

ALFREDO ETCHEBERRY

ABOGADO

MONEDA 970 - 59 PISO - TELEFONO 6900171 - SANTIAGO - CHILE

Alto

090123

PERIODO
PRESIDENCIAL

007285

ARCHIVO

**OBSERVACIONES SOBRE LA RECIENTE SENTENCIA DE LA
CORTE SUPREMA EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD
DEL DECRETO LEY 2191 DE 1978, QUE CONCEDIO AMNISTIA
PARA CIERTOS DELITOS.**

1. La sentencia cambia de criterio respecto de los numerosos fallos dictados por la Corte Suprema desde la vigencia de la actual Constitución, en los cuales se sostiene que decidir si un precepto legal promulgado con anterioridad a la Constitución subsiste o no después de dictada ésta, no es un problema que pueda resolverse por la vía del recurso de inaplicabilidad, sino un problema de interpretación de la ley en cuanto a si ella ha sido o no derogada tácitamente por la Constitución, y por consiguiente, si está o no en vigencia. Y ésa es una tarea interpretativa que pesa sobre todo juez llamado a aplicar la ley, y no está reservada a la Corte Suprema.

Esta doctrina, sostenida reiteradamente por la Corte Suprema en los diez últimos años, es abandonada en esta sentencia, que decide que el recurso de inaplicabilidad es idóneo para cuestionar la constitucionalidad de cualquier precepto legal, haya sido dictada antes o después de la vigencia de la Constitución.

El fallo cita como precedente la sentencia dictada el 8 de Junio de 1990, rol 14.444 y el hecho de que el texto constitucional se refiere a cualquier precepto legal, sin distinguir respecto de la fecha de su promulgación. Agrega que el propio recurrente, al escoger esta vía, admite que el recurso de inaplicabilidad es el idóneo para resolver el punto.

Sustentan la opinión contraria el Presidente MALDONADO y los Ministros DAVILA y FAUNDEZ, quienes están por rechazar el recurso en virtud de que no es la vía para impugnar preceptos dictados con anterioridad a la vigencia de la Constitución. Citan los reiterados fallos anteriores de la Corte y la opinión de ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN y JORGE OVALLE QUIROZ.

En nuestra opinión, ambas tesis son atendibles y pueden aducirse argumentos en su favor. Sin embargo, creemos que las razones del cambio de criterio no están suficientemente explicadas en los considerandos respectivos.

2. El fallo reconoce que el Decreto Ley 2191 sobre amnistía no es propiamente una ley, en circunstancias que tanto la Constitución anterior como la actual exigían que la amnistía se otorgara por ley. Pero le reconoce la fuerza de tal "por constituir un acto legislativo procedente del Organismo o Autoridad (sic) que en el tiempo de su dictación ejercía el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, de acuerdo con los Decretos Leyes 126 (1973) y 527 (1974).

3. En el considerando 13º se entra a analizar el concepto de amnistía y sus efectos. Como en la Constitución no hay una definición o caracterización del concepto, se hacen citas de doctrina, bastante genéricas y vagas, y finalmente se la caracteriza como la "renuncia" del Estado a la potestad de castigar hechos constitutivos de delito. El considerando 14º se refiere al art. 93 Nº 3º del Código Penal, según el cual la amnistía "extingue por completo la pena y todos sus efectos".

Ese mismo considerando afirma que ese precepto, por su amplitud "comprende por cierto la extinción de la acción penal pendiente".

Ese es un error, para el cual no se da fundamento alguno. Es evidente, por el propio texto del art. 93 Nº 3º, que éste sólo se refiere a la amnistía que se concede después de dictada la sentencia condenatoria, esto es, después de impuesta una pena. NO se refiere a la amnistía que se otorga antes de la sentencia, cuando aun no hay pena.

En efecto, ¿cómo podría "extinguirse" una pena que no existe, porque ninguna sentencia la ha impuesto? ¿cómo podrían "extinguirse" los efectos de una pena que no ha llegado a imponerse? Tan claro es el texto legal que algunos autores, como RAIMUNDO DEL RIO, sostienen que la amnistía que remite las penas ya impuestas es la única que se admite en nuestra ley, con vigorosa argumentación.

La distinción es importante, puesto que la amnistía relativa a penas ya impuestas tiene carácter sustantivo; extingue la responsabilidad penal del favorecido y una nueva ley no podría derogar la anterior y producir el efecto de hacer renacer la

responsabilidad ya extinguida. En cambio la amnistía "anticipada", que se dicta después de los hechos, pero sin esperar que haya sentencia condenatoria, es una simple renuncia del Estado a castigar; tiene un carácter meramente procesal; no crea derechos adquiridos en favor de nadie, y a través de su derogación el Estado puede recuperar el derecho de penar al que parcialmente renunció.

Es erróneo, por lo tanto, sostener como lo hace el fallo que el art. 93 N^o 3 del C. Penal "comprende, por cierto, la extinción de la acción penal pendiente".

4. El considerando 15^o prosigue concluyendo que la amnistía "suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley", e "impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos", para añadir luego que como la amnistía es objetiva, "sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por la ley". Y la frase clave es la siguiente: "Una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía, deben los jueces proceder a declararla en conformidad con los arts. 107 y 408 N^o 5 del C. de P. Penal", de lo que deducen los falladores que no es en este caso obligatorio esperar el agotamiento de la investigación para sobreseer, como ordena el art. 413 del C. de P. Penal.

El vicio lógico de este razonamiento radica en la frase "una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía". En efecto, ¿cómo puede verificarse la "procedencia de la ley de amnistía" sin investigar primero si se ha cometido o no un delito que caiga bajo su ámbito? El resultado de la investigación podrá llegar a la conclusión de que no se ha cometido ningún delito, y entonces no es "procedente" amnistiar un delito que no se ha cometido, o bien que se ha cometido un delito que no cae dentro de la amnistía, y entonces tampoco es procedente aplicar ésta, o en fin que se ha cometido un delito que realmente cae dentro de la amnistía, y entonces sí que es "procedente" aplicar la ley de amnistía.

Como se advierte, la propia exigencia del fallo en estudio hace obligatoria la investigación de los hechos, para verificar si la aplicación de la ley de amnistía "procede" o "no procede".

5. Los considerandos 17 y 18 se ocupan de la alegación de que el D.L. 2191 sería contrario a la igualdad ante la ley y establecería diferencias arbitrarias, todo lo cual está prohibido por la Constitución. El fallo rebate esta argumentación diciendo que la ley de amnistía establece la "eliminación de la esencia penal" en términos generales y amplios, en relación con hechos delictivos, y no con relación a personas determinadas, sino "de un modo general, para situaciones iguales y en condiciones también iguales". Pero el propio fallo admite que se hace una excepción respecto de ciertos delitos excluidos del perdón (lo que a nuestro juicio no se opone a la igualdad ante la ley) y también respecto de las personas que han cometido exactamente los mismos delitos amnistiados, pero que están sometidos a proceso o condenados al momento de dictarse la ley. Pero en eso radica precisamente el quebrantamiento de la igualdad ante la ley: respecto de unos mismos delitos se "borra el carácter penal" (según la interpretación de la Corte Suprema) respecto de ciertas personas y no de otras. Y todavía más: el criterio en que se basa la distinción es la mayor o menor diligencia o acuciosidad de los investigadores en declarar reo o condenar (no hay amnistía) o en su desidia o ineficacia (hay amnistía). Ese factor, como se comprende, no es absoluto imputable al favorecido o desfavorecido, y sin embargo, es el elemento decisivo.

El error de la Corte en esta parte radica precisamente en no percibir que la amnistía respecto de los ya condenados es radicalmente distinta de la amnistía cuando todavía no hay condena: la primera tiene el carácter sustantivo de extinguir la pena y sus efectos; la segunda, es sólo una renuncia al derecho de perseguir criminalmente. La interpretación que el fallo da a la amnistía del DL 2191 (que es de la segunda clase) equivale a estimar que ella dijo: "El homicidio es delito, menos el que ha sido cometido entre tales y tales fechas, pero sigue siendo delito aun dentro de esas fechas, para los que están procesados". Una interpretación así, obviamente, es contraria a la igualdad ante la ley de un modo palmario.

6. A partir del considerando 21^o se ocupa el fallo de la eventual inconstitucionalidad del DL 2191 por estar en pugna con los convenios internacionales suscritos por Chile, particularmente la Convención sobre Genocidio de 1948 y los Convenios de Ginebra de 1949, todos ellos incorporados genéricamente a la Constitución en

virtud de la última reforma al art. 5º de la misma, por la Ley 18.825 de 17 de Agosto de 1989.

Al respecto, el considerando 23 señala que el DL 2191 no coarta las atribuciones de los tribunales de justicia, ya que éstos deben actuar dentro de los límites constitucionales y la Constitución permite expresamente dictar leyes de amnistía.

En el considerando 26º el fallo sienta una importante doctrina: que los Convenios de Ginebra de 1949, suscritos y ratificados por Chile desde 1951, "deben considerarse comprendidos en la norma del art. 5º de la Constitución, que ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los Tratados Internacionales".

Analiza después el contenido de dichos Convenios, y sostiene que los arts. 2º y 3º, que son comunes a los cuatro convenios, son aplicables y limitados específicamente "a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos que surjan dentro del territorio de algunas de las Partes Contratantes" y "dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarían sus disposiciones".

Y en el pasaje decisivo, para zanjar la cuestión dice (art. 26º) que esas disposiciones no se aplican a los hechos delictuosos investigados en esta causa, "por cuanto si bien están comprendidos dentro de la situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado del conflicto interno, de las características de las reseñadas precedentemente".

Aquí reside el quid del asunto. El art. 3º de las Cuatro Convenciones de Ginebra sólo exige, para su aplicación, la existencia de un "conflicto armado" sin carácter internacional que ocurra en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes. No añade ninguna exigencia adicional ni específica ningún criterio de distinción. La

doctrina internacional señala como límites a la aplicabilidad de las Convenciones sólo la exigencia de que no se trate actos de mero bandolerismo, o de bandas de delincuentes comunes, o de grupos generales de criminales armados (crimen organizado). El fallo dice que debe tratarse de "un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones (las del art. 3º)".

En el presente fallo, la Corte Suprema declara sin más, sin aducir medios de prueba al respecto, sin dar fundamentación alguna, y como si se tratara de un "hecho notorio", que los hechos amnistiados no se produjeron durante un estado de "conflicto armado interno" que revistiera las características reseñadas por la propia Corte (igualmente sin ofrecer fundamentación alguna para establecer esas características).

No puede ser más flagrante la contradicción del fallo en este aspecto con la normatividad reconocida como legal y constitucional por la propia Corte durante años y en innumerables fallos.

Ninguna duda puede caber de que la "guerra" es la forma más acabada e indiscutible de "conflicto armado", y que si ha existido guerra ha existido "conflicto armado". El art. 418 del C. de Justicia Militar señala que hay guerra: (1) Cuando ella ha sido declarada oficialmente, o bien el estado de sitio, y (2) También cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma. Y esta disposición es aplicable, no sólo a la guerra exterior, sino también a la guerra interna o guerra civil, como lo dispone el art. 419 del mismo Código, inciso segundo, donde se señala que se entiende por enemigo, para estos efectos, "no solamente al extranjero, sino cualquiera clase de fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas militarmente".

De este modo, el estado de guerra (forma máxima del "conflicto armado") se produce en dos casos: (1) Cuando se ha declarado la guerra o el estado de sitio de modo formal y explícito, por disposición legal, y (2) Cuando las hostilidades se han producido de hecho o se ha decretado la movilización para la guerra. Y ese estado de guerra puede referirse tanto a la guerra internacional o

externa, como a la guerra civil o interna.

Evidentemente, puede haber apreciaciones diferentes acerca de si llega o no a existir un estado de guerra cuando se trata solamente de hostilidades de hecho (puede tratarse de tumultos, asonadas, motines o incidentes aislados, que no alcancen a ser "guerra" o "conflicto armado").

Pero en el presente caso existió un reconocimiento o declaración formal jurídica de la existencia de un estado de guerra interno (aunque en nuestra opinión se trató sólo de una "guerra ficción", cuya única finalidad (lo confiesan los "considerandos" del D.L. Nº 5º) fue la de permitir que entraran a funcionar los tribunales militares de tiempo de guerra y a aplicarse las penalidades previstas en la ley sustantiva para esa eventualidad).

En efecto, el DL Nº 5, publicado el 22 de Septiembre de 1973, art. 1º, dice: "Declárase, interpretando el art. 418 del Código de Justicia Militar, que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe 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".

Esto es una declaración jurídica, formal y oficial, de que en Chile la "conmoción" tenía los caracteres propios de una "guerra", y debía considerarse como tal para todos los efectos legales".

Acatando esta disposición, la Corte Suprema (y los tribunales inferiores) reconocieron en sus fallos la existencia de guerra interna; reconocieron la legalidad del funcionamiento de los tribunales militares de tiempo de guerra e incluso renunciaron a su suprema jurisdicción respecto de los fallos de los tribunales militares de tiempo de guerra.

¿Cómo es posible que ahora la Corte Suprema diga, mediante una simple afirmación, sin sustento o razonamiento alguno, que en Chile no existió "conflicto armado" que hiciera obligatoria la observancia de las leyes de la guerra, particularmente el art. 3º

común de las Cuatro Convenciones de Ginebra?

No debe olvidarse que el Decreto Ley N° 5 establece la existencia de estado o tiempo de guerra para todos los efectos de la legislación penal y no sólo para la aplicación de las penas propias de ese tiempo o el funcionamiento de los tribunales militares.

Si en todo aquello que perjudicó a las víctimas, acusados y condenados, la Corte Suprema aceptó la existencia de un estado de guerra ateniéndose sólo a la declaración jurídica formal del Decreto Ley N° 5, ¿cómo es posible que ahora, cuando se trata de aplicar este criterio en beneficio de las víctimas, sostenga la Corte Suprema que el criterio decisivo para saber si hubo o no "guerra interna" o "conflicto armado", no es el D.L. N° 5, sino sólo la apreciación de hecho que haga la Corte Suprema sobre las circunstancias que vivió el país? ¿Por qué no se usó el mismo criterio en 1973? ¿Y cuáles son los criterios tenidos en vista por la Corte Suprema para apreciar si existió o no tal guerra interna? ¿Qué hechos son los que tiene por probados y en virtud de qué antecedentes?

Son todas estas preguntas sin respuesta y que dejan expuesto al fallo a las críticas que hemos señalado.

El presente comentario es sólo para conocimiento del señor Ministro del Interior.



ALFREDO ETCHEBERRY

Santiago, septiembre 4 de 1990