

## COMENTARIO A LA SENTENCIA EN EL “CASO MOLCO” DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006

Francisco Zúñiga U.

### I. TÉRMINOS DEL DEBATE

Con fecha 26 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Almonacid Arellano y otros v.s. Chile” fijando una doctrina jurisprudencial acerca del alcance del instituto de gracia de la amnistía, que en lo medular estaba consignada en la sentencia del mismo tribunal recaída en el caso “Barrios Altos”; estableciendo que el D.L. N° 2191, de 1978, de Amnistía, carece de efectos respecto de crímenes de lesa humanidad, habiéndose vulnerado por los órganos del Estado de Chile los artículos 8 y 25 en concordancia con el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta sentencia generó un vivo debate acerca de sus efectos en Chile y la posibilidad de enmendar decisiones de tribunales nacionales, por una parte y también acerca de la legitimidad constitucional y convencional del decreto ley citado.

Efectivamente, el D.L. N° 2.191, de 1978, ha originado intensos debates desde su entrada en vigencia. Estos se han concentrado en los siguientes aspectos: constitucionalidad, momento de aplicación de la amnistía, contradicción con tratados internacionales y aplicación temporal del D.L. N° 2191, de 1978.

La primera discusión que originó el decreto ley de Amnistía, sobre todo instalada la democracia en el año 1990, fue su conformidad con la Constitución, como “legislación” irregular preconstitucional. La Corte Suprema de la época resolvió muy tempranamente, el 24 de agosto de 1990, en un recurso de inapli-

cabilidad por inconstitucionalidad en un proceso sobre 70 personas secuestradas entre 1973 y 1977, que se encuentran actualmente como detenidas desaparecidas, que el D.L. N° 2.191 no violaba la Constitución (causa rol N° 553-78). La Corte consideró que el decreto ley de Amnistía no infringía la igualdad ante la ley ni el derecho a la vida, ni la libertad personal, ni el artículo 5° de la Constitución.

El segundo debate que originó el D.L. N° 2.191, de 1978, fue el momento en que se debía aplicar. El origen de la discusión radicaba en que el antiguo 408 del Código de Procedimiento Penal establecía como causal de sobreseimiento definitivo, el que el procesado estuviera exento de responsabilidad penal. La amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos. Surgieron dos posiciones. Una posición sostenía que el sobreseimiento se podía dictar en cualquier estado del juicio, por lo que no era necesario investigar la existencia de participación punible, si los hechos aparecían como ocurridos en el período comprendido por el decreto ley. La otra posición sostuvo que era necesario investigar hasta probar la procedencia de la amnistía. Ello implicaba comprobar la existencia del delito y la participación punible. La responsabilidad (delito y partícipes) debía estar determinada con toda precisión. En 1991, el entonces Presidente Patricio Aylwin Azocar ofició a la Corte Suprema inclinándose por la segunda tesis, la que pasó a denominarse la “doctrina Aylwin”. Con el tiempo, esta fue la tesis que se impuso.

Los abogados de las víctimas de violación a los derechos humanos y sus organizaciones, una vez que descartaron el debate acerca de la constitucionalidad del cuerpo legal, para evitar que el decreto ley de amnistía se aplicara a los procesos pendientes, idearon otro alegato: el D.L. N° 2.191, de 1978, se contrapone a los tratados internacionales que prohíben amnistiar e impiden la prescripción en delitos de lesa humanidad. Esta posición genera un debate respecto de los convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales (I y II). Los Convenios de Ginebra son un conjunto de normas (de derecho internacional convencional) relativas a las siguientes materias: mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas de Mar; tratamiento de los prisioneros de guerra, y protección de los civiles en tiempo de guerra. Chile suscribió estos Convenios de Ginebra en agosto de 1949, y los ratificó el 12 de octubre de 1950, los que fueron promulgados como Ley de la República por decreto N° 752, en 1951. Los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, de 1949, son normas complementarias que desarrollan estos Convenios. El primero aborda la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. El segundo, aborda la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional. Chile los ratificó en abril de 1991 y los publicó en el Diario Oficial en julio del mismo año.

Esta tercera etapa en la evolución que han tenido los institutos de la amnistía y de la prescripción, tiene dos elementos fundamentales, que se ven reflejados en la jurisprudencia que comentamos, a saber:

**a.** Chile vivió un estado o tiempo de guerra. En efecto, la Junta de Gobierno, por medio del D.L. N° 3 (11.11.1973) declaró el estado de sitio en todo el territorio de la República, invocando “la conmoción interior que vive el país”. La Constitución de 1925, en su artículo 72 N° 17, facultaba al Presidente para declarar en estado de sitio, con acuerdo del Congreso, por dos causales: ataque exterior y conmoción interior. La Junta de Gobierno, además, mediante el D.L. N° 5 (12.11.1973), declaró, interpretando el artículo 418 de Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, por el D.L. N° 3, en las circunstancias que vive el país, debía entenderse estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha “legislación”. El estado de sitio se prolongó sin interrupciones hasta después del año 1978, en que otros estados de excepción comenzaron a regir hasta 1990. Como las detenciones y posteriores desapariciones forzadas de personas ocurrieron principalmente entre los años 1973 y 1974, quedan comprendidas dentro del estado de guerra.

**b.** El hecho de haber vivido en un estado de guerra, hace plenamente aplicables los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Complementarios. Uno de los Convenios de Ginebra (el relativo al trato de los prisioneros de guerra) establece la prohibición para que un país suscriptor de estos Convenios puede exonerarse a sí mismo de su responsabilidad por “infracciones graves” (art. 131). Son “infracciones graves” aquellas que se han cometido contra personas o bienes tales como homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, el hecho de causar adrede grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de privar de sus derechos al cautivo respecto a ser juzgado regular e imparcialmente (art. 129, 130). Por su parte, el Protocolo N° 1 establece que la parte en conflicto que viole las disposiciones de los Convenios o del Protocolo, está obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. La responsabilidad se extiende a todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas. En virtud de estas normas, no tiene cabida la prescripción (de la responsabilidad penal y de la pena) de delitos o crímenes de guerra.

Obviamente esta misma posición, anclada en el derecho internacional común y el derecho internacional convencional relativo a derechos humanos, se extiende a la figura *iuris* de los crímenes de lesa humanidad, lo que es reforzado por un nuevo derecho penal internacional.

Un cuarto y último debate se produce con motivo del decreto ley de amnistía en su aplicación temporal. El D.L. N° 2.191, de 1978, cubre entre el 11.09.1973

y el 11.03.1978. Las discusiones se producen cuándo se han cometido los delitos cubiertos por ella. La tesis de los abogados de las víctimas de violación de derechos humanos, es que cometido significa que el delito se haya consumado. Pero tratándose del delito de secuestro, éste es permanente y se prolonga mientras dure la privación de libertad. Sólo al cesar ésta, puede considerarse que el delito se cometió. Como los cuerpos de los detenidos desaparecidos no se encuentran, no se puede acreditar su muerte. Ello es lo único que permite fehacientemente acreditar cuándo cesó la privación de libertad. En consecuencia, no cabe aplicar el decreto ley de amnistía, porque el delito se sigue cometiendo aun después del período cubierto por ella.

## II. AMNISTÍA Y PRESCRIPCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

La sentencia en sede de casación que comentamos de 13 de diciembre de 2006 de la sala penal de la Corte Suprema (Rol 559-04), que denominamos “caso Molco”, establece con claridad una nueva doctrina jurisprudencial en materia de delitos comprendidos por el D.L. N° 2191, de 1978, de Amnistía, delitos que puedan ser encuadrados en la figura iuris de crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad. Para ello la Corte Suprema casa la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que declaró la prescripción de la acción penal señalando que las coordinadas en que deben ser analizados los institutos de gracia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal es el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional general o común en consonancia con la legislación interna.

De este modo, para la Corte Suprema el derecho internacional humanitario, consecuencia del derecho de la guerra en el derecho internacional, fija las normas que por razones humanitarias, limitan los efectos de conflictos armados, fijando un estatuto de protección para las personas que no son partícipes de la guerra. En este campo del derecho internacional las fuentes convencionales más importantes son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sobre tratamiento a los prisioneros de guerra y a las personas civiles en tiempos de guerra, ratificado por Chile y vigentes desde 1951. Sobre este particular la Corte Suprema hace presente que después de la “ruptura” constitucional de 11 de septiembre de 1973 el D.L. N° 5, de 1973, declara que la situación de conmoción interna exige interpretar el artículo 418 del Código de Justicia Militar, de modo que el estado de sitio dispuesto por el D.L. N° 3, de 1973, debía entenderse como estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenido en el Código castrense, demás leyes penales y “legislación”. Luego, en la medida que los Convenios de Ginebra de 1949 formaban parte de esa “legislación adicional” aplicable en estado o tiempo de guerra, imponen un conjunto de obligaciones al Esta-

do, en particular la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio, además de la tortura o tratos inhumanos. La aplicación de estos Convenios de Ginebra ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia especialmente en el caso “Miguel Ángel Sandoval Rodríguez”.

Además, la sentencia de la Corte Suprema asume el “principio de imprescriptibilidad” de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, principio recogido en la Convención del rubro de Naciones Unidas de 1968, no ratificada por Chile, pero que “codifica” una regla o principio de derecho internacional común. Para ello la Corte reconoce en este principio una norma o regla de derecho internacional consuetudinario, al reunir los elementos, material de prácticas de los Estados y espiritual de “*opinio juris seu necessitatis*” internacional. La sentencia consigna la práctica de los Estados y el hecho que el Estado de Chile no ha sido “objeto persistente” del “principio de imprescriptibilidad”, por lo que la no incorporación de esta Convención de 1968 al derecho interno no exonera de la vinculación del Estado a la costumbre internacional. En este sentido el instrumento convencional en relación al “principio de imprescriptibilidad” es un instrumento de efecto declarativo de una costumbre internacional anterior. En lo concerniente al elemento espiritual de “*opinio juris*” propio de la costumbre internacional la Corte recuerda que la práctica duradera se realiza con el convencimiento de conformarse a una obligación jurídica lo que guarda estrecha relación con la evidente universalidad del “principio de imprescriptibilidad” de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad.

A mayor abundamiento, la sentencia de la Corte Suprema cita la jurisprudencia y doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” antes citada, sentencia que declara que la prohibición de crímenes de lesa humanidad es una norma de “*ius cogens*”, reiterando en el cuerpo del fallo la referencia a esta importante, pero “gaseosa” y naturalística categoría del derecho internacional.

Para concluir en este punto, la Corte hace suya una doctrina jurisprudencial de larga data en nuestro país en orden a conferir prevalencia al derecho internacional en supuesto de contradecir el derecho interno, principio de aplicabilidad preferente que guarda armonía con la identificación de las fuentes de dicho orden normativo y las obligaciones que el Estado asume en relación al derecho de los tratados y que compendia la Convención de Viena de 1979.

Por todo lo anterior, para la Corte Suprema la sentencia recurrida debe ser casada, ya que no cabe aplicar el instituto de la prescripción a un delito de homicidio premeditado encuadrable en la figura de crimen de lesa humanidad, lo que está en contradicción con una norma consuetudinaria internacional, “codificada” por la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes

de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y también por contradicción con los artículos 1º, 3º, 147º y 148º de la Convención de Ginebra sobre protección a las personas civiles en tiempos de guerra.

Finalmente, en un verdadero *obiter dicta* la Corte Suprema une el instituto de la prescripción con la exoneración de responsabilidad, estimando que contraviene dicha exoneración la Convención Americana sobre Derechos Humanos en particular los artículos 1º y 2º.

### III. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema comentada constituye el último hito en la evolución de nuestra jurisprudencia en materia de institutos de amnistía y prescripción relativos a delitos encuadrados en las figuras iuris de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Este último hito iniciado por la la sentencia comentada, de sólida factura, es de suyo valioso, ya que establece una *ratio decidendi* que descansa en reglas elementales, a saber: principio de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, reconocimiento de tal principio en el derecho internacional común y convencional, vinculación del Estado y de sus órganos al derecho internacional, y la aplicación preferente del derecho de gentes cuando tiene contradicción con el derecho interno, sustrayendo así al menos al derecho internacional de los derechos humanos de fuente convencional de una más que discutible supraordenación jerárquica a las fuentes de derecho interno.

Asimismo, la sentencia de la Corte Suprema compatibiliza en gran medida la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte en la materia, con la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, subsiste una definición básica, insinuada en el *obiter dicta*, en nuestra doctrina jurisprudencial acerca del instituto de gracia de la amnistía, y sus límites sustantivos en cuanto acto de poder estatal. En efecto durante el régimen autoritario en Chile, instaurado a partir del 11 de septiembre de 1973, la legislación irregular o de facto es un prolífico instrumento para dotar a tal régimen de su propia “legalidad”; de suerte que, la política sistemática de violación de derechos humanos llevada a cabo por órganos y agentes del Estado encuentra cobertura “legal” como ocurre con la ficción de guerra o conflicto armado interno empleada en los D.L. Nº 3 y 5, de 1973, para aplicar el derecho de excepción y el derecho de la guerra a los “derrotados” o “enemigos”. En este contexto el D.L. Nº 2191, de 1978, no es una “Ley de amnistía”, sino un decreto ley de amnistía, es decir, un acto de poder estatal de autoexoneración o autoperdón de los propios agentes del Estado y del régimen. Así la autoamnistía es un dispositivo de “impunidad”,

que se da el régimen autoritario para cubrir con el “manto del olvido” crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, cometidos por los agentes del mismo Estado, en demasiados casos aquellos agentes que tienen confiado el uso monopólico de la fuerza. Tal autoamnistia carece de todo valor a la luz del derecho internacional, en particular de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” pretende someter al Estado y sus actos a un “control de convencionalidad”, y es también incompatible con los más caros principios de nuestro constitucionalismo republicano y democrático, que exige del Estado y del ejercicio de su poder el respeto y promoción de los derechos fundamentales asegurados en la Constitución y de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, tal cual lo ordenan los artículo 1º, 5º y 19 de la Carta Política.