante el primer periodo de dicho régimen autocrático militar de hecho, que transcurre desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, se desarrolló una política virulenta de ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada de personas que formaron parte de los partidos que apoyaron el gobierno de Salvador Allende, como asimismo del Movimiento de Izquierda Revolucionaria y de otros disidentes del régimen militar. En tales acciones participaron todas las ramas de la Fuerzas Armadas, el cuerpo el Carabineros (policía uniformada) y la policía de investigaciones (policía civil), además de servicios de inteligencias de tales instituciones y organizaciones ilícitas estructuradas con tal objetivo.

Dicha política sigue desarrollándose con posterioridad con grados de menor virulencia, hasta el término del régimen autocrático militar en 1990, como lo explica el informe Rettig estructurado por una Comisión nombrada por el primer gobierno democrático post dictadura encabezado por el Presidente Patricio Aylwin Azocar (1990 -1994), el que luego de recibir miles de testimonios, emite su informe que entrega al Presidente Aylwin y éste hace público, iniciándose una política de reparación de los daños producidos tanto físicos como psicológicos, que continuará y se profundizará en los gobiernos de Eduardo Frei (1994 – 2000) y Ricardo Lagos (2000 – 2006).

En este contexto de total concentración del poder y de un ejercicio de facto del poder, se dicta el D.L. 2191 de Amnistía con fecha 19 de abril de 1978, concedido a favor de personas que hubieren intervenido en hechos delictuosos acontecidos durante la vigencia del estado de Sitio comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

Dicho DL 2191 se dictó con el claro propósito central de exonerar de responsabilidad penal a funcionarios del Estado, principalmente militares y policías que participaron en la política de ejecuciones, torturas y desapariciones llevadas a cabo por el régimen militar, principalmente, desde el Golpe de Estado hasta marzo de 1978.

2. EL ESTADO DE CHILE Y SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES AL MOMENTO DE LA DICTACIÓN POR EL GOBIERNO MILITAR DE FACTO DEL D.L. DE AMNISTÍA.

A ese momento de la historia de Chile, cabe preguntarse cuáles eran las obligaciones del Estado encuadradas dentro del Derecho Internacional y frente a la comunidad de naciones.

En primer lugar, el Estado chileno suscribió la Carta de Naciones Unidas de 1945, cuyo artículo 55.c, dispone que la organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, como asimismo, trabajará para la efectividad de tales derechos. A su vez, el artículo 56 determina que todos los miembros de la organización se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos precisados en el artículo 55. Tales normas establecen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones³.

A su vez, el Estado chileno hizo suya la **Declaración Universal de Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948**, cuyo preámbulo postula el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Por otra parte, el artículo 1° precisa que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Se asume así como cúspide del derecho internacional la dignidad de la persona humana y los derechos humanos.

Desde 1948 comienza a desarrollarse un sistema internacional de protección y garantía de los derechos en base a principios de ius cogens, derecho consuetudinario internacional y derecho convencional internacional, coadyuvante y complementario del derecho interno de los estados.

El sistema internacional de protección de los derechos humanos se fundamenta en la misma dignidad del ser humano y busca excluir ciertos actos criminales del ejercicio de las funciones estatales haciendo al Estado y sus personeros responsables de tales crímenes, lo que se concreta a través de normas de ius cogens, de derecho consuetudinario y derecho convencional internacional.

³ Brownlie, Ian. 1996. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press, Oxford, pág. 463.

La **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, obliga al Estado de Chile desde 1948 a investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos que puedan producirse en el territorio nacional, ya que dicha declaración es fuente de obligaciones internacionales, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones. Baste al respecto recordar la Opinión Consultiva 10/89 referente a la materia⁴.

El Estado chileno ratificó **los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional a través del Decreto Supremo N° 752, de 5 de diciembre de 1950 y fueron publicados en el Diario oficial de los días 17 al 20 de abril de 1951.**

El artículo 3° del Convenio IV de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra, ratificado por Chile en 1951, establece:

“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 para los pueblos civilizados”*

⁴ Opinión Consultiva sobre valor vinculante de la declaración Americana de Derechos Humanos OC 10/89 de 4 de julio de 1989.

A su vez, el artículo 146 de dicho Convenio, determina:

“Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definido en el artículo siguiente.

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”.

El Estado de Chile ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas el 10 de febrero de 1972, el cual tiene vigor internacional para Chile, el 10 de mayo de 1972, el cual sólo fue publicado en el Diario Oficial, el 29 de abril de 1989.

Asimismo, vale la pena recordar que **el Estado chileno ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969**, la cual se encuentra incorporada como parte de nuestro derecho y es de obligatorio cumplimiento como derecho interno y derecho internacional, cuyo artículo 27 determina que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*, lo que debe cumplirse de buena fe, como lo ha explicitado la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional chilenos, como asimismo, establece el carácter imperativo para los Estados Partes de los principios de ius cogens.

El Estado chileno así es parte de este sistema de protección de los derechos humanos al ser miembro de Naciones Unidas, signatario de la Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 y ser parte del Sistema Interamericano y de la Carta de la Organización de Estados Americanos del 30 de abril de 1948, habiendo aprobado la Declaración del Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de diciembre del 10 de diciembre de 1948, asimismo, ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1972, ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Estado chileno está vinculado y es responsable desde 1949 por la vulneración de

la Declaración Universal de Derechos Humanos; desde 1951 por vulneración de los Convenios de Ginebra sobre derecho humanitario internacional; y desde 1972 es responsable internacionalmente por la violación de los derechos contenidos en las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cometidas por sus agentes u órganos. Todo ello, sin perjuicio del deber de acatar y cumplir los principios de *ius cogens* y derecho consuetudinario internacional vigente y obligatorio para Chile en la década de 1970 del siglo XX.

En Chile, ya una vez vigente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, *la facultad estatal de dictar amnistías y leyes de extinción de acciones judiciales o de penas quedó restringida o limitada a materias que no incidan en graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad o que violen gravemente el derecho humanitario internacional por un doble orden de prohibiciones:*

- a) el sistema internacional imperativo reconocido por todas las naciones civilizadas y,
- b) por el sistema internacional de protección convencional compuesto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional, ratificado en 1951 y la Convención sobre el Delito de Genocidio, como asimismo con posterioridad, por la Convención contra la Tortura y todo otro trato cruel inhumano o degradante.

Debe sostenerse entonces, que ya *el Estado Chileno en 1972, estaba vinculado por las normas de ius cogens y por el derecho consuetudinario internacional en vías de codificación como crimen contra la humanidad.*

Además, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, *dichas normas forman parte del derecho internacional imperativo (ius cogens). Así lo ha sostenido la Corte Internacional de Justicia al precisar que los derechos básicos de la persona humana son parte del derecho internacional imperativo o normas de ius cogens*⁵.

El Estado de Chile y sus tribunales reconocieron bajo el imperio de la Constitución de 1925 la incorporación del derecho de gentes a nuestro sistema institucional en senten-

⁵ Barcelona Traction Lights And Power Company Ltd, ICJ Reports 190, página 32, párrafo 33.

cias de la Corte Suprema de Justicia, el cual no queda limitado a la consideración únicamente de las normas locales, encontrándose interrelacionado con el sistema de convivencia internacional y regional y sus correspondientes ordenamientos jurídicos internacionales.

La consagración del derecho de gentes y su aceptación jurisprudencial permite considerar que existía a 1972 un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como normas imperativas de derecho internacional o “*ius cogens*”.

Tales normas se imponen a los estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos internacionales e internos. Dicho derecho no puede ser afectado por tratados en contrario y debe ser aplicado por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Este *derecho imperativo internacional* implica el rechazo “*in limine*” por las naciones civilizadas de crímenes que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el concepto de **ius cogens**, determinando que *deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir”, habiendo sido “aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas”*. La Comisión agrega que su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son normas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. La violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia⁶.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 62/02, caso 12.285. Michael Domínguez v. Estados Unidos, de fecha 22 de octubre de 2002, párrafo 49.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1987 Caso 9647, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, párrafo 5.

El carácter obligatorio de las normas de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho positivo en la Conferencia de las Naciones Unidas codificadora del derecho de los tratados de Viena del 29 de mayo de 1968⁷. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Chile y vigente para este Estado desde el 9 de mayo de 1981, dispone en su artículo 53 que “*es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa 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*”.

El derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional imperativo formaban parte integrante del derecho chileno a 1972.

Los delitos de lesa humanidad están sujetos a las normas de ius cogens y del derecho convencional internacional que lo ha positivado en la Convención de imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas. Los principios de tales convenciones ya estaban vigentes en la década de los setenta del siglo XX en el derecho internacional y en Chile, como derecho consuetudinario internacional y principios imperativos de derecho internacional.

La existencia del orden público reconocido por la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969 es lógicamente anterior a la entrada en vigencia del mismo tratado en cada uno de los países que lo han ratificado e incorporado o asumido en sus términos en sus respectivos ordenamientos jurídicos, ya que por su naturaleza preexiste al momento de su positivación⁸.

El castigo de crímenes como los de guerra y los crímenes contra la humanidad proviene del orden imperativo internacional y se incorpora como un derecho penal suprallegal protector de los derechos humanos que no se encuentra restringido por las limitaciones constitucionales y legales internas y locales para la sanción de los demás delitos.

⁷ U.N. Doc. A/Conf. 39/11

⁸ Cherif Bassiouni, 1996. *Internacional crimes: Jus Cogens and Obligation erga omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems*, 56.

Cassese, Antonio. 2002. *International Law*, Londres, Oxford University Press, reimpresión. Páginas 178 y 370.

La tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser efectuada desde la perspectiva que asegure tanto el deber estatal de sanción en armonía con el sistema internacional, el que establece imperativamente el castigo de dichas conductas como la protección de las víctimas frente a disposiciones del derecho local que eviten la persecución de sus autores.

Ya el artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo, según la Carta de Londres de 1945, definía como crímenes contra la humanidad el homicidio, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, sea o no en violación del derecho doméstico del país en que hayan sido perpetrados.

Puede sostenerse, asimismo, que las normas penales internas, en cuyas descripciones típicas pueden subsumirse los homicidios, adquirieron para los efectos de los imputados por tales delitos la condición de crimen contra la humanidad, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, entre ellas la imprescriptibilidad, como lo ha reconocido la jurisprudencia comparada⁹.

A su vez, en 1969 se adoptó la **Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor internacional en julio de 1978**, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990 y con vigor internacional para Chile desde 21 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991. Chile reconoce asimismo la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También es responsable por la eventual violación de las obligaciones asumidas de respeto y garantía de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su sistema de protección, desde 1990.

A su vez, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 4**, y la **Convención Americana**, en su artículo 27, prevén que *hay derechos inafectables en situación de guerra, conflicto interno y otro grave motivo*.

Los tratados multilaterales de derechos humanos imponen obligaciones a los Esta-

⁹ Corte Suprema Argentina, Fallos: 318:2148; y la reciente sentencia en recurso de hecho Simón, Julio y otros / privación ilegítima de libertad, Causa 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005.

dos Partes que no son sólo las de respetar o no vulnerar los derechos asegurados por ellos, sino que determinan también la obligación de los Estados Partes de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción. Estas obligaciones están consignadas específicamente en el sistema regional de protección de derechos humanos en el artículo 1.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

La obligación de garantía ya fue precisada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras sentencias, lo cual se ha mantenido uniformemente hasta el presente, señalando por todas, el caso *Velásquez Rodríguez*, cuya sentencia de 29 de julio de 1988 determina:

*“La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*¹⁰.

En el caso **Barrios Altos**, la Corte Interamericana ha precisado más las implicancias de esta obligación de garantía en relación con los derechos inderogables contenidos en la Convención, de acuerdo al artículo 27.2 de la Convención. En dicho caso, la Corte determinó que el deber de *investigar y sancionar* a los responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la *prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada*, pronunciándose sobre un caso de autoamnistía peruano¹¹. De dicha doctrina se genera el principio o “*ratio decidendi*”, de que la prohibición rige tanto para los gobiernos que dictaron las amnistías para autoprotegerse como para los gobiernos democráticos posteriores.

¹⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988, Serie C N°4. Ver asimismo Caso Godínez Cruz de 20 de enero de 1989, Serie C N°5, párrafo 175; Caso El Amparo, sentencia de reparaciones, 14 de septiembre de 1996, Serie C N°28, párrafo 61.

¹¹ Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001; como asimismo, sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, art. 67 de la CADH, del 3 de septiembre de 2001.

La Corte Interamericana en Barrios Altos precisó:

“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 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” (párrafo 41).

La Corte Interamericana agrega:

“... a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1. y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (párrafo 43).

3. DOCTRINA DE LAS CORTES INTERNACIONALES.

Como sostiene la **Corte Interamericana en la sentencia Barrios Altos**, “En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en la más recientes expresiones del Derecho Penal Internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afecten más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del derecho internacional. La tipificación de estas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores - así como de otros participantes - constituye una obligación de los Estados, que no pueden eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieren llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el

genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del derecho humanitario”¹².

Finalmente la Corte Interamericana dictamina:

“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre 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....”(párrafo 44).

La doctrina emanada también del **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas** es similar, en el caso de las leyes de amnistía y punto final argentinas, examinadas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló la insuficiencia de la mera derogación de las leyes 23.492 y 23.521, determinando que: *“Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de los autores”¹³.*

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya había afirmado en 1995, en el caso argentino: *“El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares son inconsistentes con los requisitos del Pacto (PIDCP)”, manifestando además la preocupación por dichas leyes “pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo de gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del pacto (PIDCP)”¹⁴*

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su informe de 1999, en sus observaciones finales, se pronunció sobre el caso de Chile, determinando: *“...El Comité reitera la opinión expresada en su Observación General 20, de que las leyes de Amnistía respecto de las violaciones de derechos humanos son generalmente*

¹² Voto concurrente Juez García Ramírez, párrafo 13.

¹³ Sesión 1893 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 1º de Noviembre de 2000, párrafo 9º. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3/11/2000 CCPR/CO/70/ARG.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Comentarios sobre Argentina adoptados en sesión N° 53 de fecha 5 de abril de 1995, párrafo 3.

incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro”.

El mismo Comité en el año 2004 ha sostenido que “*cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos, la defensa basada en la obediencia de órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos que sean aplicables tales prescripciones*”¹⁵.

Los estados tienen la obligación de combatir la impunidad, la cual puede conceptualizarse, según la Corte Interamericana, como “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derechos protegidos*”¹⁶ por las normas vigentes de derecho humanos.

La Corte Interamericana ha precisado que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1.1. impone el deber a los Estados Partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que las personas puedan disfrutar plenamente de los derechos que la Convención asegura. En tal perspectiva, la Corte ha precisado que “*es deber de los estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”¹⁷.

La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 14 precisó que “*Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser*

¹⁵ Observación general N° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sesión 2187, 29 de marzo de 2004, 80° periodo de sesiones (2004), párrafos 17 y siguientes.

¹⁶ Entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake, Serie C n° 48, reparaciones, sentencia de 22 de enero de 1999, párrafo 64 – 65. Caso Suárez Rosero, Serie C N°44, reparaciones, sentencia de 20 de enero de 1999, párrafo 80. Caso Loayza Tamayo, Serie C n° 42, reparaciones, sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 171.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 11/90, párrafo 23.

consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las comunidades Greco – Búlgaras (1930), serie B, N° 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzing (1931), Serie A/B, N° 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), serie A/B, N° 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación de arbitrar bajo el convenio de sede de las Naciones Unidas (Caso de la misión del PLO) (1988) 12 a 31-2, párrafo 47). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969”¹⁸.

La misma Opinión Consultiva N°14 en comento, respecto de las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que den cumplimiento a una ley violatoria de la Convención, establece lo siguiente: “...*actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en Instrumentos que tengan ese mismo carácter; tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan derechos humanos específicos. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye justificación desde el punto de vista del derecho internacional ...*”¹⁹

Los fundamentos jurídicos señalados son traspasables al caso del Decreto Ley 2191 de amnistía chileno de 1978, sin perjuicio de diferencias puramente anecdóticas que no alteran lo sustancial. Las leyes de amnistía argentina, uruguaya, peruana y chilena, no pueden ser utilizadas como normas “*ad hoc*” con la finalidad de librar de investigación, juicio y sanción a quienes hayan cometido desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, tortura y otros crímenes de lesa humanidad, ya que ellos constituyen conductas repugnantes a la convivencia civilizada y están prohibidas a la fecha de su concreción por normas imperativas de ius cogens, de derecho consuetudinario y derecho convencional de los derechos humanos y derecho humanitario internacional.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 14/94 de 9 de Diciembre de 1994, punto III.35.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, punto IV, 53 – 54.

4. LA APLICACIÓN ACTUAL DEL D.L. DE AMNISTÍA Y DE LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN VULNERA GRAVEMENTE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS QUE EL ESTADO CHILENO DEBE CUMPLIR DE BUENA FE.

El Decreto Ley 2.191 de amnistía se encuentra en abierta contradicción desde su dictación en 1978, en materia de crímenes contra los derechos humanos, delitos de lesa humanidad o a delitos contra la humanidad, vulnerando abierta y flagrantemente:

- a) Los artículos 2 (2,3), 9 (5) y 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
- b) El artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,
- c) Los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como asimismo
- d) Los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario,
- e) además de los principios de ius cogens y de derecho consuetudinario internacional, todos ellos vigentes y obligatorios para el Estado Chileno a la fecha de la dictación de dicho decreto ley de amnistía en 1978.

El Estado que no ejerce su jurisdicción en este tipo de delitos *omite gravemente ejercer un atributo de su soberanía, la jurisdicción*, convirtiéndolo en un ente disminuido, con una *grave capitis diminutio* en la comunidad internacional, *se encuentra en falta frente a todos los demás estados de la comunidad internacional*, los que subsidiariamente pueden ejercer la jurisdicción que el Estado no quiso o no pudo ejercer.

5. LA VULNERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE CHILE POR LA PROMOCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AMNISTÍA IMPROPIA.

Es errada así la concepción de que las amnistías posibilitan exonerar de responsabilidad penal o de aplicación de penas a los responsables de graves violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario internacional como sostiene Clara Szczeranski, como asimismo lo sostuvo la Corte Suprema Chilena en 1990²⁰, rectificando en noviem-

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 24 de agosto de 1990, en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Sergio Insunza Bascuñán, en causa rol 553-78 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago., considerandos 27-28. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVII, año 1990, Segunda Parte, Sección Cuarta, página 64 y siguientes.

bre de 2004 y como vuelve sobre sus pasos en agosto de 2005²¹.

Constituye un retroceso lamentable de la Corte Suprema frente a los avances de la sentencia del caso Sandoval de 2004, y que genera responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, la *sentencia de 4 de agosto de 2005, la que desconoce la aplicación del derecho humanitario internacional, los principios de ius cogens, el derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional vigente y obligatorio para Chile como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado en 1972*.

El Decreto Ley 2191 de 10 de marzo de 1978 de amnistía debe ser interpretado conforme al bloque constitucional de derechos y en armonía con el derecho internacional, por tanto, su interpretación debe *realizarse excluyendo los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones del derecho internacional imperativo*, ya que es dable presumir que el legislador no ha intentado derogar el derecho internacional consuetudinario y soslayar el derecho internacional imperativo. En situación de eventual conflicto entre dicho decreto ley y las normas de *ius cogens* y derecho consuetudinario internacional y derecho convencional de los derechos humanos, deben aplicarse preferentemente estas últimas, por tanto, el decreto ley no es aplicable a los casos de tortura (apremios ilegítimos), desapariciones forzadas (secuestro), ejecuciones sumarias u otros delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad. Todo ello en el entendido que el legislador de la época dictó una legislación conforme a sus obligaciones internacionales, de buena fe y con la voluntad efectiva de cumplir los compromisos internacionales del Estado.

El D. L. de Amnistía no es aplicable a crímenes de lesa humanidad o delitos contra la humanidad y que no vulneren gravemente derechos humanos. El Decreto Ley 2191 está viciado de nulidad absoluta con efecto retroactivo (*ex tunc*) o es, utilizando una expresión castiza, “inexequible”, vale decir, inejecutable, y no puede producir efectos en el derecho chileno, en la medida que vulnera abiertamente los artículos 2.1 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya ratificado en 1972, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 18, además del derecho internacional consuetudinario y los principios de *ius cogens* que consideraban como delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad ya en 1970, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura practicadas como métodos represivos, tales conductas ya estaban prohibidas al momento en que se dictó el decreto ley 2191, lo cual tiene mayor fuerza aún en el presente, producto de la doctrina emanada de la jurisprudencia de

²¹ Corte Suprema de Justicia de Chile, Sala Penal, Rol N° 457-05, Sentencia de 4 de agosto de 2005.

la Corte Interamericana en aplicación de los artículos 8 y 25 en armonía con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial atendiendo a que los secuestros (desapariciones forzadas) constituyen delitos permanentes.

6. La prescripción y la irretroactividad frente a la persecución penal de los delitos de secuestro cometidos durante el régimen autoritario militar.

Desde el término mismo de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de naciones tuvo interés que los crímenes de guerra y lesa humanidad fueran debidamente juzgados y sancionados, en tal perspectiva se encuentran los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Chile en 1951, como asimismo, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de diciembre de 1948, que entró en vigor el 12 de enero de 1951, ratificada por Chile el 3 de junio de 1953 y que entró en vigencia internacional para Chile 1 de septiembre de 1953, siendo publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 1953.

Estas convenciones y las que le siguen en las décadas siguientes consolidan la convicción de la recepción convencional de diversos tratados que asumen el derecho consuetudinario de la noción de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Entre ellos cabe mencionar la convención de imprescriptibilidad de crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 26 de noviembre de 1968 y los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobado por la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 3 de diciembre de 1973.

Así el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad deriva tanto del derecho consuetudinario como convencional internacional. En tal sentido, parece adecuado enfatizar que las convenciones no fueron celebradas para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su propia naturaleza no son susceptibles de prescripción, como ejecuciones sin juicio, tortura, desapariciones forzadas, sino para establecer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pudiera encontrar ningún refugio espacial ni temporal. Asimismo, tales normas son imprescriptibles en virtud del principio del orden público mundial.

En el marco de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos aprobó la Resolución N°3 del periodo de sesiones 21°, en la que consideró “que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y

los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción". Dicha discusión permitió aprobar por parte de la Asamblea General de la Organización Naciones Unidas la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 26 de noviembre de 1968.

Dicho principio de imprescriptibilidad sólo se positiva, asegurando la imprescriptibilidad, no se enuncia, ya que operaba a la fecha como derecho consuetudinario internacional. En efecto, la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en su artículo I, no enuncia sino que asegura su imprescriptibilidad al determinar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".

Asimismo, de los trabajos preparatorios de la Convención surge que el empleo de la *fórmula verbal afirmar en vez de enunciar*, tuvo por fin explicitar que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención solo podía positivarlo afir-mándolo²².

Esta perspectiva, ha sido asumida también recientemente por la Corte Suprema Argentina en el caso "Arancibia Clavel" y en el caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", antes mencionados, en este último, se sostiene que la *Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, "no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional publico consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal"*²³.

²² Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el consejo Económico y social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966; Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea general de Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1967.

²³ Corte Suprema Argentina. Sentencia "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad", sentencia de fecha 14 de junio de 2005, voto Ministro Voto Ministro Raúl Zaffaroni, considerando 27.

La Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad “...ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro estado nacional como parte de la Comunidad Internacional”²⁴. En el mismo sentido se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos²⁵.

La imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad se encuentra asumido por Estado chileno al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2 establece una *excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, si los hechos al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales reconocidos por la comunidad internacional* (crímenes iuris gentium).

En base a estas prácticas concordantes de las naciones, el derecho convencional internacional y la jurisprudencia de Cortes internacionales, puede afirmarse que la imprescriptibilidad era, con anterioridad a la década de los años 70 del siglo XX, reconocida por la comunidad internacional como un atributo de los crímenes contra la humanidad en virtud del derecho Internacional imperativo (*Ius cogens*), por tanto, vinculante para todos los estados y para el Estado de Chile. En efecto, los delitos contra la humanidad no dependen de los estados sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional, además de constituir una costumbre internacional, no habiendo prescripción para tales delitos.

La condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no pueden impugnarse ni obviarse, ya que el principio de legalidad material se proyecta con distinta intensidad en los diversos campos del derecho penal, siendo relativo a los aspectos específicos del objeto que debe ser regulado.

A su vez, se puede cometer el error de que la exigencia de ley formal en el derecho interno se traspase automáticamente al proceso creador de normas del derecho internacional aplicable a la actividad de los estados. El carácter de norma escrita está asegurado por el conjunto de declaraciones, resoluciones e instrumentos convencionales que forman el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos y que dio origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

²⁴ Corte Suprema Argentina. Causa A.533.XXXVIII, “Aracibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita, causa N°259, sentencia de 24 de agosto de 2004.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N°4; Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C n°5; caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1988, Serie C N°36.

Sin perjuicio de ello, al momento de los hechos, las conductas delictivas no sólo estaban previstas en el ordenamiento jurídico internacional *como derecho consuetudinario y derecho convencional* sino también estaba prevista como *conducta típica y delito en el Código Penal chileno*. *El encuadramiento de las conductas punibles en los tipos penales nacionales no implica eliminar ni desconocer el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes*, como señala la Corte Suprema argentina, en el caso Simón²⁶.

El encuadramiento de los ilícitos internacionales en el derecho penal como tipos penales locales preserva adecuadamente el principio de legalidad que posibilita a cualquiera que vaya a cometer un ilícito conocer anticipadamente por la norma jurídica penal que dicha conducta lleva aparejada una pena.

El principio de legalidad no viola el principio de culpabilidad, ya que las normas legales sobre prescripción no forman parte del enunciado normativo en que se apoya el reproche penal.

La modificación de la prescriptibilidad no implica cambio alguno en el carácter de ilícito penal que el autos tuvo en cuenta al momento de desarrollar el acto o conducta delictiva que se analiza, por lo que no se sanciona por actos que hubieren sido lícitos al momento en que ellos se cometieron, ni tampoco se aplican penas más graves a las que correspondían en dicho momento. Asimismo, no hay frustración en la seguridad del derecho asegurada a todo ciudadano que cumple fielmente las normas jurídicas del estado, ya que la prescripción de la acción penal no es posible considerarla como una expectativa al momento de cometer los delitos, ni mucho menos puede ser considerada una especie de garantía constitucional.

En efecto como lo ha reconocido la jurisprudencia comparada, la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado está asentada, dicho principio fue adoptado por los países que juzgaron crímenes de esta naturaleza en Estados Unidos²⁷, en Israel, en el caso Eichmann y en Grecia, en el juicio seguido contra la Junta Militar que gobernó el país hasta 1974.²⁸

²⁶ Corte Suprema Argentina. Recurso de Hecho, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de libertad, causa 17.768. Sentencia de fecha 14 de junio de 2005, voto Ministro Juan Carlos Maqueda, considerando 83.

²⁷ Caso United States v. Calley (22 U.S.C.M.A., 543, December 21, 1973).

²⁸ Ver Ratner, Steven R. y Abrams, Jason. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy, pág. 168.

Es conveniente señalar, además, que el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de Estrasburgo tuvo que resolver la denuncia contra Alemania de diversos altos funcionarios de la Ex República Democrática de Alemania que habían sido los autores del “plan de seguridad” e impartieron las órdenes de aniquilamiento de quienes cruzaran la muralla que dividía Berlín, los cuales fueron condenados luego de la reunificación alemana por el delito de homicidio. Estos recurrieron ante el Tribunal Europeo argumentando que fueron condenados por conductas que no eran delito al tiempo de su comisión por la ley alemana, por lo que su condena vulneraba diversos derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos, los artículos 7º, 1º y 2º que establecen el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

El Tribunal de Estrasburgo falló que los tribunales alemanes no habían violado el artículo 7º de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que dicha *norma no podía ser interpretada para proteger acciones que vulneraran derechos humanos básicos protegidos por innumerables convenciones e instrumentos internacionales, entre ellos el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, siendo la labor de los tribunales alemanes consistente con el deber de los Estados Partes de salvaguardar la vida dentro de su jurisdicción, utilizando para ello el Código penal. Agregando que la conducta y prácticas de los funcionarios de la ex Alemania Oriental infringieron valores supremos de jerarquía internacional. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que al momento de cometerse tales actos por los reclamantes, dichas conductas constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsión por los tratados internacionales, y que el derecho a la vida y a la libertad se encontraban protegidos, entre otros instrumentos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, ratificado por la ex República Democrática Alemana en el año 1974, con anterioridad a los actos imputados, descartando cualquier violación de los principios de legalidad e irretroactividad* ²⁹.

A su vez, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad** de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, por considerar que *dichas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, en la década de los setenta del siglo XX* ³⁰.

²⁹ Caso Streletz, Kessler y Krentz v/s Alemania, sentencia de 22 de marzo de 2001.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Serie C N° 118, sentencia de tres de noviembre de 2004, párrafo 104. Caso Velásquez Rodríguez, Serie C N°4, de 29 de julio de 1988.

En un conflicto entre el principio de irretroactividad que favorece al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad, debe prevalecer este último, ya que es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, vale decir, normas de justicia tan evidentes que jamás pueden oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad³¹, siendo además un conflicto sólo aparente, ya que las normas de *ius cogens* han estado vigentes al momento de los hechos considerados en forma similar al caso argentino³², en el caso chileno.

Puede concluirse entonces que ya al producirse los hechos ilícitos considerados en la década de los setenta del siglo XX, había normas de derecho internacional general de carácter imperativas que eran vinculantes para el Estado chileno y que lo son con mayor fuerza hoy día.

Asimismo, la Corte Suprema Argentina, en la sentencia sobre recurso de Hecho, Simón, Julio Héctor, privación ilegítima de libertad, de fecha 14 de junio de 2005, ha señalado que el reproche internacional respecto de tales delitos, privación ilegítima de libertad o desaparición forzada, “así como el carácter de *ius cogens* de los principios que obligan a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan desestimar el planteo de supuesta violación del principio de irretroactividad y de legalidad”³³.

Así puede sostenerse que la imprescriptibilidad de la desaparición forzada de personas o secuestro, homicidios calificados o ejecuciones sumarias sin juicio constituyen derecho válido y vinculante para el Estado chileno, incluso como “lex previa” a 1970.

Es errada así la posición asumida por la Corte Suprema en 1990, en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad³⁴, al aplicar preferentemente el principio de irretroactividad frente a las normas de derecho internacional vigente, ya que éstas se encuentran no sólo en el derecho convencional, sino también en el derecho consuetudina-

³¹ Regina v. Finta. Corte Suprema de Canadá, 24 de marzo de 1994.

³² Corte Suprema Argentina. Recurso de hecho Simón, Julio Héctor y otros, privación ilegítima de libertad, sentencia de 14 de junio de 2005, voto juez Boggiano, considerando 43. Corte Suprema Argentina, causa A. 533.XXXVIII “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita, causa 259, Sentencia del 24 de agosto de 2004, voto juez Boggiano, considerando 39.

³³ Corte Suprema Argentina. Recurso de hecho Simón, Julio Héctor y otros, privación ilegítima de libertad, sentencia de 14 de junio de 2005, voto del juez Juan Carlos Maqueda, considerando 89; voto juez Boggiano, considerando 43.

³⁴ Sentencia de Corte Suprema de Chile, de fecha 24 de agosto de 1990, Causa Rol N° 553-78, considerando 27-28. Ver en revista de derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVII, año 1990, Segunda parte, Sección Cuarta, página 64 y siguientes.

rio internacional y en las normas imperativas de ius cogens, como asimismo, al interpretar erradamente la facultad de los estados para dictar leyes de amnistía, las cuales no pueden dictarse respecto de delitos que violen gravemente derechos humanos. De la misma manera que lo es el fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile de fecha 4 de agosto de 2005, ya que desconoce los principios de ius cogens, el derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional internacional.

El mismo error comete Clara Szczeranski, al sostener que el principio pro reo y de irretroactividad no puede ser soslayado por acuerdos o tratados posteriores a la vigencia del D.L. 2.191 de 1978³⁵, ya que *las normas aplicables no son posteriores al decreto ley 2.191, sino que anteriores al mismo*, junto con mostrar un desconocimiento significativo de los principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos que tiene aplicación preferente frente a las normas de derecho interno.

Es correcta, por tanto, la posición sostenida por nuestra Corte Suprema en 2004, en el caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, que no aplica la amnistía y afirma el carácter permanente del delito de secuestro, aplicando un tipo penal legalmente establecido, utilizándolo de acuerdo al espíritu que emana del derecho internacional y dando cumplimiento a las obligaciones imperativas de ius cogens y de derecho consuetudinario y convencional internacional que obligan al Estado de Chile.

Es necesario tomar conciencia y asumir el compromiso de tomar los derechos humanos en serio, donde cada órgano y autoridad estatal asuma su responsabilidad, actúe de buena fe y cumpla sus obligaciones jurídicas imperativas establecidas por el derecho de los derechos humanos que es también derecho interno. No habla bien de los órganos nacionales, que estos por inacción descansen en la existencia de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos y otros simplemente ignoren el derecho internacional de los derechos humanos, produciendo con su acción u omisión una violación manifiesta de derechos humanos que, además genera como consecuencia responsabilidad internacional, cuando su deber constitucional es asegurarlos, promoverlos y garantizarlos a todas las personas que se encuentren dentro de la jurisdicción nacional.

Nos parece *altamente inconveniente que un organismo del Estado, como es el Consejo de Defensa del Estado, representando el interés del Estado chileno ante los tribunales de justicia, haya sostenido e incentivado hasta fines de 2005 una perspectiva de*

³⁵ Szczeranski, Clara. 2003. El perdón social. Página 103.

*aplicación de la Amnistía a responsables de graves violaciones de los derechos humanos constitutivos de delitos de lesa humanidad o de delitos contra la humanidad, bajo la tesis de amnistía impropia, preconizando para los responsables de tales delitos la exclusión de la pena*³⁶, tesis que genera responsabilidad internacional del Estado chileno, de acuerdo a los parámetros e interpretación de los órganos llamados, en último termino, a interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, como es el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, debe tenerse presente que los fallos definitivos de los Tribunales de Justicia también generan responsabilidad internacional del Estado, con todas las consecuencias que ello acarrea, por violación de los principios de ius cogens de cumplimiento de buena fe de las obligaciones válidamente asumidas en el derecho internacional, la violación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que positiva tales normas, y la violación del derecho convencional internacional analizado.

³⁶ Szczaranki, Clara. 2003. El perdón social. Páginas 106 – 107.