

Liliana Galdámez Zelada

**El deber de prevenir,
juzgar y sancionar
violaciones de
Derechos Humanos:
el caso chileno**

**Derechos
Humanos**

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 62

El deber de prevenir, juzgar y sancionar
violaciones de Derechos Humanos:
el caso chileno

Liliana Galdámez Zelada

Bilbao
Universidad de Deusto
2011

CONSEJO DE REDACCIÓN

Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Marta Zubía, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Susana Ardanaz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Xabier Etxeberria, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.

Antoni Blanc Altemir, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.

Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.

Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Carmen Márquez, Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.

Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.

Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.

Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.

Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.

Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.

Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.

José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.

José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.

José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.

Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.

Mónica Goded, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.

Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.

Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.

Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.

Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Índice

Introducción	9
1. Preliminares	11
1.1. El transcurso del tiempo	11
1.2. El debate sobre su origen y naturaleza jurídica	12
1.3. El contexto de las violaciones graves a los derechos humanos: su análisis en el caso chileno	13
1.4. Deber de prevenir, juzgar y sancionar: desarrollo jurisprudencial y omisiones del legislador	17
2. Incidencia del deber de prevenir, juzgar y sancionar en el orde- namiento interno. Seguimiento del caso chileno	19
2.1. Las etapas de la jurisprudencia	19
2.2. Crímenes de lesa humanidad, su tratamiento en el Derecho in- terno: la doble subsunción	26
2.3. Efectos de la invocación del Derecho Internacional en el orde- namiento nacional	28
a) El tratamiento de la amnistía	28
b) El tratamiento de la prescripción	29
c) La desaparición forzada de personas como un delito per- manente	30
2.4. La invocación de los tratados y el principio de legalidad penal: problemas dogmáticos. Planeamiento del problema	32
a) Principio de legalidad y leyes de amnistía	36
b) Principio de legalidad e imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad	41
c) Principio de jurisdicción universal y Principio de legalidad: la sentencia Scilingo del TSE	45

d) Principio de legalidad penal y Derecho Internacional: armonizaciones	48
2.5. Los tratados internacionales como límite a los poderes públicos en la jurisprudencia constitucional comparada	53
a) El deber de prevenir, juzgar y sancionar: límites al legislador	54
i) Límites al desarrollo legislativo del indulto y la amnistía	54
ii) La inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final	55
b) La improcedencia de la prescripción en el caso de crímenes de lesa humanidad	57
c) Límites al ejecutivo: los responsables de violaciones graves a los derechos humanos no pueden ser beneficiados con el indulto	58
d) Nuevos derechos: el derecho a la verdad	60
2.6. Los ámbitos en que la controversia es más activa.	62
a) La determinación de la pena	62
b) La responsabilidad civil en causas por graves violaciones a los derechos humanos.	64
i) La tesis de la imprescriptibilidad de la responsabilidad penal y civil en casos de delitos permanentes.	65
ii) La tesis que, aplicando el DIDH en materia penal, respecto a la responsabilidad civil, aplica reglas civiles.	66
iii) La tesis de la incompatibilidad de la reparación del daño moral con las prestaciones establecidas en la Ley 19.123	67
c) Los problemas en España: crímenes del franquismo y tutela judicial efectiva	68
2.7. A modo de cierre: la naturaleza jurídica del deber de investigar y juzgar.	73
Conclusiones.	75
Bibliografía.	77

Introducción

El deber de prevenir juzgar y sancionar es una obligación desarrollada en el Derecho Internacional, que recae sobre el Estado y que consiste en que las violaciones sistemáticas al derecho a la vida, la libertad y la integridad sean objeto de una tutela judicial reforzada¹.

Este deber ha tenido un desarrollo progresivo. Existen ámbitos donde se aprecia mayor grado de uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia y otros donde existe todavía una importante polémica.

Para comprender su incidencia en el Derecho interno y los problemas que plantea, quien se haya detenido a analizar su puesta en práctica, coincidirá conmigo en que el origen de este deber, se encuentra en el Derecho Internacional; su desarrollo eminentemente judicial; su contexto; los procesos de transición a la democracia y las dificultades para determinar el momento en que es obligatorio para los Estados, plantean problemas que permiten comprender las dificultades que su puesta en práctica ha ocasionado.

Este trabajo se inicia con el examen de algunas cuestiones preliminares que nos permitirán comprender las dificultades que inciden en el desarrollo del deber de prevenir, juzgar y sancionar en el ámbito interno. A continuación se estructura en 7 apartados. En ellos se examinarán paulatinamente los diversos problemas que su desarrollo ha ocasionado en el derecho interno. En la parte final se elaborarán las conclusiones.

¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado deber de prevenir juzgar y sancionar a aquella obligación que corresponde al Estado y que consiste en remover los obstáculos que impiden la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Este deber tiene un correlato desde la perspectiva de los derechos fundamentales. He pensado muchas veces en qué ámbito incide, y la reflexión me conduce siempre a la tutela judicial por las razones que ya explicaré en este trabajo.

En este estudio vamos a centrarnos en el desarrollo del deber de prevenir, juzgar y sancionar en la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos, con referencias a la Argentina, Perú, Colombia y Costa Rica, y también de su aplicación en España.

1. Preliminares

1.1. El transcurso del tiempo

Es frecuente que las violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos ocurran en períodos de anormalidad institucional: sea en conflictos de carácter nacional o internacional o bien a partir de un quiebre democrático. Además, la experiencia indica que estos hechos sólo son juzgados cuando se ha restablecido el orden democrático, o cuando intervienen tribunales internacionales. El tránsito de períodos de crisis institucional hacia el restablecimiento de la democracia, requiere —normalmente— un importante período de tiempo. El transcurso del tiempo y las negociaciones para asegurar la transición, comúnmente dan origen a dos problemas: la extinción de la responsabilidad penal y las leyes de amnistía.

En Chile, las violaciones graves a los derechos humanos sólo han sido investigadas, juzgadas y sancionadas en democracia. Cuando los crímenes ocurrieron el país estaba sometido a un régimen *de facto* distinto del de su juzgamiento.

El transcurso del tiempo debe ser valorado al analizar la aplicación de la amnistía y la prescripción, de otra forma es imposible aproximarnos a las razones que conducen a reforzar la tutela judicial. No se trata del ejercicio de un derecho cuyo titular ha sido negligente o que no se ha interesado en su tutela judicial, se trata de un derecho que no ha sido garantizado en un determinado período de tiempo.

Las dificultades dogmáticas que ha supuesto el desarrollo del deber de prevenir juzgar y sancionar crímenes de guerra y de lesa humanidad, no pueden ser explicadas si esta brecha en el tiempo no es considerada. Lo normal es que los ordenamientos nacionales no contemplen disposiciones que suspendan la prescripción de la acción penal durante períodos de crisis institucional, ni que incorporen disposiciones que faculten

al legislador o al ejecutivo para dejar sin efecto las normas dictadas durante esa etapa. Ha sido la actividad de los jueces, que invocando tratados internacionales, ha sorteado los problemas que el transcurso del tiempo plantea.

Pero además, durante los últimos 30 años, a las transformaciones del ordenamiento jurídico nacional se agrega el mayor desarrollo del Derecho Internacional en tres vertientes: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Esta evolución también ha influido en los ordenamientos nacionales a través de cláusulas de apertura constitucional al Derecho Internacional, que son percibidas como síntoma de buena salud y garantía democrática, pero cuya invocación plantea otras dificultades a la hora de abordar hechos ocurridos en el pasado.

Asimismo, la aplicación de normas del *ius cogens*, concebidas como normas imperativas e inexcusables para los Estados, hacen el análisis más complejo ya que son invocadas en el ordenamiento interno como normas obligatorias, independientemente de la voluntad del Estado, así ocurre con la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad.

1.2. El debate sobre su origen y naturaleza jurídica

Que el origen de este deber se encuentre en el Derecho Internacional implica que, desarrollado en el Derecho interno, deja de asociarse a las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito internacional para incidir en el derecho interno y esta incorporación afecta otros derechos y principios garantizados en la Constitución.

El deber de prevenir juzgar y sancionar, así enunciado en el ámbito interamericano por la Corte IDH, se desprende de distintos tratados internacionales y principios del *ius cogens*. Se trata, además, de una noción de construcción jurisprudencial, elaborada a partir de un conjunto de normas y principios cuya fecha de origen y vigencia está todavía en discusión.

Este deber, cuyas consecuencias están en desarrollo, plantea dificultades en ordenamientos como el español, donde los problemas se producen a la hora de determinar el surgimiento en el ámbito internacional y su obligatoriedad para el Estado español.

Por otra parte, el hecho que su origen se encuentre en el Derecho Internacional tiene consecuencias concretas en su desarrollo y donde se entremezclan normas nacionales e internacionales; a tal punto que en ocasiones, quien estudie su puesta en práctica perderá de vista al tribu-

nal autor de la sentencia, porque los razonamientos son similares en todos los ordenamientos donde ha tenido desarrollo, una misma matriz (definida por el Derecho Internacional) que se armoniza con las normas nacionales.

1.3. El contexto de las violaciones graves a los derechos humanos: su análisis en el caso chileno

La brecha temporal que separa los hechos de su juzgamiento y sanción no puede ser valorada si no se analiza el contexto, si no se considera que mientras los crímenes ocurrían, no existían las bases democráticas que configuran el Estado de Derecho.

El contexto político y la normativa jurídica que rigió en Chile entre 1973 y 1989 es lo que Kai Ambos ha llamado el contexto de la macrocriminalidad; noción que hace referencia a la estructura de un poder organizado para reprimir al adversario, que se vale de ese control para procurar la impunidad de actos atroces y que ha eliminado o hecho imposible la activación de mecanismos jurídicos que procuren la defensa o protección de los derechos vulnerados.

En Chile, partir del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, se restringieron sistemáticamente las garantías y libertades individuales. Mediante la reiterada y sucesiva declaración del estado de sitio y otros estados de excepción constitucional varios derechos fundamentales fueron suprimidos¹.

Según las estadísticas del Ministerio del Interior, durante la dictadura se registraron 1.183 casos de personas detenidas y desaparecidas, 2008 personas fueron ejecutadas por razones políticas. Y según el informe de la Comisión Nacional sobre Presión Política y Tortura, durante esa época se registraron 35.868 denuncias por tortura².

Los historiadores Simon Collier y William F. Sater así describen esa época, «La mano dura de una represión inclemente golpeó de inmediato después del golpe. Se cerró el Congreso. Los partidos de la UP fueron prohibidos; otros declarados «en receso» (hasta 1977, cuando también fueron prohibidos). Se impuso un estricto toque de queda nocturno que duró varios años. Los periódicos y las revistas de izquierda desaparecieron de los quioscos. La administración pública fue

¹ En 1985, Informe País «Los Derechos Humanos y su Protección en el Sistema Normativo de Chile». Vid: www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85sp/cap2.

² Vid: http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_estadisticas.html.

purgada concienzudamente. En la etapa inicial del régimen, prácticamente todas las instituciones nacionales importantes (incluida la Federación de fútbol) quedaron en manos de oficiales militares o navales, algunos de ellos que ya estaban en retiro y fueron llamados de nuevo al servicio. Uniformados «rectores designados» fueron puestos a la cabeza de las Universidades (también purgadas con minuciosidad). De la noche a la mañana, la atmósfera de Chile se volvió transformada. El primer ministro del Interior del régimen, general Oscar Bonilla..., replicó a un sindicalista del comercio que lo visitaba en su oficina: «Deje de usar la palabra exigencia; no se olvide que esta es una dictadura». Nadie podría haberlo expresado mejor³.

A partir del 11 de septiembre de 1973 la Junta Militar asumió «el Mando Supremo de la Nación»⁴. La Constitución de 1925, vigente hasta entonces, adquirió carácter subsidiario y se gobernó a través de bandos militares y decretos leyes.

El informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1974 dice que a partir del golpe militar se creó un nuevo sistema normativo. Según el DL No1 la Junta Militar garantizaría «la plena eficacia de las atribuciones del poder judicial» y respetaría «la Constitución y las leyes de la República en la medida que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone». El mismo 11 de septiembre la Junta, invocando el art. 72 No 17 de la Constitución y el Código de Justicia Militar, decretó el estado de sitio en todo el territorio nacional⁵.

Asimismo, al día siguiente del golpe, la Junta dictó el DL No 5 y declaró «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

³ COLLIER, Simon, SATER, William F. (1998): *Historia de Chile 1808-1994*. The Press Syndicate of the University of Cambridge, primera edición, pp. 307.

⁴ DL No1, de 11 de septiembre de 1973, artículo 1.

⁵ El Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1974, señala: «El procedimiento de los Tribunales Militares del tiempo de guerra o Consejos de Guerra presenta, entre otras, las siguientes características salientes: a) Durante la instrucción del sumario los imputados no tienen derecho a ser asistidos por Defensor. Son interrogados, careados... sin contar con ningún tipo de asistencia letrada. Los imputados sólo tienen derecho a nombrar defensor cuando, producida la acusación y dictado el decreto que ordena convocar al respectivo Consejo de Guerra para un determinado día, hora y lugar, tal convocatoria es puesta en su conocimiento... d) Las sentencias que recaigan, junto con todo lo actuado, deben elevarse al conocimiento del General o Comandante en Jefe que corresponda, para su aprobación o modificación... La decisión del General o Comandante en Jefe que corresponda no necesita ser fundada».

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». Este Decreto Ley ha sido invocado en los juicios sobre violaciones a los derechos humanos para probar que en el país había existido un conflicto armado interno y que las Convenciones de Ginebra eran aplicables en Chile.

La producción *legislativa* de la Junta Militar⁶ dio origen a muchas disposiciones al margen de la Constitución del 25, por ejemplo, el DL No 228 tuvo por objeto legalizar todas las medidas por las que se trasladó, relegó y detuvo a personas «en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes»⁷.

Fue tan variada la legislación dictada a partir de 1973, que en 1974 la Junta se vio obligada a ordenar la situación y para eso dictó el DL N.º 788, publicado el 4 de diciembre de 1974: «Declárase que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución... Artículo 3.º. Los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde».

Esta clase de normas alteró completamente el orden constitucional y trajo como consecuencia el quebrantamiento del principio de la primacía constitucional, lo que equivale a decir que no existió Constitución.

En este orden de cosas, cabe preguntarse el papel del poder judicial frente a estas disposiciones. El informe de la CIDH de 1985, dijo que las facultades legislativas y constituyentes que la Junta se autoadjudicó afectaron la independencia del poder judicial. En primer lugar,

⁶ Según el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reparación «en menos de cuatro meses se dictó casi 250 decretos leyes, cifra que equivale a la totalidad de lo legislado en el año que precedió al pronunciamiento militar». Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reparación. Corporación Nacional de Verdad y Reparación. Reedición diciembre de 1996, Impresión Andros Impresores, p. 71.

⁷ *Diario Oficial* n.º 28.741, del 3 de enero de 1974. No sólo se crearon normas especiales para la protección de la «seguridad nacional», también se crearon en materia laboral en el DL n.º 32 *Diario Oficial* n.º 28.667, del 4 de octubre de 1973.

por el traspaso a la jurisdicción militar de la mayoría de los procesos por violaciones a los derechos humanos, y también, porque el poder judicial *autolimitó* sus propias facultades ejerciendo formalmente sus funciones pero eludiendo el conocimiento de los hechos que le eran sometidos. Los siguientes datos permiten una idea de lo que ocurrió: «Según información proporcionada a la CIDH, entre septiembre de 1973 y diciembre de 1983, el Comité de Cooperación para la Paz en Chile y luego la Vicaría de la Solidaridad asesoraron la interposición de 5.400 recursos de amparo... De toda esta cantidad de recursos, los tribunales sólo acogieron 10, en muy pocos de los cuales se logró la libertad del afectado»⁸.

En este contexto, el 18 de abril de 1978 mediante Decreto Ley 2191, la Junta de Gobierno ejerciendo su poder como legislador dictó la Ley de Amnistía, invocada durante la dictadura y los primeros años de la transición, su aplicación impidió la investigación y enjuiciamiento de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1973 y 1978⁹.

⁸ «El razonamiento ha sido el siguiente: una vez ingresado el correspondiente escrito a la Secretaría de la Corte, el Tribunal pide informes al Ministerio del Interior. Si éste contesta que el amparado no ha sido detenido por orden suya —aunque en el recurso se hayan acompañado testimonios de la detención— el Tribunal hace plena fe a lo aseverado por la autoridad política y rechaza el recurso, puesto que el amparado no ha sido detenido. Si por el contrario, el Ministerio del Interior responde que el amparado ha sido detenido en virtud de un decreto exento, la Corte rechaza igualmente el recurso, puesto que el afectado ha sido arrestado por orden de funcionario que tiene la facultad legal para ello...», Informe 1985 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ DL 2191, «Considerando: 1. La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al estado de sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;

2. El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la unificación de los chilenos,» en su parte resolutive señala: «La junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente decreto ley:

Artículo 1. Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación del estado de sitio, comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2. Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973».

Con la transición a la democracia el poder judicial fue objeto de una crítica tenaz. Y esta crítica incidió en su transformación, que se produjo también por el relevo generacional y que se expresa en su apertura paulatina hacia la aplicabilidad de instrumentos internacionales de derechos humanos. Su resultado más visible es el procesamiento y encarcelamiento de varios ex altos mandos del Ejército y de la policía secreta de Augusto Pinochet.

1.4. **Deber de prevenir, juzgar y sancionar: desarrollo jurisprudencial y omisiones del legislador**

En Chile, como en todo el entorno latinoamericano, antes que el legislador, han sido primero los jueces los que han elaborado y aplicado criterios para poner límites a las leyes de amnistía y prescripción. Pero en el caso chileno —a diferencia de lo que ocurre en la Argentina—, el legislador hasta ahora se ha opuesto a dictar normas en este sentido. En efecto, en la Argentina, el 22 de diciembre de 1983 se dictó la Ley 23.040 que derogó la ley de Autoamnistía¹⁰, también la Ley 24.952 de 25 de marzo de 1998, que derogó las leyes de punto final y obediencia debida y más adelante, la Ley 25.779, de 21 de agosto de 2003, las declaró insanablemente nulas¹¹. Ninguna ley de contenido similar se ha dictado en Chile.

La omisión del legislador en esta materia trae consecuencias para los derechos en juego; subsisten todavía ámbitos donde la jurisprudencia es pendular; y, además, la ausencia de normas internas en la materia hace necesaria algunas armonizaciones y distinciones como se verá más adelante.

¹⁰ *Vid.*: Ley 23.040, de 22 de diciembre de 1983, de derogación de la «Autoamnistía», Promulgada el 27/12/1983. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España (2006). «Boletín de Documentación, no 27 / Septiembre-Diciembre. II. Argentina y su transición a la democracia: procesos de verdad y justicia». Visitada el 20 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=60&IdCCatalogados=318.

¹¹ *Vid.*: Ley 25.779. En «Boletín de Documentación, no 27 / Septiembre-Diciembre. II. Argentina y su transición a la democracia: procesos de verdad y justicia». Visitada el 20 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=60&IdCCatalogados=318.

2. Incidencia del deber de prevenir, juzgar y sancionar en el ordenamiento interno. Seguimiento del caso chileno

2.1. Las etapas de la jurisprudencia

En cuanto a la jurisprudencia de los jueces chilenos, se pueden distinguir tres etapas, donde se desarrollan criterios opuestos en relación a la aplicación de la amnistía y la prescripción a procesos por graves violaciones a los derechos humanos; en ellas, la valoración de los tratados internacionales marca la diferencia.

En la primera etapa se niega valor a los tratados y se aplica preferentemente la legislación nacional; en la segunda, los tribunales superiores matizan su posición e introducen algunas reflexiones sobre límites provenientes de obligaciones contraídas por el Estado en el ámbito del Derecho Internacional. En la tercera y actual etapa, la mayoría de la jurisprudencia considera inaplicables la amnistía y la prescripción, aunque, como se ha dicho, todavía persisten ámbitos donde la jurisprudencia es pendular como veremos más adelante.

1.ª Etapa: aplicación de la amnistía y la prescripción

Dos sentencias de 1974, dictadas por la justicia militar constituida como Tribunal Militar en Tiempos de Guerra, dan cuenta de los primeros criterios en esta materia. En ambas se negó la aplicabilidad a las Convenciones de Ginebra, por dos razones: a) no se cumplían sus supuestos de hecho, es decir, no existía un conflicto armado interno en los términos del artículo 3 común; y, b) el contenido y alcance de las

obligaciones desarrolladas en las Convenciones no contravenía el derecho interno¹².

Los fallos, dictados durante la vigencia «subsidiaria» de la Constitución de 1925, son una buena muestra de lo que será la primera posición de los tribunales frente a la aplicación del derecho internacional. Los dos argumentos fueron posteriormente acogidos por la línea jurisprudencial que dio aplicación preferente a la amnistía y la prescripción.

La primera doctrina de la Corte Suprema sobre la amnistía fue que debía ser aplicada una vez configurados sus supuestos, sin que fuera necesario avanzar en la investigación del delito¹³. Es decir, una vez que aparecían indicios de que el delito había ocurrido durante la vigencia del DL, el juez estaba obligado a aplicarla y dictar el respectivo sobreseimiento definitivo, como había instruido el Pleno de la Corte Suprema¹⁴. Tampoco consideraba necesario que la investigación llegara hasta encontrar el cuerpo de una persona detenida y desaparecida antes de

¹² Dicen los sentenciadores: «el tribunal rechaza la aplicación, que quiere hacer la defensa, del artículo 93 de la Convención Internacional sobre prisioneros de guerra, pues este Tratado ratificado por Chile sólo se aplica a conflictos internacionales y no al caso de guerra interna como ocurre en la especie, y dentro de las normas de excepción consignadas en el artículo 3 de dicha Convención no hay ninguna aplicable a los hechos de autos. Finalmente, aún cuando fuera aplicable esta Convención al caso, no se cumplen todos los requisitos del citado artículo 90, pues el reo utilizó violencia en contra de las personas con su conducta de atacar al cabo que lo custodiaba». Rol 6-73 de 28 de noviembre de 1974. Consejo de Guerra de San Fernando.

¹³ «Cabe concluir que el juez, frente a una posible causal de extinción de responsabilidad, de aquellas mencionadas en el n.º 5 del art. 408 del Código de Procedimiento Penal, debe agotar la investigación en orden a establecer plenamente los hechos y circunstancias que le permiten tenerla por configurada, pero una vez demostrada fehacientemente la existencia y procedencia de la correspondiente causal, no necesita ya abundar en las indagaciones sumariales, quedando en aptitud de dictar el respectivo sobreseimiento definitivo.» Sentencia Rol 28-97 de 20. 08.1998.

¹⁴ «El Pleno de la Corte Suprema, dando estricto cumplimiento a lo ordenado en el antedicho artículo 107, ha expresado en los antecedentes PR N.º 7.230, PR N.º 7.231, PR N.º 7.634 y PR N.º 7.655, con fecha 30 de abril de 1992, lo siguiente: Que en conformidad a lo establecido en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el Juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio; y Que atendida la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados —durante el período cubierto por el D.L. N.º 2.191, de Amnistía— el Juez de la causa ha debido dar aplicación a esta última disposición legal, por lo que no resulta procedente la diligencia dispuesta en la resolución antes referida (de que se remitiera antecedentes relativos a un operativo de Carabineros)». Sentencia Rol 28-97 de 20.08.1998.

aplicar la amnistía, y consideró que si no se aplicaba la amnistía, procedía declarar prescrita la acción penal¹⁵.

La Corte valoró la amnistía como señal de *alta política*, la definió como un «fenómeno histórico milenario», necesario para la convivencia luego de etapas de crisis interna¹⁶.

En cuanto a la contradicción entre la amnistía y las obligaciones contenidas en tratados ratificados por Chile, la Corte Suprema en sentencia Rol 5.566-95 señaló: «de la lectura de la disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado decreto ley N.º 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra»¹⁷.

Desde mediados de los 90, buena parte del debate sobre la investigación y sanción de violaciones graves se produjo en el marco de la

¹⁵ Sentencia Rol 28-97 de 20. 08.1998.

¹⁶ «Que un Estado de Derecho, como es Chile, así consagrado fundamentalmente en los artículos 6.º y 7.º de la Constitución Política de la República, se expresa, entre otras conductas básicas, en el imperio de la ley. Conculcar su autoridad es abrir camino a la violación de los derechos. El mandato de la ley de amnistía no puede, por lo mismo, quebrantarse sin afectar el orden constitucional y la legalidad insita en él, que emana de su esencia... La amnistía es más que el perdón del delito. Es un acto de alta política, por el que los gobiernos, después de las perturbaciones o trastornos de los pueblos, hacen nula la acción de las leyes, echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado... Que siendo efecto de la esencia de la amnistía borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido, como categóricamente lo expresó la Comisión Redactora del Código Penal chileno... es asimismo jurídicamente forzoso, como también lo destaca la doctrina y la jurisprudencia, como se ha visto y se verá, o no dar curso a una querrela por delito amnistiado, o, si la causa se hubiere iniciado, sobreseer definitivamente, pues lo mandan perentoriamente los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal...», Corte Suprema, Sentencia Rol 4771, de 19.11.1993. En el mismo sentido: Corte Suprema, Rol 614-97, Sentencia de 8 de septiembre de 1998, considerando 6 y 7; Corte Suprema, Rol 2725-96 de 11 de marzo de 1998, considerandos 5 y 6; Corte Suprema, Rol 28-97, sentencia de 20 de agosto de 1998, considerandos 3 a 7; Corte Suprema Rol 973-97, sentencia de 19.08.1998, considerandos 5 y 6.

¹⁷ Corte Suprema Rol 5.566: «Lo que ocurre es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades constituyentes y legislativas, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país declarando el estado de sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones, para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquellas a las que aluden los Convenios de Ginebra».

aplicación de las Convenciones de Ginebra y la configuración de los supuestos de hecho para que fueran aplicables.

Pero a finales de la década de los 90, estas posiciones comenzaron a matizarse. Tres factores incidieron en este cambio: a) en enero de 1998 se produce la designación del Ministro de Fuego, Juan Guzmán, para el juzgamiento de Pinochet y otros en Chile, causa Rol 2182-98; b) en Londres, el 16 de octubre de 1998, se produjo la detención del General Pinochet a raíz de una orden emanada de la Audiencia Nacional española; c) una nueva composición de la Sala Penal de la Corte Suprema, responsable en última instancia de estas causas, promovió el traspaso de los procesos desde la jurisdicción militar a la civil.

En este contexto, el 9 de septiembre de 1998 la Corte Suprema dictó la sentencia del caso Poblete Córdova, a partir del cual se inició una segunda etapa, donde si bien no se unificó la jurisprudencia, paulatinamente se instaló una segunda tesis que consideró que la aplicación de los tratados era preferente.

2.^a Etapa: las bases de la apertura

Jean Pierre Matus¹⁸ sostiene que hasta 1997 los tribunales superiores dieron aplicación *irrestringida* al DL de Amnistía, pero que a partir de 1998 con la sentencia del caso por la desaparición forzada de Enrique Poblete Córdova¹⁹, las Cortes introdujeron algunas reflexiones que mesuraron su aplicación.

Los jueces plantearon tres cuestiones que posteriormente tendrán continuidad en otra jurisprudencia: 1) Previa aplicación del DL de Amnistía debe estar determinada la persona del responsable, por tanto, los procesos sobreesidos (temporal o definitivamente) debían ser repuestos a la etapa del sumario²⁰; 2) Por haber existido un conflicto armado in-

¹⁸ Ver: MATUS A, Jean Pierre (2006): «Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 1978». *Ius et Praxis*. [online]. Vol.12, no.1 [citado 10 Diciembre 2008], pp. 275-296. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

¹⁹ Caso Poblete Córdova, Rol 469-98 de 9 de septiembre de 1998. Considerando 6.º.

²⁰ Caso Poblete Córdova, Considerando 8.º: «para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; concluyéndose de lo razonado que al aplicar una causal

terno (en los términos del art. 3 común de los Convenios) los tratados internacionales suscritos por Chile, son de aplicación *preeminente*²¹; 3) En el caso de la desaparición forzada de personas, se está ante un ilícito de carácter permanente, ya que aunque su fecha de inicio está determinada, se ignora el destino y paradero de la víctima, por lo que cabe la posibilidad de que el delito se extendiera más allá *del ámbito temporal y sustantivo* del DL.²²

La sentencia es valiosa aunque no la primera; antes (1994) la Corte de Apelaciones de Santiago, en un caso por ejecución extralegal, ya había sostenido la doctrina de la prevalencia de derecho internacional en el derecho interno pero el fallo había sido revocado por la propia Corte Suprema²³.

De los tres asuntos que se han destacado, a partir de 1998 la doctrina de la Corte Suprema dio continuidad a dos: antes de sobreseer debe determinarse el hecho punible y sus circunstancias, el nombre de la o las personas que intervinieron en el hecho y el paradero y destino del secuestrado²⁴; y que la desaparición forzada es un delito perma-

de extinción de responsabilidad penal que, de acuerdo a los antecedentes expuestos no está llamada a decidir el pleito, se ha incurrido en un nuevo error de derecho por los magistrados del fondo».

²¹ Caso Poblete Córdova, Considerando 9.º «se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón, el 12 de septiembre de 1973 el decreto ley N.º 5, que en su artículo 1.º declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial del 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3.º (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable... Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio...».

²² Caso Poblete Córdova, Considerando 11.º.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 13.597-1994, de 26.09.1994. Sentencia por la ejecución extralegal y torturas de Lumi Videla.

²⁴ Corte Suprema Rol 4135-2001, de 29.11.2002. En el mismo Sentido: Corte Suprema Rol 3.831-97, sentencia de 08.06.1998; Rol 4135-2001, sentencia de 29.11.2002; Rol 4054-2001 sentencia de 31.01.2003; Rol 2505-02 de 11.11.2003; Rol 4622.02, sentencia de 29.03.2005.

nente²⁵. El tercer asunto, la prevalencia del DI en el Derecho interno, sólo será retomado en lo que se ha denominado la tercera etapa de la jurisprudencia.

Más adelante se produjo otro avance importante cuando la Corte Suprema trasladó el conocimiento de los hechos desde la jurisdicción militar a la justicia ordinaria, y los crímenes pasaron a ser considerados como delitos comunes y no sujetos a fuero militar como había sido hasta entonces. Hasta ese momento los tribunales más favorables a la aplicación de amnistías y prescripciones habían sido los de jurisdicción militar²⁶.

Otro elemento que ayuda a comprender los criterios que se asientan en esta etapa, es que en el año 2001 la Corte Suprema designó a nueve jueces con dedicación exclusiva y 51 jueces preferentes para investigar 114 casos de detenidos desaparecidos, como resultado de la información que se obtuvo a propósito de las Mesas de Diálogo sobre Derechos Humanos.

Esta etapa se cierra aproximadamente en el año 2004, cuando se dictó la sentencia condenatoria por la desaparición forzada de Miguel Ángel Sandoval, que marcó un nuevo momento en los criterios sostenidos hasta entonces²⁷.

3.ª Etapa: la creciente invocación del Derecho Internacional por los jueces nacionales

En la sentencia del caso Sandoval, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y fondo contra la sentencia del Ministro de Fuero que condenó a miembros del ejército y de la DINA (Dirección

²⁵ Corte Suprema, Rol 4054-2001, de 31.01.2003, Considerado 8. En el mismo sentido, Corte Suprema: Rol 695-2003, sentencia de 22.12.2005; Rol 3925-2005, sentencia de 05.09.2005.

²⁶ Corte Suprema Rol 4135, sentencia de 20.11.2002. En el mismo sentido Corte Suprema: Rol 5212-2005, sentencia de 04.01.2006; Rol 30751, sentencia de 16.11.1994;

²⁷ Caso Sandoval, sentencia de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004, seguida por la detención y posterior desaparición de Miguel Ángel Sandoval en manos de miembros de la Dirección Nacional de Inteligencia DINA y donde se condenó a: «Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Marcelo Luis Manuel Moren Brito a quince años de presidio mayor en su grado medio cada uno y a las accesorias respectivas; y a Miguel Krassnoff Martchenko, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, así como las accesorias correspondientes, por su responsabilidad de co-autores del secuestro calificado».

Nacional de Inteligencia) y confirmó las penas de reclusión a que fueron condenados sus responsables. Los jueces del tribunal superior calificaron la desaparición forzada como una infracción grave a los Convenios de Ginebra y fuera del ámbito sustantivo y temporal del DL., y concluyeron:

- a) las Convenciones de Ginebra son de aplicación preferente²⁸;
- b) a la luz de la normativa internacional la desaparición forzada de personas es una infracción grave a los Convenios y, conforme al artículo 148, ha quedado vedada la aplicación de medidas que amparen esos agravios y consigan la impunidad de sus autores;
- c) desde el punto de vista del derecho interno el delito se tipifica como secuestro calificado, es decir, un delito permanente²⁹.

En cuanto a la prescripción, los sentenciadores señalaron que el tiempo para su cómputo no empezaba sino una vez que el delito hubiera cesado³⁰.

A partir de este fallo se fue consolidando el tratamiento de la desaparición forzada de personas como una violación grave y permanente a los derechos humanos.

Con esta sentencia se dio inicio a una etapa donde la tesis de la aplicación preferente del DIDH en el ámbito interno se convirtió en criterio dominante. Aunque es importante reconocer que entre 2004 y 2007 se dictaron algunos fallos en sentido contrario, ninguno en 2008, mientras que en 2009 se dictaron al menos dos sentencias que aplicaron prescripción³¹.

²⁸ En el mismo sentido, Caso Chena, Considerando Sexto, Rol 3125-04.

²⁹ «De lo anterior fluye claramente que la condena en comento se asentó en el artículo 141, incisos 1.º y 4.º, del Código punitivo, que reprime el delito de secuestro calificado, lo que resulta evidente de la sola lectura del fundamento trigésimo tercero del fallo en revisión, y no en las regulaciones que invoca el impugnante, las cuales sólo dan cuenta de la importancia del delito cometido y como, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea del respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos». Caso Sandoval, Considerando Décimo Octavo.

³⁰ Caso Sandoval, Considerando Trigésimo Nono: «Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido».

³¹ En la sentencia de agosto de 2005 por el homicidio calificado de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Alvarez, ocurrida el 5 de octubre de 1973, da buena cuenta de los argumentos. Los sentenciadores consideraron que la dictación el Decreto Ley No 5

2.2. Crímenes de lesa humanidad, su tratamiento en el Derecho interno: la doble subsunción

En toda la práctica jurisprudencial examinada, en el enjuiciamiento de actos constitutivos de violaciones graves se emplean normas nacionales e internacionales. Las primeras, en la tipificación del delito y la determinación de la pena; las segundas, para fundamentar la inaplicabilidad de la prescripción y la amnistía. Asimismo, ya en el caso español (caso Scilingo), la calificación de los hechos como crimen de lesa humanidad es el antecedente para justificar la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Para entender la conexión entre el DI y el Derecho nacional, en el caso chileno se debe analizar dos asuntos considerados por los jueces. En primer lugar, la fuerza obligatoria y la *preeminencia* de tratados y normas del *ius cogens*. A continuación, una vez reconocida la obligatoriedad de las normas internacionales, la calificación de los hechos como delito de lesa humanidad impide que a ellos se aplique amnistía y prescripción y, en el caso Scilingo, es el antecedente para que se extienda la jurisdicción española. Enseguida se examinarán las consecuencias y los problemas derivados de la aplicación del DI en el ámbito interno.

En el caso Chena, sentencia de marzo de 2007³², los jueces de la Corte Suprema de Chile consideraron que los hechos investigados (ho-

no era un elemento suficiente para acreditar un conflicto armado en los términos del artículo 3 de los Convenios, porque no «se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D.L. 5, de 1973». También concluyeron que incluso de ser aplicables las Convenciones, ellas no contienen ningún tipo de prohibición para aplicar causales de extinción de la responsabilidad penal.

Respecto a la prescripción, señalaron que aunque estuviera probado el homicidio calificado de los estudiantes, habían transcurrido más de 25, por tanto, procedía la absolución de los responsables por haber extinguido su responsabilidad penal por la prescripción de la acción penal.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha manifestado un nuevo matiz en el caso por la desaparición forzada de David Urrutia Galaz, ocurrida el 20 de diciembre de 1975, Rol 14.281-06, de 2007, donde sostuvieron que el DL No5 sólo rigió entre el 12 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974, y sólo durante ese período puede entenderse que hubo un conflicto armado interno. En cuanto a la prescripción consideraron que ningún tratado ratificado por Chile con anterioridad a la fecha de los hechos había establecido un límite para su declaración.

³² Caso Chena: Considerando Vigésimo Octavo: «Que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad comienza en el preámbulo de la Convención de La Haya, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de mil novecientos siete, donde las potencias contratantes manifestaron que hasta la creación de un completo código de le-

micidio calificado) correspondían a *lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad* que son, a juicio de los sentenciadores, aquellos que además de dañar los bienes jurídicos comúnmente protegidos por leyes penales, atentan contra la dignidad del ser humano, que pasa a ser considerado una «cosa», un objeto sin valor, sin personalidad, y cuya principal característica es «la forma cruel y bestial» que acompaña su perpetración³³.

Los jueces identifican los crímenes de lesa humanidad, siguiendo la doctrina de Naciones Unidas, bajo las figuras de: «El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra»³⁴.

En el supuesto de estar ante un ilícito que a la luz del DI pueda calificarse como crimen de guerra o de lesa humanidad, los jueces han entendido que eso impide que respecto a esos crímenes pueda aplicarse amnistía o prescripción³⁵.

Este criterio ha sido reforzado por la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), donde la Corte ordenó al Estado proseguir la investigación y le prohibió invocar amnistía y prescripción para eximirse de la obligación. La sentencia dice: «la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad es una norma del *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general».

yes de la guerra, las altas partes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas en ella, «las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública».

³³ «Los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad: destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes». Chena, Considerando Vigésimo Séptimo.

³⁴ Caso Chena considerando Vigésimo Nono.

³⁵ Reconocen estar ante crímenes de guerra o de lesa humanidad las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones Rol 7668-06, sentencia de 16.08.07; Corte de Apelaciones Rol 11801-06 de 18.12.07; Corte de Apelaciones Rol 13.447-06 sentencia de 10.01.08; Corte Suprema Rol 6525-06 sentencia de 05.09.07.

2.3. Efectos de la invocación del Derecho Internacional en el ordenamiento nacional

En el caso chileno, los jueces han entendido que las obligaciones que se configuran a partir de las Convenciones de Ginebra son: trato humanitario, prohibición de cometer infracciones graves y, en el caso de que esas infracciones se produzcan, ellas deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas sin que el Estado pueda exonerarse o exonerar el cumplimiento de esta obligación.

La prohibición de amnistía tiene su fundamento, principalmente, en los artículos 146, 147 y 148 de las Convenciones de Ginebra; la prohibición de la prescripción, además de las Convenciones en los artículos citados, se apoya en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, que no ha sido ratificada, pero que pertenece al dominio del *ius cogens* internacional³⁶.

a) El tratamiento de la amnistía

En el caso Chena, los jueces consideraron que en el ejercicio de su soberanía la nación está facultada para amnistiar las infracciones penales que ocurran bajo su potestad. «Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria»³⁷.

Los sentenciadores calificaron al DL de Amnistía como un acto de autoexoneración de responsabilidades equivalente a aquellos prohibi-

³⁶ Caso «Episodio Carlos Cuevas», Rol 13.447-2006, Cuarta Sala de Apelaciones de Santiago, por el que se condena a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y José Mario Friz Esparza, como autores de los delitos reiterados de secuestro de Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez, y de secuestro calificado cometido en las personas de Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro y Luis Emilio Orellana, perpetrados igualmente entre los días dieciocho y veintidós de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

³⁷ Caso Chena, Vigésimo tercero.

dos por el art.148 del IV Convenio de Ginebra³⁸, por lo tanto, «el Decreto Ley N.º 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia»³⁹.

Los jueces fundamentaron su inaplicabilidad por contravenir compromisos adquiridos por el Estado en el marco del derecho internacional, que deben ser de aplicación preferente en el ordenamiento interno⁴⁰.

b) *El tratamiento de la prescripción*

En el caso Molco la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema debió pronunciarse acerca de la aplicación de la prescripción de la responsabilidad penal de los autores de un homicidio calificado. De las Convenciones de Ginebra, artículos 146, 147 y 148, los sentenciadores deducen la limitación para amnistiar las violaciones graves al Convenio, mientras que la prohibición de aplicar prescripción se fundó en normas de origen consuetudinario.

Los jueces sostuvieron que entre los crímenes que se consideran imprescriptibles figuran las *infracciones graves* enumeradas en los Convenios y que, no obstante no haber Chile ratificado dicha Convención, «nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida

³⁸ Caso Chena: «VIGÉSIMO CUARTO: Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra».

³⁹ Caso Chena, considerando vigésimo quinto.

⁴⁰ También en el caso Molco, los sentenciadores reiteran que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen un límite a los poderes públicos: «como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5.º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, «valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos» (S.C.S., 30.01.1.996)» Caso Molco, Considerando 22.

que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados —como elemento material de ésta— y la *opinio iuris*».

Sostuvieron que la noción crimen de lesa humanidad no se opone al principio de legalidad penal, puesto que la conducta ya era delito en el derecho nacional (homicidio) y también en el derecho internacional como crimen contra la humanidad.

Concluyeron que la prescripción aplicada al caso, *pugnaba* con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad contenido en la Convención y que vincula al Estado chileno de forma independiente a la manifestación de su consentimiento⁴¹.

c) *La desaparición forzada de personas como un delito permanente*

La calificación de la desaparición forzada de personas como delito de carácter permanente es elaborada en el ámbito interamericano por la Corte IDH, y posteriormente su doctrina ha sido incorporada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁴².

⁴¹ Y señalaron que, además, contradice los artículos 1,3,147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, que sancionan el homicidio en cualquiera de sus formas en casos de conflicto armado sin carácter internacional y que prohíben a las partes contratantes autoexonerarse de responsabilidades incurridas a causa de infracciones a sus normas. Que la prescripción aplicada también contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 2.

⁴² La primera sentencia dictada por la Corte IDH en el sistema interamericano es la sentencia del caso Velásquez Rodríguez de 1988 (Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Serie C, No. 4. Sentencia de 29 de julio de 1988) planteado contra el Estado de Honduras por la desaparición forzada del estudiante Manfredo Velásquez, detenido en Tegucigalpa en septiembre de 1981 por elementos de las Fuerzas Armadas. Se trata de la primera sentencia condenatoria en un caso por desaparición forzada dictada en el sistema interamericano. La figura será definida por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, 13 años después de los hechos que afectaron al estudiante Velásquez, como «la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que sea su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales pertinentes». La Corte considera la práctica de la desaparición forzada como una violación que afecta a múltiples derechos, la califica como una violación especialmente grave, de ejecución continuada y que presenta dificultades importantes desde el punto de vista probatorio —una «suerte de crimen perfecto» ha dicho el Juez García Ramírez—.

En el ámbito nacional, los jueces han tipificado la desaparición forzada como *secuestro calificado*⁴³. Esto es, como delito permanente, lo que hace imposible aplicar amnistía, porque no se ha determinado *la fecha en que concluyó el injusto*, pues en verdad consideran que el delito no ha cesado⁴⁴.

La figura del secuestro calificado supone que el bien jurídico protegido sufre una lesión prolongada y progresiva en el tiempo. La jurisprudencia sostiene que se trata de delitos cuya consumación no cesa⁴⁵.

En cuanto a la prescripción, los jueces han considerado que el tiempo para su cómputo no empieza sino una vez que el delito ha sido consumado. En consecuencia, el plazo sólo empezaría a correr *una vez que se determine el lugar donde se encuentra la víctima* y si estuviere muerta, correspondería determinar la fecha en que esto ocurrió, pero de ninguna manera se podría aplicar ni amnistía ni prescripción mientras no cese el *estado delictivo*, por tanto *el injusto se ha mantenido*⁴⁶.

⁴³ Caso Sandoval, considerando trigésimo primero. «En el caso en análisis, el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores... sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de segundo grado... porque se dan estrictamente los requisitos de: a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de noventa días tal situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados...».

⁴⁴ Y agregan, «si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima... lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.» Caso Sandoval, considerando trigésimo tercero. En el mismo sentido: Corte Suprema Rol 4135, de 29.11.02; Corte Suprema Rol 4054-2001, de 31.01.03; Corte Suprema Rol 4053, sentencia de 31.01.03; Corte Suprema Rol 2.370, sentencia de 11.10.2007.

⁴⁵ Caso Sandoval, Considerando trigésimo sexto.

⁴⁶ «Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido». Caso Sandoval, Considerando Trigésimo Nono. En el mismo sentido Corte Suprema Rol 45-2006, sentencia de 27.06.07, Corte Suprema Rol 6.528-06 de 22.08.07.

2.4. La invocación de los tratados y el principio de legalidad penal: problemas dogmáticos. Planeamiento del problema

En Chile y los países de su entorno, la invocación de los tratados puede acarrear tensiones en su relación con otros derechos y principios reconocidos en la Constitución. En la mayoría de los casos, a pesar de la ratificación de los tratados, es frecuente que ellos no tengan desarrollo normativo o que su desarrollo sea posterior a la época de los hechos. De tal manera que los jueces se encuentran ante instituciones como la prescripción y la amnistía cuya aplicación está restringida por tratados y normas del *ius cogens* sin que dichas limitaciones estén consagradas a nivel legislativo. En estos casos la invocación de los tratados y el *ius cogens* internacional va a acarrear tensiones en su relación con el principio de legalidad penal⁴⁷.

En este punto cabe otra reflexión. Si la norma del DI es un principio del *ius cogens*, invocado como norma imperativa, se planteará un problema adicional para determinar su naturaleza y obligatoriedad. Este problema se plantea en relación a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. La mayoría de la jurisprudencia latinoamericana reconoce su carácter obligatorio desde antes de 1968, cuando se adoptó la Convención que establece la imprescriptibilidad de esta clase de crímenes.

Como se verá en el siguiente apartado, las respuestas elaboradas desde la jurisdicción constitucional de la región también se han decantado por favorecer la aplicación de las normas de un tratado negando que ello afecte el principio de legalidad. Esta interpretación ha provocado críticas de parte de la doctrina de los penalistas y algunos sectores de la jurisprudencia.

Los debates se han centrado en la aplicación de los tratados y el respeto al principio de legalidad (*lex praevia, scripta, certa, stricta*)

⁴⁷ Kai Ambos analiza en uno de sus trabajos las tensiones entre el DPI y principios elaborados especialmente en el ámbito penal nacional: «Esta aparente estricta comprensión del principio *nullum crimen*, en especial del principio de no retroactividad, encuentra un sólido fundamento en Derecho penal comparado y se halla también reconocido en Derecho internacional. Sin embargo, desde Nuremberg el principio ha sido interpretado de forma más liberal... El Tribunal de Nuremberg no siguió esta interpretación positivista del principio y se inclinó por un «principio de justicia». AMBOS Kai (1999): «Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». Originalmente publicado en *Criminal Law Forum* 10, pp. 1-32. Traducción del inglés de Fernando del Cacho (C.E.U. San Pablo), revisión y actualización del autor. Vid.: http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Person/doc/voe_Principios_Generales.doc (revisado el 3 de octubre de 2008).

que en la Constitución chilena es reconocido en el art. 19 No 3 incisos 7 y 8⁴⁸.

Los contenidos que se han discutido en distintas jurisdicciones respecto al desarrollo de este deber y el respeto al principio de legalidad son: amnistía, imprescriptibilidad, y jurisdicción universal, especialmente cuando son invocadas como normas de tratado sin desarrollo normativo, o cuando su desarrollo es posterior a la época de los hechos, de manera que no cumplirían con principio de taxatividad de la ley penal (*lex certa*).

Para el caso chileno y argentino, la discusión se ha centrado en la imprescriptibilidad de las violaciones graves; en el caso de España a propósito del caso Scilingo se ha debatido sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal y sobre la vigencia de este deber a la época de los crímenes del franquismo.

En la doctrina chilena, Fernando Atria ha planteado que «el derecho chileno está experimentando un rápido proceso de de-formalización, análogo al proceso de vulgarización sufrido por el derecho romano a partir de los siglos III o IV d.C.42. Este proceso vulgarizador se caracteriza por el hecho de que las interpretaciones que dan prioridad al texto de una regla jurídica son cada vez menos resistentes a las que se basan en apelaciones directas a bienes substantivos...»⁴⁹. Según Atria, la justicia chilena, al resolver *el problema de los derechos humanos*, no estaría apelando a la ley sino a fundamentos morales.

La misma crítica se ha planteado en la Argentina, en este caso Ezequiel Malarino dice: «Ninguna razón de Estado —ni siquiera si simpatizamos con ella— debería poder derribar ciertas barreras de contención ideadas para la protección del individuo frente al avance del poder punitivo estatal. Un derecho penal con diferentes carriles, uno para el derecho penal normal y otro para el derecho penal internacional o de los derechos humanos, se acerca peligrosamente a un derecho penal para enemigos. Para muchos tribunales nacionales y para la CIDH la protección penal de los derechos humanos pesa más que la protección de los derechos humanos frente al derecho penal. Y esta es una conclusión

⁴⁸ Constitución de Chile art. 19 No 3, incisos 7 y 8: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella».

⁴⁹ ATRIA, Fernando (2003): «La Hora del Derecho: Los «Derechos Humanos» entre la Política y el Derecho». *Estudios Públicos* 91. Centro de Estudios Públicos de Chile CEP. pp. 62. *vid. en:* http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3209.html

que cualquiera que realmente crea en las virtudes de un Estado de derecho no puede más que lamentar»⁵⁰.

También ha sido crítico el Magistrado del Tribunal Supremo español, Manuel Marchena Gómez, en el caso Scilingo, respecto a la competencia de la justicia española para el juzgamiento en España de Adolfo Scilingo, ciudadano argentino procesado y condenado en España por crímenes de lesa humanidad mediante aplicación del principio de jurisdicción universal. El juez Marchena criticó en su voto el *riesgo de desnaturalización del principio de legalidad*⁵¹.

⁵⁰ Para Ezequiel Malarino la jurisprudencia de varios tribunales latinoamericanos, siguiendo los criterios de la CIDH, *está creando un derecho penal diferenciado para las violaciones de los derechos humanos*, es decir, «un derecho penal que corre por carriles diferentes a los del derecho penal normal y que se caracteriza por la restricción de derechos del autor o imputado y, paralelamente, el aumento de los derechos de la víctima. En este derecho penal diferenciado: no existe la prescripción, no son admisibles las disposiciones de amnistías, indultos, y otras exenciones similares de la responsabilidad penal... no rige el principio de legalidad o, cuando sí lo hace, este principio es concebido de una manera tan débil que para su satisfacción basta una norma consuetudinaria previa al hecho (*nullum crime sine iure*) —esta es la posición mayoritaria—, o bien un delito en el ordenamiento internacional que abarque la *sustancia-* y sólo eso— de la infracción del crimen internacional que dicho ordenamiento no contiene (por ejemplo, el tipo de homicidio serviría para satisfacer la legalidad del crimen de lesa humanidad), o bien, finalmente, quienes optan por el camino de la sinceridad —que son los menos— defieren una aplicación retroactiva de la ley penal justificada en la gravedad de los hechos... La justificación de tales consecuencias especiales reside en la gravedad de los hechos».

Malarino sostiene que la calificación conforme al derecho consuetudinario plantea algunos problemas, su mayor crítica se centra en si acaso la norma consuetudinaria cumple con la condición de ser *lex certa*, concretamente en lo que se refiere a la definición del crimen de lesa humanidad, figura a la que recurre la jurisprudencia latinoamericana para extender ciertas consecuencias, entre otras la condición de imprescriptibilidad. Considera que por las distintas formulaciones de esta clase de crímenes, no existe certeza en cuanto sus elementos constitutivos. AMBOS Kai, MALARINO Ezequiel, ELSNER Gisela (2008): *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo, Uruguay.

⁵¹ En el caso de España, el principio de jurisdicción universal para cierta clase de crímenes de trascendencia internacional como los delito de lesa humanidad, se introdujo en el Código Penal —art. 607 bis 1, 1.º y 2.º y 2, 1.º, 7.º y 8.º— en la redacción dada al precepto por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004. De tal manera que a la época en que ocurrieron los hechos, España todavía no reconocía el principio de jurisdicción universal para el crimen de lesa humanidad ni había introducido el delito de lesa humanidad en su Código respectivo. En este sentido, señala el Magistrado: «Mi coincidencia con el resto de la Sala, sin embargo, se convierte en manifiesto desacuerdo cuando el infranqueable obstáculo representado por el principio de legalidad que se pretende sortear mediante una argumentación, tan voluntariosa y bien construida, como arriesgada desde el punto de vista de las garantías constitucionales. En efecto, la improcedencia de aplicar un precepto penal —art. 607 bis—, cuya entrada en vigor se pro-

El Magistrado advirtió: «si bien es cierto que los hechos imputados en la sentencia no estaban entonces previstos como delito ni en Argentina ni en España, no lo es menos que tales delitos sí estaban tipificados como delitos comunes —homicidio, asesinato, detención ilegal—. En este sentido, la previsibilidad respecto de su carácter delictivo y de la pena asociada, era indiscutible en el momento de la comisión...; es cierto que el principio de legalidad implica previsibilidad. Pero no sólo eso... No basta con constatar su concurrencia para, a partir de ahí, aceptar la condena por un delito no vigente en el momento de su comisión. El núcleo argumental sobre el que se construye la opinión mayoritaria fluctúa, a mi juicio, entre un razonamiento de corte iustnaturalista —basado en la incriminación universal de los delitos contra la vida y la libertad— y una equívoca mención a la conciencia de antijuricidad... No puedo sumarme a esa práctica redefinición del principio de legalidad, surgida del especial acento puesto en su aspecto material, desplazando a un lugar menor el *nomen iuris* con el que cada sistema penal identifica los hechos susceptibles de persecución en su territorio»⁵².

dujo en nuestro país veintiocho años después de cometidos los hechos enjuiciados —cfr. LO 15/2003, 25 de noviembre—, ha llevado a la Sala a construir un discurso argumental alternativo mediante el que se intentan superar los problemas jurídicos que la propia Sala detecta y que no son otra cosa que las exigencias inherentes al principio de legalidad. A mi juicio, sin embargo, la audaz solución jurídica suscrita por el criterio mayoritario, que ha permitido la condena del recurrente, no puede aceptarse a la luz de las exigencias constitucionales inherentes al principio de legalidad (arts. 25, 9.3 y 24.1 de la CE)». Voto disidente Magistrado Marchena Gómez, Corte Suprema de España, sentencia 798/2007.

⁵² «Me resulta obligado expresar mi desacuerdo con la relativización del principio de legalidad que se contiene en la sentencia de instancia y que también detecto en nuestro pronunciamiento. Es cierto que el criterio mayoritario encuentra apoyo en concepciones doctrinales —algunas de ellas no precisamente novedosas— que han llegado a afirmar que el principio de legalidad forma parte de un dominio ajeno al derecho penal internacional. Su específico ámbito de aplicación estaría relacionado con la necesidad de proteger al inocente contra condenas injustificadas. Fuera de ese contexto, produciría el efecto contrario, convirtiendo al Estado en sujeto de la protección, contrariando así su genuino significado liberal. Conforme a esta idea, el principio de legalidad sería claramente prescindible en aquellos casos en los que el acto enjuiciado no sólo sea contrario a la moral, sino digno y necesitado de castigo, de suerte que su impunidad aparezca como absolutamente insoportable para el derecho. Se trataría, en fin, de aceptar la exclusión operativa del principio de legalidad en aquellos casos en los que su mantenimiento conlleve una grave quiebra de otro principio del mismo rango axiológico, el principio de seguridad jurídica, es decir, cuando la impunidad genere un verdadero efecto de conmoción en la autoridad del ordenamiento jurídico y en la conciencia jurídica general. Con uno u otro razonamiento, la degradación del principio de legalidad se justificaría ante la necesidad de evitar que el *nullum crimen sine lege* pase de ser un principio al servicio de la justicia a un principio al servicio de la injusticia». Voto disidente Magistrado Marchena Gómez, Corte Suprema de España, sentencia 798/2007.

En el tratamiento jurisprudencial de la inaplicabilidad de la amnistía, la prescripción y el principio de jurisdicción universal en su relación con el principio de legalidad penal, se han planteado los siguientes argumentos:

a) *Principio de legalidad y leyes de amnistía*

La inaplicabilidad de las leyes de amnistía y el indulto tiene dos respuestas posibles y no excluyentes: por un lado, el origen de las leyes de amnistía; por otro, las obligaciones emanadas de tratados que a la época en que se dictaron las amnistías ya habían sido ratificados y se encontraban vigentes. Este segundo argumento es el que se invoca frente a leyes de amnistía dictadas por legisladores democráticos.

Como se analizó en el caso chileno, a la época en que se dictó el DL de Amnistía, se había suprimido la división de poderes y estaban suspendidas las garantías de la Constitución de 1925. No fue un parlamento el que dictó la norma, fue la propia Junta Militar ejerciendo las facultades que se autoatribuyó como legislador. Esta clase de normas son las llamadas *autoamnistías* o *amnistías al revés* y, como señalaba Juan Bustos, «disposiciones como éstas no son fruto de un acto de indulgencia, que enaltece a quien lo cumple, ni procuran llevar sosiego a la comunidad, sino por el contrario constituyen una burda vulneración del principio de *igualdad ante la ley* y marca deshonrosa de regímenes tiránicos como el vivido en Chile. Estas *amnistías al revés tienen sólo la forma pero no su contenido jurídico*, ni siquiera como manifestación jurídica vinculante, al emanar de decretos leyes de regímenes de facto»⁵³.

La ausencia de validez de las autoamnistías ha sido defendida por la Corte IDH⁵⁴ cuando ha dicho que «... carecen de efectos jurídicos y

⁵³ BUSTOS, Juan (2007): «Inadmisibilidad de Autoamnistías en el Derecho Penal». *Gaceta Jurídica*. No 326/ Agosto. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, p. 11.

⁵⁴ En la sentencia de la Corte IDH, *caso Barrios Altos vs. Perú*, el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez introduce la siguiente distinción: propone una diferenciación entre las llamadas «autoamnistías», declaradas por aquellos que ejercen la autoridad en su propio beneficio, de aquellas que son fruto de un «proceso de pacificación», extendidas en beneficio de distintos sectores y que además excluyen de ésta a los crímenes más graves. El juez plantea una opinión favorable en relación a la convencionalidad de este último tipo de leyes, ya que considera que pueden contribuir al proceso de paz y reconciliación nacional, pero destaca que esta normativa no debe incluir las violaciones más graves a los derechos humanos. Respecto a los crímenes más graves, el Juez reitera el criterio ya planteado por la Corte, y estima que entre ellos se encuentran: las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del Derecho Humanitario.

no pueden seguir presentando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables...»⁵⁵. Este es el argumento que ha retomado la jurisdicción argentina cuando ha declarado su inconstitucionalidad, pero no el camino que ha seguido el juez ni el legislador chileno en el último proyecto de ley que se discute en el Congreso Nacional.

Otra vía para fundamentar la ineficacia de las leyes de amnistía respecto a violaciones graves, que se ha extendido a la prohibición del indulto en la jurisprudencia Argentina, se encuentra en la preexistencia de obligaciones contraídas por el Estado a partir de la ratificación de tratados. Este es el criterio asumido por la jurisprudencia chilena, como se desprende de la interpretación que los jueces nacionales han dado a los Convenios de Ginebra.

Los jueces consideran que el Estado había adquirido previamente el compromiso de no exonerar ni auto exonerarse de la responsabilidad por la comisión de violaciones graves y que había limitado las facultades de sus poderes públicos para dictarlas⁵⁶.

En cuanto a los medios para dejar sin efecto las leyes de amnistía, el juez García Ramírez de la Corte IDH en el caso la Cantuta señaló que: «En algún momento se ha suscitado una interrogante sobre el medio del que debiera valerse el Estado para suprimir las normas de esta naturaleza que contravienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ¿Derogación? ¿Inaplicación o desaplicación, por obra de orientaciones jurisprudenciales o administrativas? ¿Anulación? No corresponde a la Corte Interamericana, sino al propio Estado, responder a esa pregunta... Para los efectos de la jurisdicción internacional basta con afirmar esto último, y en todo caso precisar —que no sería indispensable, pero puede ser útil en la práctica, con el objetivo de sa-

Un ejemplo de este último tipo de normas, lo encontramos en Guatemala, donde, luego del conflicto armado interno y en el marco de la firma de los acuerdos de paz, las partes acuerdan una «Ley de Reconciliación Nacional» mediante Decreto número 145-1996 de 27 Diciembre 1996, que en su artículo 8 excluye de su aplicación a «los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala». Guatemala, *Memoria del Silencio* (1998). Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Impresión Litoprint, Guatemala, p. 60.

⁵⁵ *Caso Barrios Altos vs. Perú*, párrafo 44.

⁵⁶ En cuanto al indulto, la jurisprudencia de la Argentina ha seguido un camino similar al anterior, aunque la prohibición se deduce de otros tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

lir al paso de dudas e interpretaciones encontradas—, que las pretendidas normas de autoamnistía no pueden tener efectos jurídicos ni en el momento en que fueron expedidas, ni en el presente ni en el futuro, en tanto contrarían, desde el instante de su emisión, los compromisos internacionales del Estado estatuidos en la CADH»⁵⁷.

El legislador chileno, en el último proyecto de ley que ha intentado dar una solución al problema, también ha optado por abordar el DL de amnistía por la vía de su interpretación y no por su constitucionalidad, pero el proyecto todavía está en trámite. Hasta ahora no existe en Chile desarrollo normativo de la prohibición y se debate en el parlamento no sólo su fórmula jurídica, también su constitucionalidad.

Sobre este debate, también Juan Bustos se sumó a la tesis de la aprobación de una ley interpretativa para delimitar los delitos que podrían ser amnistiados por vía del DL, que dejara fuera de su alcance las violaciones más graves. Y sobre las críticas de en cuanto a que una ley interpretativa afectaría el principio *nulla poena* y de *favorabilidad*⁵⁸, Bustos señaló que las leyes interpretativas, aquellas que fijan el sentido y alcance de la norma, debían ser incorporadas a la ley que interpretan y no afectan el contenido del derecho, ya que no hacen más que determinar mayor certeza en sus ámbitos de protección y conforme a los criterios sostenidos por los jueces⁵⁹.

Los jueces de Chile se han referido superficialmente al origen de la Ley de Amnistía y han optado por limitar sus efectos a las violaciones graves contra los derechos humanos en base a los compromisos que el Estado había asumido previamente y a partir de la ratificación de las Convenciones de Ginebra. Han interpretado que esos hechos nunca pudieron ser alcanzados por el Decreto Ley, pues el Estado ya se había obligado a no extender la amnistía a esta clase de delitos, compromiso que se entiende anterior a la expedición del mencionado decreto.

En el caso español es distinto, fue el legislador democrático el que dictó la amnistía de 1977, en los inicios de la transición, por esto el Juez

⁵⁷ Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, *Caso la Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006.

⁵⁸ VAN WEEZEL Alex Van (2007): «Inadmisibilidad de las «leyes interpretativas» *in malam partem* en Materia Penal». *Gaceta Jurídica* (No 323/ Mayo), pp. 14-30.

⁵⁹ «Al respecto hay que destacar que ya nuestros tribunales de justicia tanto inferiores como superiores han dictado sentencias interpretando para el caso concreto el sentido que han de tener las menciones a la amnistía y la prescripción establecidas en el artículo 93 del Código Penal, en cuanto ha de entenderse que no a los delitos contra la Humanidad. Luego es la hora que el poder legislativo establezca de modo general la correcta interpretación de estos términos, conforme a lo ya señalado por los tribunales». Bustos, Juan. *Inadmisibilidad de Autoamnistías...*, *op.cit.* p. 18.

Baltasar Garzón ha cuestionado su aplicación a las violaciones graves a los derechos humanos y no su validez⁶⁰.

El juez invocó la doctrina sobre los delitos permanentes y concluyó la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977: «en tanto no se viabilice la identificación o ubicación de las víctimas, el delito continua cometiéndose en sus efectos. Es decir, no ha terminado el *iter criminis*»⁶¹.

⁶⁰ Alicia Gil analiza este problema en: «La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica». Para la profesora Gil, el proceso de transición española, catalogado de acuerdo a los criterios del Instituto Max Planck como: «un modelo de olvido del pasado «absoluto» con rehabilitación «parcial», «es decir, un modelo en el que el pasado se afronta exclusivamente a través de la rehabilitación *parcial* de las víctimas...». Alicia Gil sostiene que este modelo no constituye una infracción de España a los compromisos asumidos en el ámbito internacional en lo que se refiere al deber de prevenir, juzgar y sancionar, ni tampoco considera que la ley de amnistía de 1977 sea inválida de acuerdo al Derecho Internacional. En este sentido señala: «La obligación internacional de perseguir determinados delitos viene impuesta por el Estatuto de Roma de la corte penal internacional, y ya antes en determinados convenios internacionales como el Convenio contra el genocidio, el Convenio contra la tortura, o los Convenios de Ginebra, en relación con las «graves violaciones» de los mismos, pero sólo obligan a los Estados parte, y respecto de los delitos tipificados en cada uno de ellos. Por tanto estas obligaciones son posteriores a la Ley de Amnistía, además de que en la mayoría de los casos simplemente no resultan aplicables al conflicto español por no encajar los hechos en los tipos descritos... No puede decirse por tanto que en 1977, al promulgar el parlamento democrático la Ley de Amnistía violara ninguna obligación internacional de perseguir penalmente los crímenes recogidos en ninguno de estos tratados de los que nuestro país fue parte con posterioridad.» Según Alicia Gil, en el centro del debate y como elemento que permite afirmar la existencia o no de este deber, se encuentra la voluntad del Estado español expresado en la ratificación de los Convenios internacionales que contienen este deber, que a día de hoy y dados todos los instrumentos ratificados por el país y su desarrollo legislativo es indiscutible.

En cuanto al análisis de la existencia de esta obligación en el ámbito del derecho consuetudinario y como norma del *ius cogens* anterior a 1977, Alicia Gil afirma que no es posible acreditar a esa fecha una *práctica de los Estados* ni tampoco una *opinio iuris* que la confirmara. Además, su análisis aborda otros argumentos que se han planteado para sostener la invalidez de la Ley de Amnistía, por ejemplo, afirma que el argumento de la prohibición de las amnistías como principio general del derecho conduce a un *terreno etéreo e indemostrable*. Por último, en cuanto a la prohibición de amnistía como un deber de garantía preexistente como costumbre antes de 1977 considera, siguiendo a la doctrina internacionalista, que esa costumbre no puede afirmarse de manera concreta sino que hasta finales de la década de los 80 y principios de los noventa, que es la fecha a partir de la cual los tribunales internacionales de derechos humanos, los órganos de las Naciones Unidas y los tribunales penales internacionales consolidan la prohibición. GIL GIL, Alicia (2009). *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier. Barcelona.

⁶¹ Auto del Juzgado Central de Instrucción No 5, No 53/2008 E, de 18 de noviembre de 2008, p. 88. En España, además de la inaplicabilidad de la ley de amnistía a delitos permanentes, otro asunto debatido ha sido la posibilidad de que el legislador democrá-

En cuanto a la Ley de Amnistía, el problema en el caso de España no se produce por el origen de la norma, sino por los delitos que cubre. Para el juez Garzón, el problema se plantea porque antes que fuera dictada, el Estado ya había ratificado el PIDCP, que en el artículo 15.2 dice: «Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Estas normas serían de carácter ««self-executing» dado que el Código Penal de 1932 sancionaba la mayor parte de los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada los contextualiza en el marco de los crímenes contra la humanidad, y amparan la investigación en la STS 1/10/2007 (caso Scilingo)»⁶².

tico pueda conceder una amnistía por hechos calificados como violaciones graves a los derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, en Guatemala luego del conflicto armado interno y en el marco de la firma de los acuerdos de paz, las partes acordaron una «Ley de Reconciliación Nacional» mediante Decreto numero 145-1996 de 27 Diciembre 1996, que en su artículo 8 excluye de su aplicación a «los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala». Guatemala, *Memoria del Silencio* (1998). Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Impresión Litoprint, Guatemala, p. 60. Según este criterio, no sólo las autoamnistías son inaceptables, la prohibición de impunidad limita también al legislador democrático. Sánchez Legido, en «Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional», afirma que el poder de los Estados para otorgar amnistías dudosamente puede ser planteada como una facultad discrecional, particularmente cuando se trata de crímenes de Derecho internacional. Recuerda la opinión autorizada del Comité Internacional de la Cruz Roja, que sólo contempla la «inmunidad del combatiente», favorable a que los actos de guerra, siempre que sean compatibles con el Derecho Internacional humanitario, sean amnistiados. La obligación de investigar... ha venido a ser afirmada, en primer lugar, como una consecuencia derivada de las disposiciones convencionales contenidas en los tratados generales de derechos humanos relativos, de un lado, a la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos reconocidos (arts. 2.1 PIDCP, 1 CEDH y 1.1 CADH) y de otro, al derecho de las víctimas aun recurso efectivo (arts. 2.3 a PIDC, 13 CEDH y 25 CADH), por parte de los correspondientes órganos de vigilancia, desde la propia Corte de San José hasta el Comité de Derechos Humanos, pasando por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, más allá de los citados convenios, la vigencia de tal obligación, sobre todo respecto de prácticas como las desapariciones forzadas o las ejecuciones extralegales, ha sido afirmada, entre otros órganos por la Asamblea General de Naciones Unidas y el Comité Económico y Social, proclamándose igualmente en la Declaración final de la Conferencia Mundial sobre derechos Humanos celebrada en Viena en 1993». SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2004): *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 372-376.

⁶² Auto del Juzgado Central de Instrucción No 5, No 53/2008 E, de 18 de noviembre de 2008, p. 90.

Se afirma en el Auto que las normas de tratado no podrían haber sido derogadas por la Ley, en vista a lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución. Además, la Ley de Amnistía cubre sólo delitos que puedan ser calificados como políticos.

En este caso, la limitación provendría de la ratificación por parte de España del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por el Estado español unos meses antes de que se dictara la Ley de Amnistía de 1977.

En definitiva, sea por su origen o por los delitos que cubre, existe un acuerdo importante, especialmente en los órganos internacionales de protección a los derechos humanos, que avala una interpretación restrictiva de su aplicación en el caso de graves violaciones a los derechos humanos: ni siquiera el legislador democrático tendría plena libertad para concederla cuando se trata de responsables de violaciones graves a los derechos humanos.

b) *Principio de legalidad e imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad*

Cuando los jueces califican los hechos constitutivos de violaciones graves como crimen de lesa humanidad, a partir de esta calificación se consideran imprescriptibles⁶³. El problema se plantea cuando la imprescriptibilidad no tiene desarrollo legal y esta condición se deriva directamente de una norma del *ius cogens* internacional.

Como se ha examinado, para parte de la doctrina la imprescriptibilidad compromete el principio de legalidad cuando dicha condición no cuenta con una credencial legislativa. También ha de considerarse que tampoco la prescripción tiene respaldo constitucional (ni en Argentina ni en Chile), de manera que el debate se sitúa en estricto sentido en si acaso esa condición puede ser invocada en el ordenamiento interno por vía de un tratado, de la costumbre o del *ius cogens*, sin que ello afecte el principio de legalidad.

La sentencia del caso Arancibia Clavel, por homicidio calificado, asociación ilícita y otros, causa n.º 259 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Argentina el 24 de agosto de 2004, es un caso paradig-

⁶³ La calificación de un delito conforme al DPI o DIH, como un crimen de guerra o de lesa humanidad, supone también otras consecuencias respecto la tutela judicial efectiva: los delitos se consideran imprescriptibles e inamnistiables; se activa el principio de jurisdicción universal y la no procedencia de ciertas inmunidades.

mático en muchos sentidos⁶⁴. El desarrollo de varios votos particulares y algunos disidentes, responde a las dificultades doctrinarias y la disparidad de criterios a la hora de abordar la institución de la prescripción y las garantías penales para el imputado. A criterio de los jueces, si la limitación sólo existe en una Convención Internacional y no ha sido desarrollada por el legislador, siguiendo la doctrina de la Corte IDH, los límites alcanzan por esta vía también al juez.

Sobre el principio de legalidad, afirmaron que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra de 1968 recoge un principio del *ius cogens* vigente incluso antes de la época de los hechos, y aplicable a los Estados independientemente de su consentimiento. En la sentencia afirmaron que esa norma ya estaba vigente y era obligatoria para el Estado argentino cuando ocurrió el crimen.

En cuanto a la prescripción, que si bien esta institución está ligada al principio de legalidad, y no sería posible la aplicación de una *ley ex post facto*, principio que también alcanza la prescripción de la acción penal, el tribunal sugiere una excepción en el caso de los crímenes de guerra y de lesa humanidad: «Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheiminis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo. Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza...».

Dicho lo anterior, finalmente el tribunal evitó referirse a una posible ponderación de los derechos y principios en juego y concluyó que la

⁶⁴ Los hechos: en Buenos Aires, el 30 de septiembre de 1974, fueron asesinados el ex Comandante en Jefe del Ejército chileno, General Carlos Prats y su esposa, Sofía Cuthbert. El ex Comandante había cedido la jefatura del Ejército a Augusto Pinochet pocos días antes del golpe de Estado de 1973, murió junto a su cónyuge al estallar una bomba colocada en su automóvil. La Corte Suprema Argentina confirmó la sentencia de presidio perpetuo de Enrique Arancibia Clavel, ex agente de la Dirección Nacional de Inteligencia chilena (DINA) como autor de este crimen. La Corte Suprema Argentina consideró que se trataba de un crimen de lesa humanidad, por tanto, que era imprescriptible.

imprescriptibilidad de esa clase de crímenes ya era una norma vigente para el Estado argentino cuando los crímenes ocurrieron, y que no existía una aplicación retroactiva de la norma⁶⁵.

Para resolver la tensión que la aplicación del Derecho Penal Internacional ha generado respecto al principio de legalidad, Xavier Fernández Pons distingue tres respuestas elaboradas por la jurisprudencia internacional: «a) la negación de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en la incriminación internacional del individuo; b) la afirmación de tal vigencia, justificando su vulneración mediante una ponderación de los diversos valores en presencia; y c) la adaptación del principio a las peculiares formas de creación de las normas internacionales, excluyendo el carácter retroactivo de las «nuevas» incriminaciones y considerándolas como declarativas de un Derecho preexistente»⁶⁶. Fernández Pons añade que la última alternativa ha sido la solución preferida por la jurisprudencia, que también ha sido recogida a nivel convencional en el artículo 15.2 del PIDCP y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales⁶⁷.

⁶⁵ «Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes *ex post facto*, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados, ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. ...

Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. ...

Que, en consecuencia, los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del 60, a la cual adhería el Estado argentino...

Que comprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado en el precedente publicado en Fallos: 318: 2148».

⁶⁶ FERNANDEZ PONS, Xavier (2002): «El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo». *Revista electrónica de estudios internacionales*, p. 3.

⁶⁷ 15.2 del PIDCP: «nada se opondrá al juicio o a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional»; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, artículo 7: Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.

La jurisprudencia constitucional latinoamericana ha trabajado sobre las dos últimas opciones, aunque finalmente también se ha decantado por la última.

Los jueces chilenos, en cambio, han evitado referirse a una ponderación de los derechos en juego y han optado directamente por considerar que no se afecta el principio de legalidad. Han dicho que con la declaración de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad el principio de legalidad no ha sido afectado. Que esa norma ya era obligatoria y estaba vigente para el Estado chileno independientemente de su voluntad. También valoran la gravedad de los delitos, pero hasta ahora no se han encontrado casos donde opten claramente por ponderar la vigencia del principio de legalidad en consideración a la gravedad de la lesión.

A pesar de no decirlo expresamente, la tesis adoptada por los jueces chilenos implica aceptar que el principio de legalidad es flexible. Más adelante se precisará en qué consistiría esta flexibilidad y también las distinciones que la doctrina ha introducido en la configuración del principio de legalidad.

La invocación de normas de tratado por parte de los jueces chilenos es avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las normas de tratado, ya que ha admitido la existencia de normas *non self-executing* y *self-executing*.

Pero no toda invocación de tratados en el ámbito nacional está asociada al reconocimiento de normas auto-ejecutables. También es posible su invocación como un canon de interpretación de los derechos fundamentales. Así ocurre en el caso de España en el artículo 10.2 de la Constitución.

En efecto, la integración automática del DI no es admisible en el ordenamiento español. Así lo confirmaron los jueces del tribunal Supremo en el caso Scilingo⁶⁸. El interés en esta sentencia reside en dos

Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

⁶⁸ Caso Scilingo, sentencia de la Corte Suprema de España 798/2007, considerando Sexto. «Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales... En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas

razonamientos: el primero se relaciona con la invocación de los tratados como canon hermenéutico y el segundo, con las distinciones entre los contenidos orgánicos y sustantivos del principio de legalidad penal.

c) *Principio de jurisdicción universal y Principio de legalidad: la sentencia Scilingo del TSE*

En el caso Scilingo, los jueces del Tribunal Supremo español, en relación a las normas del Derecho Penal Internacional como criterio interpretativo y el principio de legalidad penal, dijeron: «De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de Derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos... La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues,

conforme al «derecho» nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales. De todos modos, el Derecho Penal Internacional de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI...».

la aplicación directa del Derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso...»⁶⁹.

Los jueces reconocen como criterio interpretativo no sólo a los tratados internacionales, también a las normas del *ius cogens* y opinan que deben ser interpretadas conforme al Derecho Internacional tanto las normas procesales como las sustantivas.

El problema que se analizó en el caso Scilingo deriva de dos situaciones. Adolfo Scilingo fue imputado, entre otros delitos, como autor del delito de lesa humanidad por hechos ocurridos entre 1976 y 1981, pero ese tipo sólo fue introducido en España «después de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, como consecuencia de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...». El Tribunal Supremo consideró que «el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles». Los jueces consideraron que no era directamente aplicable el tipo penal desarrollado en el DI, ni tampoco el 607 bis del Código Penal por ser posterior a la fecha de los hechos y no favorable al reo, y a continuación señalaron: «Sin embargo, de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad».

El segundo problema que se revisó fue si una vez descartada la imputación de un delito de lesa humanidad (reconociendo que los delitos encuadraban en figuras penales como el homicidios y detenciones ilegales), si estos hechos podían ser juzgados por un tribunal español en base a normas del Derecho Penal Internacional en la parte que se refiere a la perseguibilidad de estos delitos⁷⁰.

Como en los casos examinados, no se trata de la aplicación de tipos penales provenientes del DPI —lo que se tipifica y castiga son delitos sancionados en el Código Penal—, lo que se discute es la aplicación de normas emanadas del DPI que responden al ámbito procesal y si acaso

⁶⁹ Caso Scilingo, sentencia de la Corte Suprema de España 798/2007, considerando Sexto.

⁷⁰ Para una mejor comprensión del problema, es importante también recordar que el artículo 23.4 de la LOPJ, que se introdujo por Ley Orgánica el 1 de julio de 1985, reconoce el principio de jurisdicción universal para los delitos de genocidio y terrorismo, entre otros, y agrega también una cláusula en la letra i), por la que también son sujeto de esta jurisdicción: «cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España». Según la interpretación del Tribunal Supremo, el principio de jurisdicción univesal también es aplicable al delito de lesa humanidad.

ello vulnera el principio de legalidad. Como se ha analizado en el caso de la prescripción, la prohibición de aplicarla a crímenes de lesa humanidad también proviene de una norma de origen consuetudinario, que además pertenece al dominio del *ius cogens*.

En este caso, el Tribunal Supremo español concluyó: «En relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta, a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente. La condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el *nomen iuris crímenes de lesa Humanidad* como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias, constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad». En cuanto al principio de jurisdicción universal, no contemplado expresamente en la normativa española para los crímenes de lesa humanidad, el TS: «Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles».

En cuanto al principio de legalidad y el de jurisdicción universal, los jueces señalaron: «Partiendo de los tipos delictivos de asesinato y detención ilegal, las circunstancias relevantes que los acompañan y caracterizan, pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española. En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos constitutivos de asesinatos y detenciones ilegales declarados probados en la sentencia de instancia como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho in-

terno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal».

d) *Principio de legalidad penal y Derecho Internacional: armonizaciones*

La conexión entre los delitos tipificados en el ámbito nacional —detenciones ilegales o asesinatos—, y el delito de lesa humanidad, es lo que la doctrina argentina ha llamado la doble subsunción. Este razonamiento —también aplicado por los jueces chilenos y argentinos en la parte que se refiere a imprescriptibilidad—, es una operación repetida en las distintas jurisdicciones que han conocido de estos crímenes⁷¹.

Pero la sentencia Scilingo, a diferencia de las valoraciones de los jueces latinoamericanos, introduce un elemento novedoso en el análisis, incorpora la distinción entre normas internacionales de carácter procesal y sustantivo. En el caso Scilingo los sentenciadores concluyeron

⁷¹ Corte Suprema de Chile, Sentencia Caso Molco, Rol 23.375, Considerando 25: «Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un «crimen contra la humanidad», no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional —homicidio— y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado», Corte de Apelaciones de Chile, Caso Sandoval, Considerando 38: «Que, si bien es cierto esta Convención sobre Desaparición Forzada de Personas que tipifica este delito como un Delito Internacional, desde el punto de vista meramente formal, no se ha incorporado aún al derecho interno chileno, no es menos cierto que la desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo, una gravísima ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales de carácter obligatorio para Chile (Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Carta de San José, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas) y, lo que es más importante, constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ya se encuentra vigente internacionalmente».

Sobre el tratamiento que la jurisprudencia argentina ha dado a este problema: «La mayor parte de la jurisprudencia parece conformarse con verificar que los hechos objeto del juzgamiento son crímenes contra la humanidad a la luz del derecho internacional y, por lo tanto, imprescriptibles. Esta jurisprudencia no se detiene a analizar la relación entre normas (entre el supuesto de hecho propio del tipo penal y el correspondiente a la norma sobre imprescriptibilidad), sino que se conforma con la verificación de que se trata de los mismos hechos: dado que los mismos eventos, satisfacen, a la vez, los presupuestos del tipo penal y los de la norma sobre prescripción (imprescriptibilidad), entonces la aplicación de ambas normas al caso estaría justificada». PARENTI, Pablo. *Jurisprudencia...*, op. cit. p. 34.

que la prohibición de analogía alcanzaba a las normas sustantivas pero no a las orgánicas.

En el mismo sentido, y dando continuidad a esta distinción, en el caso alemán Klaus Tiedemann, refiriéndose a irretroactividad de la ley penal y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, cita (y critica) la sentencia (BVerfGE 11,139(146 s) en el caso de los Centinelas del Muro de Berlín, donde se acepta que la prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales no afecta a las reglas de la prescripción «pues ésta es, en opinión dominante del Derecho ordinario, un instituto procesal... de este modo el Tribunal dio fácil solución al propósito político entonces vigente de hacer posible la continuidad de la persecución penal de los delitos de la época del nacionalsocialismo»⁷².

Para Alicia Gil la *extensión de la jurisdicción por analogía* es uno de los aspectos más criticables de la sentencia del TSE: «En nuestro ordenamiento es el legislador en la Ley el único que puede establecer el alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles...»⁷³. Para Alicia Gil, el problema en este caso no se relaciona con la prohibición de analogía sino con la *improrrogabilidad de la jurisdicción*, y en este caso el desarrollo jurisprudencial impone al legislador la necesidad de emprender una reforma legislativa necesaria, ya que su pasividad coloca a los tribunales *en atolladeros sin salida —o sin otra salida que optar por el quebrantamiento de la ley o por la impunidad—*.

En esta materia la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido también flexible. Sus criterios en este asunto están relacionados con la interpretación que se ha hecho del artículo 7 del CEDH⁷⁴, el TEDH ha dicho: «que la noción «Derecho (*law*) utili-

⁷² TIEDEMANN Klaus: «Constitución y Derecho Penal». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, Num. 33. Septiembre-Diciembre 1991, p. 160.

Distinta es la opinión de Jescheck, cuando señala: «En el actual Derecho, la prohibición de retroactividad no rige para los preceptos procesales y, por tanto, tampoco es aplicable a los presupuestos del proceso» y en cuanto a la prescripción Jescheck afirma que la jurisprudencia no aplica la prohibición de retroactividad a los plazos de prescripción. JESCHECK H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General Volumen Primero*. Bosch, Barcelona 1981, p. 186.

⁷³ CUERDA RIEZU, Antonio, JIMENEZ GARCIA, Francisco (2009): *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. GIL, Alicia (2009): «Principio de Legalidad y Crímenes Internacionales. Luces y Sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Scilingo». Tecnos, Madrid, p. 407.

⁷⁴ Artículo 7. No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o in-

zada en el art. 7 corresponde a la de «Ley», que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad»⁷⁵. Dos sentencias del TEDH citadas en el Auto del Juez Garzón confirman el criterio según el que una persona puede ser condenada por un delito definido en los principios generales del DI reconocidos por las naciones civilizadas, sin que ello vulnere el principio de legalidad⁷⁶.

De acuerdo a lo examinado, existen varias miradas para abordar el problema de la prescripción y la vigencia del principio de legalidad penal. Para los jueces chilenos la imprescriptibilidad de las violaciones graves no vulnera el principio de legalidad. A este planteamiento Fernández Pons agrega que según la jurisprudencia de los tribunales inter-

ternacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

⁷⁵ DE VICENTE MATINEZ, Rosario (2004): *El Principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 189.

⁷⁶ «Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Papon contra Francia de 15 de Noviembre de 2001 y Kalk y Kislyiy contra Estonia de 17 de Enero de 2006 apoyan la línea interpretativa que aquí se sostiene.

El artículo 7.2 del Convenio de 1950 establece que no se impedirá el juicio o condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

En el primer caso el Tribunal dice: «La Corte destaca que el párrafo segundo del artículo 7 contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión, fuese considerado criminal de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad en cuanto a crímenes contra la humanidad, respecto a los cuales la regla de que no pueden ser sujetos a limitaciones temporales fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg.» Por su parte, en el segundo caso, el TEDDHH dice: «La Corte reitera que el artículo 7.2 de la Convención contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera considerado criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en relación a lo cual la regla de que no puedan ser sujetos a limitación temporal alguna que establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg ... La Corte hace notar que, incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieran ser considerados como legales por la legislación soviética en aquel momento, han sido en todo caso calificados por los Tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de comisión.» Auto del Juzgado Central de Instrucción No 5, No 53/2008 E, de 18 de noviembre de 2008.

nacionales el principio de legalidad es flexible. Pero este análisis no estaría completo si no se desglosa el principio de legalidad distinguiendo sus contenidos procesales de los sustantivos.

Los contenidos procesales, que se relacionan con la perseguibilidad, por una parte no serían protegidos por el principio de irretroactividad de la ley penal —según la doctrina alemana—⁷⁷, ni tampoco, según la jurisprudencia examinada, su formulación requiere desarrollo normativo ya que, como ocurre con la imprescriptibilidad, ella es obligatoria por ser una norma del *ius cogens*.

A pesar que la mayoría de la jurisprudencia nacional opta por considerar, sin mayores desarrollos, que el principio de legalidad no se ve afectado, la gravedad de los hechos es un elemento que siempre se pondera, de la misma manera que se valora la impunidad que suele acompañar a esta clase de delitos.

En cuanto a la gravedad de la lesión, tanto en Chile como en Argentina, Costa Rica, Perú, Colombia y España, este elemento ha sido considerado para contribuir a la fundamentación de la penalización de este tipo de actos⁷⁸. Los jueces argentinos y de la Sala Constitucional de Costa Rica, han coincidido en reconocer que los crímenes de lesa humanidad son violaciones que lesionan la humanidad en su conjunto y cuyas secuelas perduran en el tiempo, y aunque en cierta forma sugie-

⁷⁷ Para José Cerezo Mir, la naturaleza jurídica de la prescripción es procesal, porque guarda una relación indisoluble con la aplicación del Derecho Penal. Dicho esto, afirma que, para quienes la consideran una institución de Derecho material, ella debiera regirse por el principio de la irretroactividad de las leyes penales, con la salvedad de las leyes penales favorables. En este sentido afirma: «La Convención de las Naciones Unidas de 26 de marzo de 1968 dispuso la derogación, con retroactividad absoluta, de los plazos de prescripción de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Este criterio es correcto, dada la naturaleza procesal de la prescripción y que el objeto de las leyes procesales son los actos del proceso y no los hechos delictivos enjuiciados». En este sentido, Cerezo Mir afirma que «no existe... un derecho del delincuente a que nos sean modificados los plazos de prescripción vigentes en el momento de la realización del hecho delictual, ni su ampliación antes de que hayan transcurrido afecta la seguridad jurídica». CEREZO MIR, José (2005): *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tecnos, Madrid, p. 225.

⁷⁸ Corte Suprema, Caso Chena, considerandos vigésimo sexto y vigésimo séptimo: «atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, con arreglo a los antecedentes reunidos hasta estas alturas de la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad. En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores...».

ren que si bien la imprescriptibilidad podría afectar el principio de legalidad o del debido proceso, esta afectación sería excepcional y admisible, dada la gravedad del crimen. Llegado el momento de tomar una posición sobre una ponderación de los derechos en juego, ambas jurisdicciones han optado por defender la vigencia del principio de imprescriptibilidad como norma del *ius cogens*, vigente antes de los hechos, por lo que el principio de legalidad no resultaría afectado.

No sólo la gravedad incide en el tratamiento de esta clase de crímenes, también es determinante que en su comisión sus autores hayan procurado impedir que fueran posteriormente perseguidos.

Para Kai Ambos el desarrollo del DPI no sólo ha transformado la fisonomía de la jurisdicción penal supranacional, también ha incidido en la transformación del Derecho Penal nacional. En este proceso, la combinación de los principios del DPI y la justicia nacional se articulan con un objetivo común, evitar la impunidad. La teoría de la macrocriminalidad, dice Ambos, «sirve como categoría para clasificar las violaciones de derechos humanos que pueden ser objeto del DPI»⁷⁹.

Además de la gravedad de la lesión y la impunidad inducida por sus autores, también ha de considerarse que la propia institución de la prescripción cuenta de distinta manera el tiempo necesario para que la acción penal se extinga; a mayor gravedad, mayor es el tiempo de cómputo necesario para su declaración.

La doble subsunción ha sido la técnica jurídica que los jueces de la región han utilizado a la hora de abordar el problema de la extinción de la acción penal para la persecución de violaciones graves a los derechos humanos⁸⁰.

⁷⁹ AMBOS, Kai (2006): *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons. Madrid, p. 21.

⁸⁰ En el caso de Bolivia, Elizabeth Santalla Vargas señala: «La falta de normativa interna que implemente los *crímenes de lesa humanidad* probablemente ha contribuido a que el término sea objeto de manipulación y uso indiscriminado, reforzado por la falta de su comprensión cabal...Un aspecto común en estos casos es la calificación de delitos de lesa humanidad a efectos de la aplicación del régimen de imprescriptibilidad que los comprende». Para desarrollar esta explicación, cita el Auto Constitucional 163/2005 CA, de 15 de abril de 2005, donde el TC si bien el recurso es desechado por problemas de forma, respecto la norma sobre prescripción contenida en instrumentos internacionales, ella es considerada de *aplicación preferente*, respecto a las normas nacionales. Algo similar ocurre en el Paraguay, reconoce César Alfonso: «no existen en el ámbito nacional decisiones en virtud de las cuales se haya resuelto la atribución de responsabilidad con base a las figuras de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad...conforme a las tipificaciones del Estatuto de Roma. Sí existen resoluciones de la Corte Suprema de Justicia...en las que se invocaron principios y disposiciones de derecho penal internacional como fundamento de ciertas decisiones...». Por ejemplo en el caso Napo-

En cuanto al principio de legalidad, si se acepta la regla de la imprescriptibilidad de las violaciones graves sin desarrollo normativo, entonces este principio no puede ser entendido en términos estrictos y sin que se introduzcan las distinciones que se han analizado, porque evidentemente el reconocimiento de esta condición altera su configuración, si al menos en parte su contenido se interpreta a la luz de una norma del *ius cogens*. Es la tendencia que se verifica para el tratamiento de esta clase de crímenes, sea en la jurisprudencia nacional como en la internacional.

Tanto para la amnistía como para la prescripción, queda en evidencia que el desarrollo del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario y la prolongada carencia en el desarrollo de sus obligaciones, ha ido modificando en la práctica la manera de comprender el principio de legalidad.

Cuando este desarrollo no existe, se produce la actividad jurisprudencial que se ha sistematizado. Y que, como se ha visto para el caso chileno, ha evolucionado en el tiempo, y si bien en algunas materias como las causales de extinción de la responsabilidad penal existe mayor acuerdo, otros asuntos como los que se examinarán en la parte final de este trabajo, siguen teniendo un desarrollo pendular.

2.5. Los tratados internacionales como límite a los poderes públicos en la jurisprudencia constitucional comparada

Las Cortes Constitucionales y las Salas con competencia constitucional de Latinoamérica también se han pronunciado sobre el deber de prevenir, juzgar y sancionar y han reconocido las limitaciones que se derivan de algunos tratados y que afectan a las facultades del juez, del legislador y del ejecutivo para dictar amnistías, prescripciones e indultos en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

león Ortigoza, la Corte Suprema, por vía de una acción de inconstitucionalidad señaló que el delito de tortura era imprescriptible de acuerdo al DPI, en este caso, cabe aclarar que en el momento de los hechos el delito de tortura no estaba tipificado en el derecho interno, aun así la condena no se fundamenta en el DPI. Vid: Jurisprudencia Latinoamericana...*op.cit.* pp. 82-261. El caso de Ecuador es particular en relación a lo que se ha descrito. Si bien no existe un desarrollo normativo interno del Estatuto de Roma, que fue ratificado el 5 de febrero de 2002, la Constitución, art. 23.2, señala: «Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad».

a) *El deber de prevenir juzgar y sancionar: límites al legislador*

En la jurisprudencia que se analizará enseguida, se dará seguimiento al reconocimiento de límites que derivan de tratados internacionales en materia de derechos humanos. Las sentencias han sido dictadas por tribunales que admiten la vigencia del bloque constitucional de derechos, que adhieren a la tesis de los derechos implícitos o que reconocen jerarquía constitucional para los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

i) *Límites al desarrollo legislativo del indulto y la amnistía*

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-695/02 de 28 de agosto de 2002, se refirió a la *libertad de configuración legislativa en indulto y amnistía*. Como es de sobra conocido, la Corte colombiana ha admitido la vigencia del bloque de constitucionalidad en su ordenamiento⁸¹ y este reconocimiento incide de manera contundente en los criterios que se examinarán a continuación.

La Corte desarrolló, aunque de forma indirecta, la textura de los derechos contenidos en tratados como límite a las facultades de los poderes públicos. La construcción es indirecta dado que en la Constitución de Colombia, a diferencia de la chilena, ha sido el propio constituyente el que ha limitado las facultades del legislador para dictar amnistías e indultos⁸². El fallo también relaciona esta limitación a los tratados que en esta materia ha suscrito Colombia: «si bien el Con-

⁸¹ En este sentido ha señalado: «Esta corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional —bloque de constitucionalidad *stricto sensu*—, y en relación con normas que aunque no tienen rango constitucional configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control —bloque constitucional *lato sensu*—. En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: i) el preámbulo, ii) el articulado de la Constitución, iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (Constitución Política artículo 93), iv) las leyes orgánicas y v) las leyes estatutarias». Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005.

⁸² En este caso la norma requerida por inconstitucionalidad señala: «Artículo 13. Amnistía e indulto. En ningún caso el autor o partícipe de los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser beneficiado con amnistías e indultos, ni podrán considerarse como delitos conexos con el delito político dada su condición de atroces». La parte requirente señaló a la Corte que la norma contradecía «el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual el Congreso, sin limitación alguna, puede conceder por mayoría de los dos tercios de los

greso tiene una amplia facultad para conceder amnistías e indultos por delitos políticos, tal facultad debe ejercerla con estricto respeto de la Constitución Política y los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario. De allí que cuando esta Corporación revisó la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma haya manifestado lo siguiente acerca del imperativo de cumplir los compromisos internacionales adquiridos en materia de amnistía e indulto: [...el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva...]»⁸³.

La Corte estimó que la norma se ajustaba a la Constitución y declaró su constitucionalidad.

ii) *La inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final*

En la Argentina, la reforma constitucional de 1994 asignó rango constitucional a diez tratados de derechos humanos. Pero los tribunales ya habían reconocido los límites derivados del deber de prevenir, juzgar y sancionar, incluso antes de que esos tratados adquirieran rango constitucional.

La sentencia de 9 de noviembre de 2001, del Juzgado Federal No 4⁸⁴, antes que el legislador, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de impunidad⁸⁵. La sentencia es anterior a la declaración de inconsti-

votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos generales por delitos políticos».

⁸³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005.

⁸⁴ En Causa n.º 17.889, «Incidente de apelación de Simón, Julio». Juzgado Federal N.º 4, Sección N.º 7, Reg. 19.192.

⁸⁵ «La causa se inicia el 7 de abril de 1998 con motivo de una querrela presentada por la Dra. Alcira Ríos, en representación de la Sra. Buscarita Imperi Roa, quien denunció que el día 28 de noviembre de 1978 las llamadas «fuerzas conjuntas» secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete. En esta presentación se hizo referencia a diversas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo que señalaban que el militar retirado Cefirino Landa y su esposa, Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a Claudia Victoria Poblete anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa. Por este hecho, el fiscal de la causa impulsó la acción penal para que se investigaran los acontecimientos denunciados. «Incidente de apelación de Simón, Julio» del Juzgado Federal N.º 4, Sección N.º 7 Reg. 19.192.

tucionalidad y posterior a su derogación en 1998, puesto que dicha derogación no las privó de efectos jurídicos respecto a situaciones anteriores.

Los jueces argentinos argumentaron que a la fecha en que se dictaron esas leyes (1986 y 1987) ya el Estado había ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura, de manera que esas normas ya eran derecho interno. Asimismo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados había sido ratificada en 1972. Para los jueces, el Estado no podía invocar normativa nacional para justificar el incumplimiento de las normas de tratado, que no tenían en ese momento rango constitucional sino jerarquía supralegal, como había señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema: «Así, al menos desde la fecha de incorporación de aquellos instrumentos de derechos humanos el Estado argentino se encontraba impedido de dictar normas que vedaran la posibilidad de investigar cualquier caso de lesión de bienes protegidos por esos tratados o restringieran la punibilidad de esos delitos, en violación a los deberes de «respeto» y «garantía» que ellos establecen»⁸⁶.

Los jueces alegaron que correspondía desconocer la validez de esas leyes para no generar la responsabilidad del Estado argentino. Afirmando que el legislador no podía dictar normas que se opongan a los tratados y que si ello ocurría, se alteraría el orden de supremacía de las normas. También recurrieron a la noción de crímenes de guerra y de lesa humanidad, que a juicio del tribunal eran imperativas y obligatorias independientemente de la voluntad del Estado⁸⁷.

⁸⁶ «Incidente de apelación de Simón, Julio» del Juzgado Federal N.º 4, Sección N.º 7, Reg. 19.192.

⁸⁷ El tribunal señaló: «Como se recordará, en la fecha de sanción de ambas leyes (23 de diciembre de 1986 y 4 de junio de 1987, respectivamente) el Congreso había aprobado la Convención Americana de Derechos Humanos ... el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ... y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes... A su vez, en función del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia según el cual los tratados internacionales quedan incorporados a la legislación del país a partir de su aprobación por el Congreso Nacional (Fallos 202:353), esas normas convencionales formaban parte del derecho interno.

Por otra parte, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, incorporada a nuestra legislación (en función del criterio consignado) por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972... establece en su artículo 27: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado», norma que confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno...

Sin embargo, habiéndose dictado normas de ese tenor, no corresponde aplicarlas si de tal circunstancia pudiere surgir responsabilidad para el Estado argentino, por la actividad, al menos, de uno de sus poderes soberanos. ...[y concluye]. Estos crímenes de rango

Los jueces concluyeron que a partir de la ratificación de los instrumentos internacionales, se impuso un límite al legislador para que no impida la investigación, juicio y castigo de las violaciones graves a los derechos humanos, limitación que no se relaciona con el rango de los tratados, sino con el cumplimiento de obligaciones adquiridas en el ámbito internacional.

Pese a la complejidad de los razonamientos para concluir la inconstitucionalidad de ambas normas, en esta sentencia todavía no se confronta esta declaración con otras garantías que pudieran estar en juego. Como en toda la jurisprudencia examinada, el tribunal tipificó los hechos de acuerdo al derecho nacional, y su calificación como crimen de lesa humanidad fue el antecedente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad.

b) *La improcedencia de la prescripción en el caso de crímenes de lesa humanidad*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en sentencia de 1.º de noviembre de 2000 abordó la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra. La sentencia se dictó a propósito de la consulta de constitucionalidad del proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: «La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución...». Para el tribunal costarricense, los tratados y otros instrumentos internacionales son un parámetro de constitucionalidad⁸⁸.

universal se encuentran expresamente reconocidos en nuestro orden jurídico interno por el artículo 118 de la Constitución Nacional (artículo 102 en la Carta Magna anterior a 1994), en función de la referencia al derecho de gentes que esa cláusula realiza...».

⁸⁸ «En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los «instrumentos internacionales», significando que no solamente convenios, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal es el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país...». Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en sentencia de 1.º de noviembre de 2000, Exp. 00-008325-0007-CO, Res. 2000-09685.

En cuanto al análisis de constitucionalidad del principio de imprescriptibilidad contenido en el Estatuto, la Sala recordó que ese principio ya se contenía en otra Convención que había sido ratificada, por tanto, que ya era derecho interno. Y aunque la prescripción podía ser considerada un elemento del debido proceso, en este caso se legislaba sobre crímenes graves, por tanto, su deber de persecución trasciende los intereses estatales. Con esta flexión la Corte parece insinuar que en estos casos no se aplicaría la garantía del debido proceso; sin embargo, a continuación la propia sentencia reconoce que la imprescriptibilidad de los crímenes más graves ya era una norma nacional, incluso antes de la ratificación del Estatuto⁸⁹.

c) *Limites al ejecutivo: los responsables de violaciones graves a los derechos humanos no pueden ser beneficiados con el indulto*

En 2007, y siguiendo el razonamiento aplicado en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de amnistía, la Cámara Nacional de Apelaciones de la Argentina también declaró la inconstitucionalidad de los indultos presidenciales a responsables de crímenes contra la humanidad por contravenir obligaciones asumidas a partir de la aprobación de distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁹⁰.

⁸⁹ «Partiendo de lo anterior y desde una perspectiva de análisis general del proyecto consultado, considera la Sala que el mismo no es contrario a ninguno de los parámetros de constitucionalidad cuya observancia y respeto es garantizada por este Tribunal. Por el contrario, y como se desprende de los antecedentes *supra* señalados, estima la Sala que tanto la prevención como la represión de tales delitos, ha sido y es un deber nacional respecto del cual ha existido conciencia plena aún desde antes de la suscripción del Estatuto consultado, como también desde tiempos históricos se tomó conciencia en nuestro país de la obligación de sancionar todo tipo de prácticas que sean contrarias a la dignidad humana; obligación que, sin duda alguna, ha sido asumida por el Estado costarricense no solo a nivel interno, sino también frente a la comunidad internacional, y que resulta ser, en definitiva, una manifestación ineludible del carácter democrático que debe imperar en el Estado de Derecho...», Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en sentencia de 1.º de noviembre de 2000. Exp. 00-008325-0007-CO, Res. 2000-09685.

⁹⁰ Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/1990 del Poder Ejecutivo Nacional. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en pleno. Sentencia de 25 de abril de 2007. En el mismo sentido, la resolución del juez federal Norberto Oyarbide en la causa N.º 12.652/2006—ex-n.º 2460— caratulada «Videla, Jorge Rafael s/ secuestro extorsivo» declarando la inconstitucionalidad del decreto n.º 2741/90, sentencia de 5 de diciembre de 2006.

Vid. página del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Boletín de Documentación No 27, septiembre-diciembre de 2006: http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?B=justicia%20transicional&IdCCatalogados=319

Los jueces declararon que tampoco el poder ejecutivo puede indultar esta clase de crímenes y que el Estado argentino ya estaba limitado en la época en que se dictó el indulto presidencial que favoreció a Emilio Mássera y Leopoldo Galtieri⁹¹.

La Cámara analizó la facultad del ejecutivo para dictar indultos a los hechos de *las características de los investigados en autos*. Recordó que los crímenes cometidos por los agentes del Estado en el contexto del sistema clandestino de represión implementados por la dictadura militar deben ser considerados crímenes contra la humanidad; analizó a continuación las obligaciones contraídas por el país frente a la comunidad internacional para perseguirlos y sancionarlos; y concluyó que, al momento de dictarse el indulto, en la Argentina ya existían normas de rango supralegal que permitían cuestionar la validez de esos indultos⁹².

El fallo concluyó, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, que estas convenciones suponen no sólo una obligación negativa, también una obligación positiva o de hacer, esto es: promover remedios efectivos para que si se produce una vulneración a los derechos humanos, ellas sean perseguidas.

Para el tribunal no existió aplicación retroactiva de los tratados pues el deber de investigar juzgar y sancionar se contrajo desde el momento de la ratificación de la Convención de Viena y de la CADH⁹³.

⁹¹ Sobre el deber de prevenir, juzgar y sancionar señaló, «En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en casos de vulneraciones graves a derechos fundamentales, la necesidad imperiosa de evitar la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos; y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado». Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/1990 del Poder Ejecutivo Nacional. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

⁹² El fallo reconoce que «la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1.º). Corte Suprema Argentina 7-992, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, Considerando 21.

⁹³ «En consecuencia, prescindiendo de la fecha de comisión de los crímenes contra la humanidad que se investigaron en autos, y siendo que el Estado argentino se encontraba definitivamente imposibilitado de retraer —incluso parcialmente— el poder punitivo respecto de estos hechos con anterioridad al dictado del indulto cuestionado, de ningún modo puede postularse en este caso una aplicación retroactiva de los tratados de derechos humanos mencionados. Esto es, los indultos fueron dictados con innegable posterioridad al momento en que el Estado argentino se obligó a no perdonar crímenes de esta naturaleza». Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en pleno. Sentencia de 25 de abril de 2007.

La prohibición de indultos para esta clase de ilícitos y su declaración de inconstitucionalidad, cierra el círculo de la impunidad de las violaciones graves a los derechos humanos.

d) *Nuevos derechos: el derecho a la verdad*

El Tribunal Constitucional del Perú, y pese a que se eliminó de la Constitución la norma que reconocía la jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, reconoce la vigencia del bloque de constitucionalidad en base al artículo 3 de la Constitución: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la existencia de nuevos derechos que se configuran a partir de los derechos implícitos en la Constitución y los derechos contenidos en tratados. Por este razonamiento ha reconocido el carácter fundamental del *derecho a la verdad* y además desarrolla nuevas dimensiones y contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara el derecho de los familiares de una persona detenida y desaparecida para que se investigue, juzgue y sancione a los responsables.

En cuanto al derecho a la verdad, la jurisprudencia de este tribunal ha dicho que se trata de un derecho con fisonomía propia establecido en tratados pero también implícito en la propia Constitución⁹⁴. Este derecho ha sido elaborado en el ámbito interamericano por la Corte IDH, y aunque en sus orígenes estuvo vinculado a la tutela judicial, su posterior desarrollo ha derivado en su tratamiento como un derecho autónomo⁹⁵.

⁹⁴ «Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente...». Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. N.º 2488-2002-HC/TC.

⁹⁵ En el caso «Myrna Mack Chang vs. Guatemala», la Corte IDH reiteró y advirtió al Estado demandado que garantice el proceso a nivel interno y, en consecuencia, se abs-

También la sentencia desarrolló nuevos ámbitos del derecho a la tutela judicial, que se relaciona con el derecho a la verdad, afirmando que corresponde al Estado adoptar las medidas necesarias, como por ejemplo declarar su imprescriptibilidad, porque no es aceptable que las garantías del sistema penal avalen o amparen la impunidad de esa clase de crímenes.

La sentencia añadió que en el caso de la desaparición forzada, su condición como delito permanente trae como consecuencia la legitimidad de la aplicación de normas posteriores al inicio de la ejecución del delito, puesto que el ilícito no ha concluido⁹⁶.

Para las jurisdicciones constitucionales analizadas, los derechos contenidos en tratados no sólo operan como un límite para los poderes públicos, independientemente de su jerarquía, también son vistos como un parámetro de constitucionalidad en los juicios de constitucionalidad.

Quizá lo más relevante de todo este desarrollo se refiere a la fuerza que se ha asignado a los tratados. En ausencia de normas internas, el DI ha sido uno de los pilares para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía, de los indultos y también ha sido el fundamento para declarar imprescriptible la acción penal.

tenga de recurrir a la amnistía, prescripción o excluyentes de la responsabilidad, y consideró como parte del cumplimiento de esta obligación el deber del Estado de «remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad en el presente caso; otorgar las garantías de seguridad suficientes a las autoridades judiciales, fiscales, testigos, operadores de justicia y a los familiares... y utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso». En relación al «derecho a la verdad», planteó que este derecho está en vías de desarrollo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo definió como un derecho autónomo del deber de investigar y sancionar, y lo concibió como el derecho de cualquier persona, comprendiéndose entre ellas a los familiares de las víctimas de las más graves violaciones a los derechos humanos, de conocer la verdad. «En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones».

⁹⁶ «No es posible garantizar el derecho a la verdad, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 139.3, cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de medio de protección de los derechos y de contradictor de la impunidad... Este sentido del derecho a la tutela judicial efectiva ya está previsto en el artículo 3, literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que «toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo». Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1, que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención». Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. N.º 2488-2002-HC/TC.

En los casos analizados, el origen de las obligaciones se remonta a la época de la ratificación del tratado, no al momento en que se desarrolla la norma nacional que impide la aplicación de la amnistía, el indulto y la prescripción.

Especialmente en los casos de la Argentina y de Colombia, donde el legislador posteriormente ha dictado leyes que dan alcance general a los criterios de los jueces, la jurisprudencia posterior a esta declaración es más pacífica y ha generado opiniones uniformes en esta materia.

En cuanto al principio de legalidad, por una parte la jurisprudencia sugiere la flexibilización de este principio, y por otra sostiene que no se afecta, porque esas obligaciones eran preexistentes a la época de los hechos, lo que implica aceptar una interpretación menos rígida de ese principio.

2.6. Los ámbitos en que la controversia es más activa

La inaplicabilidad de la amnistía y la prescripción a las violaciones graves a los derechos humanos ha sido ampliamente desarrollada en la jurisprudencia de tribunales latinoamericanos. También se ha limitado la posibilidad de aplicar indultos, pero esta cuestión no tiene los mismos niveles de consenso que los anteriores. De hecho, en 2007 se dictó en Chile el primer indulto presidencial —y único hasta ahora— para el responsable de un homicidio calificado, acto que no ha sido impugnado como en la Argentina, donde los tribunales superiores ya han dicho que esta clase de actos también son inconstitucionales.

Como se ha dicho, el deber de prevenir, juzgar y sancionar es un principio de naturaleza jurídica compleja, cuyos efectos invaden diversos ámbitos y derechos. Según lo examinado, ha logrado un importante desarrollo en lo que se refiere a la tutela judicial, y también ha incidido en la configuración del principio de legalidad penal.

Pero, junto a los ámbitos de mayor consenso, subsisten terrenos donde esta incidencia es más difusa y otros, de difícil solución, como lo es determinar el momento en que esta obligación es exigible para los Estados; a ellos dedicaremos este tercer apartado.

a) *La determinación de la pena*

En lo que se refiere a la pena, la sanción que se impone a los responsables de crímenes de lesa humanidad, los jueces chilenos han introducido algunos criterios que han sido calificados como la tesis de la

«justicia con clemencia»⁹⁷. Es decir, se imponen condenas que no superan los cinco años y un día de privación de libertad, lo que permite a los condenados acceder al beneficio de la libertad vigilada⁹⁸. Las condenas han sido consideradas excesivamente bajas, atendiendo a la gravedad del delito, porque hacen inoperante la *garantía de no repetición* de la que ha hablado la Corte Interamericana.

Esta tesis ha motivado que en su balance sobre la situación de los derechos humanos en el país durante 2008, el equipo de FASIC califique el año como un año de *profundas contradicciones*.

En 2007, la Corte Suprema, si bien confirmó el criterio por el cual la prescripción es una medida inaplicable a los crímenes de lesa humanidad, en cambio dio lugar, en algunos casos, a la aceptación de la atenuante especial de media prescripción que permite rebajar la pena, una vez que esta ha sido determinada. La Corte consideró que la prohibición contenida en el DI no alcanza la atenuación de la pena, que solo se referiría al *efecto extintivo de la responsabilidad penal*⁹⁹.

⁹⁷ Así lo ha dicho la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas. FASIC es una organización que presta asistencia jurídica a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y que se ha destacado en esta labor desde abril de 1975: «Es menester recordar que este acercamiento, conocimiento y utilización de ese derecho internacional por parte de los jueces chilenos es un hecho reciente de los últimos cinco años, de manera que se asoma como un fenómeno inédito en nuestra historia patria de consecuencias benéficas para la sociedad chilena... Reconocidos los avances en fallos condenatorios y en la aplicación de Derecho Internacional de los DDHH, ello no impide dar cuenta de los obstáculos y dificultades que se asoman en ese transitar positivo de esta lucha. Probablemente el escollo más importante es la adopción en la Corte Suprema de manera —exclusiva y excluyente— la tesis de la «Justicia con clemencia», que ha permitido —que bajo el falso supuesto de un principio humanitario— se rebajen sustancialmente las condenas a los violadores de los DDHH».

⁹⁸ Luciano Feldens en su trabajo sobre «A Constituição Penal a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais», analiza la existencia de mandatos constitucionales de penalización. Distingue dos posibles configuraciones de ese deber, que puede ser expreso o tácito. En cuanto a los mandatos expresos, Feldens se refiere a los mandatos que contiene la Constitución de Brasil en su artículo 5 que señala, «a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais». Otro ejemplo citado por el autor proviene de la Constitución española en el artículo 45: «Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo... 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado». FELDENS, Luciano (2005): *A Constituição Penal a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Livraria do Advogado Eitorial Ltada. Porto Alegre, pp. 80-85.

⁹⁹ En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema Rol 6525-06 señala: «Que, en cuanto a la excepción de prescripción de la acción penal invocada por la defensa del encausado, ha de tenerse en cuenta que ésta es improcedente ... de acuerdo a las reglas

El problema de la pena, del *quantum* de la sanción, es un asunto desarrollado en el Estatuto de la Corte Penal, que Chile ha ratificado en junio de 2009 y que no se tuvo a la vista al momento de las sentencias, y también es abordado en la IV Convención de Ginebra en el artículo 146, cuando señala que las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar medidas legislativas *que determinen adecuadas sanciones penales* para los responsables de infracciones graves a los convenios.

Según se desprende de las últimas condenas, para los jueces una sanción adecuada no supone necesariamente una pena de privación de libertad. Es evidente que la ausencia de desarrollo normativo para esta clase de crímenes, deja al juez un marco más amplio de actuación, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico nacional ya entrega suficientes herramientas para que, basándose en la gravedad del hecho y los bienes jurídicos en juego, pueda aplicar sanciones que se correspondan proporcionadas.

Las posibilidades de que se produzca un mayor consenso en esta materia, podría producirse desde que Chile ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional e introdujo en el ordenamiento nacional la tipificación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Evidentemente, la ley que tipifica los crímenes no podría ser aplicada a hechos anteriores a su entrada en vigencia, pero podrían fortalecer los argumentos que impiden la aplicación de la media prescripción a estos delitos.

b) *La responsabilidad civil en causas por graves violaciones a los derechos humanos*

La responsabilidad civil que se deriva de una violación grave a los derechos humanos, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal, ha sido menos elaborada en el Derecho Internacional Convencional.

del Derecho Internacional sobre imprescriptibilidad de los crímenes de esta naturaleza... Que respecto a la media prescripción, denominada también prescripción gradual, parcial o incompleta, además de lo razonado por el Juez de primera... cabe considerar, también, para declarar su concurrencia, el carácter de norma de orden público y, por ende, de aplicación obligatoria para los Jueces, que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra, por lo que en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, no se advierte ningún obstáculo constitucional, legal, de tratados internacionales ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas prescripciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal».

La mayoría de las convenciones internacionales invocadas por los jueces chilenos hacen referencia al deber de investigar y sancionar, pero no se refieren al deber de reparación. El problema se produce cuando el deber de reparación pugna con la amnistía o prescripción según aplicación de las normas civiles.

La complejidad de este asunto y los distintos principios que inspiran a la responsabilidad civil y penal, inciden para que la jurisprudencia de los tribunales chilenos sea pendular. En esta materia la discusión radica en si acaso la obligación de reparar, al igual que el deber de investigar y sancionar, se extingue por el transcurso del tiempo¹⁰⁰.

Por otra parte, las medidas de reparación impulsadas por el ejecutivo, han sido consideradas en algunos casos por los sentenciadores al momento de analizar la responsabilidad patrimonial del Estado en procesos por graves violaciones a los derechos humanos.

En lo que se refiere a la extinción de esta responsabilidad por el transcurso del tiempo, no siempre la jurisprudencia que ha dado aplicabilidad al DIDH sostiene la imprescriptibilidad de la responsabilidad extra-contractual del Estado. Se han encontrado en esta materia tres tesis que se sistematizan a continuación.

i) *La tesis de la imprescriptibilidad de la responsabilidad penal y civil en casos de delitos permanentes*

En el caso por la desaparición forzada de Manuel Edgardo Cortez Joo, los sentenciadores consideraron que, por tratarse de un delito de carácter permanente, el mismo criterio ha de aplicar a la responsabilidad civil. Concluyeron que esta acción, como la penal, no había prescrito¹⁰¹: «los referidos convenios impiden tanto la aplicación de la am-

¹⁰⁰ En este análisis es importante tener presente que a partir de la Ley 19.123 y las modificaciones comprendidas en la Ley 19.980, el Estado ha reconocido beneficios a los familiares de las víctimas de desaparición forzada y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990. Algunos beneficios son: pensión de reparación, beca de estudios, atención gratuita en salud, exención del servicio militar y algunos otros beneficios complementarios. De igual forma, a partir del Informe sobre Prisión Política y Tortura del año 2004, se concedieron otros beneficios, entre ellos: una pensión indemnizatoria no inferior a la contenida en la Ley 19.123; medidas de reparación en el ámbito de la salud, la educación y la vivienda.

¹⁰¹ Corte Suprema Rol 45-2006, sentencia de 27.06.2007: « En cuanto a la aplicación de la Ley de Amnistía, procede consignar que, atendido el ámbito temporal fijado por el decreto ley N.º 2.191, de 1978, relativo a hechos delictuosos cometidos por personas determinadas, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, habida consideración del análisis anterior, respecto al carácter permanente del delito de secuestro, debe, necesariamente, concluirse que la amnistía rige para los delitos consumados

nistía como de la prescripción respecto de delitos cometidos en caso de conflictos armados sin carácter internacional, situación que, jurídicamente, existió en Chile a partir del 11 de septiembre de 1973, como lo estima la doctrina»¹⁰², y en cuanto a la responsabilidad civil concluyen: «Que, respecto de la prescripción opuesta por la defensa ... en cuanto a que el delito de secuestro de que es víctima Manuel Edgardo Cortez Joo es de carácter permanente, no podemos sino concluir que la acción civil deducida en autos no se encuentra prescrita en los términos del artículo 2332 del Código antes citado»¹⁰³.

ii) *La tesis que, aplicando el DIDH en materia penal, respecto a la responsabilidad civil, aplica reglas civiles.*

En un proceso por la responsabilidad civil que le cabe al Estado por el homicidio de prisioneros de guerra, la Corte suprema ratificó la vigencia y aplicabilidad de las Convenciones en lo que se refiere a la responsabilidad penal¹⁰⁴, pero respecto a la responsabilidad del Estado, consideró que las limitaciones impuestas por el art. 131 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra se refieren exclusivamente a la responsabilidad penal, sin que exista norma expresa que declare la imprescriptibilidad de las acciones de contenido patrimonial o pecuniario. Por esta razón, procedió a aplicar las normas generales sobre prescripción de la responsabilidad contractual y extra-contractual contenidas en el Código Civil¹⁰⁵.

entre tales datas, de modo que la normativa invocada por la defensa de los acusados no es aplicable al caso de autos, ya que la ejecución del delito de que se trata excede los límites temporales fijados, en forma precisa, por el decreto ley N.º 2.191, de 1978».

¹⁰² *Ibidem*, considerando 23.

¹⁰³ *Ibidem*, Corte Suprema Rol 45-2006, de 27.06.2007.

¹⁰⁴ Corte Suprema Rol 5169, sentencia de 28.07.2004: «Séptimo: Que, esta Corte, determinando el sentido y alcance de los artículos 130 y 131 de la «Convención sobre el Tratamiento de Prisioneros de Guerra», de Ginebra, promulgada por el decreto supremo N.º 752, de 1950, del Ministerio de Relaciones Exteriores y relacionando estas disposiciones con el artículo 129 de la misma Convención, ha sostenido invariablemente que la prohibición, que el artículo 131 de dicho Estatuto Internacional impone a cada parte de exonerarse de responsabilidades a sí misma o a otra parte, no pudo sino referirse a las sanciones de orden penal que deben recibir las personas que pudieron cometer u ordenado cometer las infracciones graves que se enumeran en el artículo 130 de la referida Convención». En el mismo sentido, Corte Suprema Rol 1040-1999, sentencia de 15.05.2002.

¹⁰⁵ Corte Suprema Rol 5169, sentencia de 28.07.2004. En el mismo sentido, Corte Suprema Rol 1558-02 de 7 de mayo de 2003; Corte Suprema Rol 5.489-2003, sentencia de 20.01.2006.

iii) *La tesis de la incompatibilidad de la reparación del daño moral con las prestaciones establecidas en la Ley 19.123*

En un caso por indemnización del daño moral sufrido por secuestro y posterior desaparición, la Corte Suprema sostuvo, en relación a los beneficios previstos en la Ley 19.123, que: «es un principio general de derecho el que un daño que ya ha sido reparado no da lugar a indemnización, por lo que quienes impetraron, y recibieron... beneficios de dicha ley, no pueden demandar una nueva indemnización por los mismos hechos. ... Que lo razonado en los considerandos que preceden conduce necesariamente a concluir que existe incompatibilidad entre la acción indemnizatoria del daño moral invocada por los actores y la pensión de reparación y demás beneficios de la ley N.º 19.123...»¹⁰⁶.

Un criterio similar sostuvo la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. En este caso la Corte consideró que el Estado había dado cumplimiento a este deber a través de los distintos beneficios que el Estado había concedido en este y otros casos análogos¹⁰⁷.

Existe abundante y reiterada jurisprudencia de la Corte IDH que sostiene que el deber de reparar graves violaciones a los derechos humanos comprende naturalmente el deber de reparar el daño, que tampoco

¹⁰⁶ Corte Suprema, Rol 1963-2005 de 11.10.2006.

En el mismo sentido, Corte Suprema Rol 1040-1999, sentencia de 15.05.02.

¹⁰⁷ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, párrafos 138 y 161: «En el capítulo de Hechos Probados, este Tribunal tuvo como demostrado que Chile, a partir del retorno a la democracia, ha llevado adelante una política de reparaciones por las violaciones perpetradas durante el período de dictadura militar. Esta política ha beneficiado a las víctimas sobrevivientes y a los familiares de las víctimas fallecidas o desaparecidas, y ha buscado la reconciliación nacional. La Corte celebra los pasos dados por el Estado y resalta el trabajo de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura... Asimismo, es un hecho no controvertido que los familiares del señor Almonacid Arellano se beneficiaron de esta política de reparación estatal... la Corte valora positivamente la política de reparación de violaciones a derechos humanos adelantada por el Estado ... dentro de la cual la señora Gómez Olivares y sus hijos recibieron aproximadamente la cantidad de US\$ 98.000,00 (noventa y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), más beneficios educacionales correspondientes aproximadamente a US\$ 12.180,00 (doce mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América). Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal considera no ordenar el pago de una compensación económica por concepto de daño inmaterial, debido a que estima, como lo ha hecho en otros casos, que esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación, y que las medidas que se detallan en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia constituyen una debida reparación en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana».

podrá estar sujeto a limitaciones, tal y como ocurre con la responsabilidad penal¹⁰⁸.

En esta materia, se pone en evidencia que no pueden seguir existiendo esta clase de contradicciones. En algunos casos niegan y en otros reconocen derechos; así como se han producido avances en lo que se refiere a la responsabilidad penal, en materia civil deberían darse pasos similares para unificar criterios. En este sentido, también es importante que los jueces valoren los esfuerzos del Estado para reparar el daño, conforme a los criterios que para esta materia ha desarrollado la Corte IDH. En mi opinión, las reparaciones que se establezcan en estos casos, deben considerar otros resarcimientos recibidos por las víctimas.

c) *Los problemas en España: crímenes del franquismo y tutela judicial efectiva*

El Juez Baltasar Garzón de la Audiencia Nacional inició una polémica investigación a raíz de distintas denuncias presentadas por Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica, por «presuntos delitos de detención ilegal basadas en los hechos que se describen en las mismas, fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español»¹⁰⁹.

Luego que la Audiencia diera lugar a varias diligencias, después de casi dos años de investigación, el Juez Garzón declaró extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento, entre otros, de Francisco Franco Bahamonde, y acordó su inhibición en la causa en favor de los Tribunales de Instrucción de las localidades donde se encuentren ubicadas las fosas de las víctimas. Antes de esta resolución, el 7 de noviembre de 2008, ya la Sala Penal en Pleno de la Audiencia Nacional había ordenado la paralización de todas las actuaciones en la causa y, poste-

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*: «La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno. Considerando 136.

¹⁰⁹ Auto del Juzgado Central de Instrucción No 5, No 53/2008 E, de 18 de noviembre de 2008.

riormente, el 2 de diciembre de ese mismo año, la Sala Penal declaró la *falta de competencia objetiva* del Juez y dejó sin efecto incluso el Auto de 18 de noviembre de 2008.

Abundando en la polémica, recientemente la Sala Penal del Tribunal Supremo español ha admitido a trámite una denuncia por prevaricación en contra el titular del Juzgado de Instrucción No 5, por haber admitido a trámite la denuncia en contra de estos crímenes vulnerando reglas de competencia.

La investigación del Juez Garzón fue realizada con la oposición del Ministerio Fiscal, que alegó su incompetencia para conocer de los hechos.

La discusión que se ha abierto a propósito de las actuaciones del Magistrado Garzón tiene conexión con lo ya analizado en este trabajo, aunque es importante aclarar que existen diferencias importantes. Además de la discusión del fondo, se han planteado otros asuntos que tienen que ver con la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de estos crímenes y que escapa a nuestro objeto de estudio. Es también conveniente aclarar que el debate a propósito de las actuaciones del Juez Garzón, y que han dado lugar a la denuncia por prevaricación, se relaciona además con la competencia objetiva de la Audiencia Nacional para conocer de los hechos.

En lo que interesa ahora, los temas de fondo que han alimentado esta polémica se producen a propósito del valor de las leyes de amnistía y la imprescriptibilidad de las violaciones graves a los derechos humanos y su vigencia a la época en que ocurrieron los crímenes.

Ocurre que en este caso, a diferencia de lo que se ha examinado, la brecha en el tiempo que separa la época en que ocurrieron los hechos, a partir de 1936 dice el Auto del juez Garzón, es mucho más extensa que lo que se ha analizado en los casos latinoamericanos. Y uno de los puntos de mayor controversia con el Fiscal ha sido precisamente determinar si acaso en la época de los hechos existía o no la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad y el deber de investigarlos y sancionarlos. Esta polémica invocó el Ministerio Fiscal para considerar que los hechos no podían ser investigados por la Audiencia Nacional.

El Ministerio Fiscal señaló que los crímenes contra la humanidad sólo se introducen en España en 2004 en el artículo 137 bis, ahora artículos 607 y 607 bis, pero el juez sostiene que se trata de una figura preexistente, obligatoria independientemente de su regulación legislativa. En este sentido, agrega el juez Garzón, «la ratificación en 1900 de las convenciones de La Haya (Cláusula Martens) ponían a España, según los artículos 7 y 65 de la Constitución Española citados, en el camino de

obligatoriedad de cumplimiento y conciencia de que los crímenes con los que se dio inicio y continuó la Guerra Civil y los posteriores, guiados por la misma finalidad preconcebida de exterminio de una parte de la población española por razones ideológicas a través del asesinato, la detención-desaparición y torturas, integraban crímenes sancionables y perfectamente respetuosos con el principio *nullum crimen sine lege internacional*»¹¹⁰.

El juez distingue entre el principio de legalidad nacional e internacional, procediendo aplicar el último en los casos por crímenes contra la humanidad. Para el Juez Garzón, la vigencia internacional de la imprescriptibilidad y la imposibilidad de aplicar amnistías tiene su origen en el Estatuto de los Tribunales de Nuremberg, que aunque fue redactado en 1945 establecía un límite temporal para los hechos que podía conocer, y que fijaba a partir del 30 de enero de 1933, es decir, que cubría el período en que ocurrieron los crímenes del franquismo.

Este debate plantea un asunto nuevo, si se compara con los casos latinoamericanos, ya que se adentra en los orígenes del deber. En el ámbito latinoamericano los hechos graves que han conocido los jueces son muy posteriores a Nuremberg y a la Convención sobre imprescriptibilidad; en el Auto del Juez Garzón es necesario un esfuerzo adicional para probar la vigencia del deber de prevenir juzgar y sancionar, no sólo en el ámbito internacional sino también en el nacional¹¹¹.

¹¹⁰ Auto del Juzgado Central de Instrucción No 5, No 53/2008 E, de 18 de noviembre de 2008, p. 25.

¹¹¹ Alicia Gil analiza las distintas argumentaciones desarrolladas por el Magistrado de la Audiencia Nacional. Afirma que ni la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad es correcta ni su imprescriptibilidad en el ámbito nacional e internacional puede afirmarse como norma a la época de los hechos y, por tanto, que al declarar su imprescriptibilidad conforme a las normas actuales, se está violando el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Para Alicia Gil, probablemente el Juez Garzón era consciente de esta situación y por ello afirma la imprescriptibilidad de los crímenes ocurridos durante la guerra civil en el hecho de tratarse a la desaparición forzada como un delito permanente y por tanto que el plazo no empieza sino hasta que aparecen los restos de la víctima. La principal crítica a esta argumentación reside en la interpretación de la *detención ilegal agravada por no dar razón del paradero o la suerte*, dado que este tipo, que no sería aplicable a este caso, busca proteger al detenido, y que el ilícito cesa desde el momento de su libertad o desde su muerte, tesis que también sostiene el Fiscal, para quien se trata de delitos de asesinato y no de desaparición forzada. En definitiva, para la profesora Gil no es viable hoy en día la persecución penal de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, y considera que la finalidad perseguida por el Magistrado intenta forzar un desarrollo legislativo que, considera, sería preferible que fuera asumido por las ONGs u otros entes y *no por un juez, por respeto a la división de los poderes que rige el Estado constitucional y democrático de Derecho*. Vid: Gil, Alicia: *La justicia de transición en España...*, op. cit.

Es relevante la sintonía entre los planteamientos que se contienen en este auto con los criterios que se han analizado para el caso chileno, pero también es justo reconocer la brecha histórica que separa los hechos de su posible juzgamiento, es mayor. En el caso español, la discusión tiene otras complejidades porque se trata de determinar el surgimiento de este deber, para establecer si es aplicable a hechos ocurridos precisamente cuando esa norma estaba en construcción.

Todos los desarrollos legislativos habidos en España desde mucho antes que en Chile, no han sido suficientes para resolver este problema, porque son muy posteriores al desarrollo del deber, y no queda claro que en esa época fueran obligatorias y dieran origen a las obligaciones que se detallan en el Auto del Juez Garzón.

Dicho esto, en este complejo problema opino que conforme lo examinado, en este caso también es aplicable la lógica que se analizó sobre el principio de legalidad y las reglas sobre su perseguibilidad. A estas últimas no alcanzaría el principio de irretroactividad ni tampoco, según la jurisprudencia latinoamericana, exigirían desarrollo legal para su aplicación, especialmente porque las violaciones graves a los derechos humanos ocurren en contextos de impunidad.

En el caso español se pone de manifiesto que existe un problema que está siendo abordado de forma tardía, a diferencia de las transiciones latinoamericanas donde este asunto surgió casi de manera simultánea al retorno de la democracia.

En este sentido, no parece aceptable que el hecho de que España no ratificara el CEDH hasta 1979 y no se incorporara al sistema de Naciones Unidas hasta 1955, sea una razón para excusarse del respeto de estas normas y sea un argumento para la defensa de la impunidad. Precisamente porque el contexto en que estas violaciones se producen se caracteriza por la ausencia de mecanismos de resguardo de los derechos más fundamentales ante la violencia institucional, es frente a esta impunidad fáctica y jurídica que adquieren relevancia las normas internacionales que combaten la impunidad.

Paradójicamente, la justicia española ha sido fundamental en el impulso del deber de investigar y sancionar violaciones graves a los derechos humanos en Chile, Argentina y otros países. Tan relevante ha sido su actuación que, en el momento de la detención de Pinochet, una de las críticas a la actuación de la Audiencia Nacional era que se actuaba contra dictadores sudamericanos y no se investigaba los hechos ocurridos en España.

De lo examinado hasta ahora, puede concluirse que en esa época el deber de prevenir, juzgar y sancionar era un principio en construcción, no tenía los caracteres que se le atribuyen hoy. No obstante, el hecho

que la norma estuviera en formación es insuficiente para descartar su vigencia y aplicación en España: por el contexto existente a la época de los crímenes —la macrocriminalidad—; por la no aplicación del principio de irretroactividad a los contenidos procesales del principio de legalidad y por la experiencia de Nuremberg, que marca el surgimiento del deber.

Si a partir de 1945 fueron juzgados los criminales de guerra nazi por delitos ocurridos desde 1936 —invocando la Convención de la Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929—, existen precedentes, ratificados también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que confirman la inaplicabilidad de la amnistía y la prescripción en la época de los hechos.

La delimitación del surgimiento de este deber, ha sido una tarea evidentemente jurisprudencial. Desde que este deber irrumpe en los ordenamientos internos han sido los jueces los responsables de su desarrollo, mucho antes que el legislador.

He leído varias de las opiniones críticas que se han planteado respecto al juzgamiento de los crímenes del franquismo en España y he llegado a la convicción de que si estos hechos llegan a ser conocidos por el TEDH, el Tribunal ordenará que sigan adelante con las investigaciones. El poder judicial español tiene en sus manos resolver los problemas que se han planteado de manera coherente con los criterios que ha aplicado en los casos que ha conocido ejerciendo el principio de jurisdicción universal.

Además, si en otros casos el Tribunal Supremo ha avalado la tesis del enjuiciamiento de responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, como el caso Pinochet y el caso Scilingo, por dar algunos ejemplos; si cuando ha extendido su jurisdicción a estos hechos ha invocado los tratados de los que España es parte y el *ius cogens* internacional, el mismo criterio debería aplicar para el enjuiciamiento de las violaciones graves que han ocurrido en su territorio.

Es correcto admitir que en la época en que ocurrieron estos crímenes el deber de investigarlos y sancionarlos estaba en formación, pero no es menos cierto que han sido los tribunales internacionales y los jueces nacionales los que le han dado vida. Es imposible definir con certeza cuándo surge esta obligación, pero en el ámbito europeo su origen es menos difuso, al menos desde los Tribunales de Nuremberg.

Los delitos cometidos durante la dictadura del general Franco eran graves en la época en que ocurrieron, las ejecuciones extralegales y desapariciones forzadas, aunque no definidas en el Código Penal, ya eran un delito tipificado —bajo otros tipos— en la época de los hechos.

Si como ha dicho la jurisprudencia alemana, los jueces latinoamericanos y en algunas ocasiones el propio TSE, a los contenidos procesales

del principio de legalidad no se aplica el principio de irretroactividad de la ley penal, y sus alcances pueden ser definidos a partir de los tratados y el *ius cogens*, no se ve cómo ni de qué manera estas conclusiones no podrían ser aplicables al caso español.

Es cierto que las nuevas perspectivas del principio de legalidad se alejan de una visión estricta de dicho principio, pero sus nuevos contenidos se han consolidado en los ordenamientos nacionales y no se ve la razón para que los hechos ocurridos en España escapen de estos nuevos desarrollos.

Tal y como ocurre con la globalización económica —los problemas y desafíos que ella ha planteado—, en el ámbito de la justicia esos mismos desarrollos necesariamente han de tener lugar, porque se trata de un modelo en construcción.

2.7. A modo de cierre: la naturaleza jurídica del deber de investigar y juzgar

Según lo examinado, en parte este deber se relaciona con la tutela judicial, pero el deber de prevenir, juzgar y sancionar, es algo más que la tutela judicial, también incide en el deber de sancionar o castigar estos hechos y, hasta el momento, en la jurisprudencia se entiende que las limitaciones que impone se relacionan con las causales de extinción de la responsabilidad penal y menos con el *quantum* de la pena.

Visto que el efecto más concreto del deber de prevenir y juzgar ha impedido que la amnistía y la prescripción sean aplicadas por los jueces a casos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extralegales, no cabe más que reconocer que este deber ha reforzado el derecho a la tutela judicial dotándole de nuevos alcances.

En este sentido, es especialmente valiosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que, dando seguimiento a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha desarrollado un criterio que es importante traer a este análisis, y que fortalece la tesis de su incidencia en la tutela judicial.

En los procesos seguido ante el TCE —STC: 34/2008, 52/2008, 123/2008, 224/2007—, donde se ha alegado la vulneración del derecho a la tutela judicial en relación a decisiones que ordenan el sobreesamiento de causas penales por delito de tortura, el Tribunal Constitucional español ha dicho: «siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría... Martínez Sala y otros c. España...) que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia

haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se «ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial»... Del mismo modo, y en relación con lo anterior, también ha señalado en la misma Sentencia que en estos casos «el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE».

Si la prohibición de la tortura exige al órgano judicial extremar los cuidados y la diligencia para esclarecer los hechos, con menos razón podrá aplicar la amnistía o la prescripción. La amnistía, si además fue dictada por un poder que concentraba los poderes ejecutivo, legislativo y constituyente; la prescripción, si esos hechos no pudieron ser investigados porque no existía un Estado de Derecho que garantizara la independencia del poder judicial.

La relación entre el deber de prevenir, juzgar y sancionar y la tutela judicial efectiva es el argumento que viene a cerrar este trabajo, sin dejar de tener presente que este deber, cuando buena parte de los Estados han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, va a seguir expandiendo sus efectos en distintos derechos y principios. Es sobre estas cuestiones que se debe seguir trabajando.

Conclusiones

El deber de prevenir, juzgar y sancionar violaciones graves es un principio internacional de naturaleza compleja, que ha generado problemas y tensiones en su aplicación por múltiples razones.

El desarrollo del deber de juzgar y sancionar ha impulsado una redefinición del principio de legalidad en lo que se refiere a la perseguibilidad de estos delitos. Según la jurisprudencia y la doctrina comparada, la perseguibilidad de los hechos graves se regiría por normas procesales a las que no se aplica el principio de irretroactividad de la ley penal (que sólo alcanza a la definición del delito y la pena).

La práctica jurisprudencial indica que estas normas son desarrolladas en el ámbito del DI y aplicadas directamente en el Derecho interno, sin que en ninguno de los casos expuestos el principio de legalidad se vea afectado.

La complejidad derivada de la aplicación de este deber no sólo se produce en Chile, sino que se produce en todos los países donde se ha discutido sobre la manera o procedencia del enjuiciamiento de hechos graves ocurridos en el pasado, especialmente cuando se ha visto comprometida la responsabilidad del Estado. Así ocurre en España con los crímenes del franquismo.

El fortalecimiento de la tutela judicial en casos de graves violaciones a los derechos humanos se relaciona con la gravedad del ilícito, su contexto, la invocación de normativa extraordinaria, la impunidad fáctica y jurídica que encubrió los crímenes, es decir, la ausencia de un Estado de Derecho.

Es en el Derecho Internacional donde más se han desarrollado las normas que obligan al enjuiciamiento de estos actos, y más recientemente algunos ordenamientos han comenzado a incluir normas que tipifican delitos y hacen operativo el deber de persecución. Dicho esto, a pesar de que en ordenamientos como el chileno no se desarrollen este

tipo de normas, el Derecho Internacional ha sido la base a partir de la cual los jueces han dado cumplimiento a esa obligación. El Derecho Penal Internacional ha transformado la manera de comprender principios clásicos como el de legalidad en materia penal, y ello ha dado lugar a un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que va por delante del desarrollo normativo del deber.

La ausencia de normas que limiten la amnistía y la prescripción propicia las tensiones entre el deber de juzgar y sancionar y el principio de legalidad. Si esas leyes existieran desde el momento en que se contrajeron las obligaciones internacionales, no se habrían producido los problemas que se han examinado en este trabajo.

Un análisis detallado del desarrollo de este deber en el ordenamiento nacional, permite valorar lo determinante que ha sido su desarrollo y los problemas que ello ha acarreado. Todo nuevo derecho o su nuevo alcance, si nos referimos a la tutela judicial, necesariamente debe ir acompañado de tensiones con otros principios y el deber de prevenir, juzgar y sancionar no es la excepción. Todo su desarrollo doctrinario y jurisprudencial lo demuestra, su aplicación viene a fortalecer la tutela judicial en caso de violaciones graves a los derechos humanos, mientras que en otros ámbitos, su incidencia todavía requiere mayor desarrollo. Es en estos que es necesaria la intervención del legislador.

Bibliografía

- AMBOS Kai, MALARINO Ezequiel, ELSER Gisela Editores (2008): *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.
- AMBOS, Kai (2006): *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons. Madrid, pp. 21.
- AMBOS, Kai (1999): «Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Criminal Law Forum* 10. Vid. http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Person/doc/voe_Principios_Generales.doc
- BASCUÑÁN, Antonio (2008): «Derechos Fundamentales y Derecho Penal». disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/sbascunan.pdf>.
- BOLETÍN DE DOCUMENTACIÓN, n.º 27 Septiembre-Diciembre (2006). II. Argentina y su transición a la democracia: procesos de verdad y justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España formato electrónico: http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=112&IdCCatalogados=319
- BUSTOS, Juan (2007): «Inadmisibilidad de Autoamnistías en el Derecho Penal. *Gaceta Jurídica* (Año 2007/No 326/ Agosto) pp.7-23.
- CEREZO MIR, José (2005): *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tecnos, Madrid.
- COLLIER, Simon, SATER, William F. (1998): *Historia de Chile 1808-1994*. The Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge.
- CUERDA RIEZU, Antonio, JIMENEZ GARCIA, Francisco (2009): *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. GIL GIL, Alicia. «Principio de Legalidad y Crímenes Internacionales. Luces y Sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Scilingo». Tecnos, Madrid.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2004): *El Principio de Legalidad Penal*. Tirant lo blanch, Valencia.
- FELDENS, Luciano (2005): *A Constituição Penal a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Livraria do Advogado Eitorial Ltada. Porto Alegre, Brasil.
- FERNANDEZ PONS, Xavier (2002): «El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo». *Revista electrónica de estudios internacionales*. Disponible en <http://www.reei.org/reei5/reei.5.htm>.

- GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier. Barcelona.
- GIL GIL, Alicia (2009). *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*. Comares S. L. Granada.
- GUATEMALA, MEMORIA DEL SILENCIO (1998). Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Impresión Litoprint, Guatemala.
- INFORME PAÍS 1985. «Los Derechos Humanos y su Protección en el Sistema Normativo de Chile». Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos
- JESCHECK, H.H. (1981): *Tratado de Derecho Penal. Parte General Volumen Primero*. Bosch, Barcelona.
- MATUS, A., Jean Pierre (2006): «Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía». *Ius et Praxis*. Vol.12, no.1.
- NOGUERIRA, Humberto (2007): «La Dignidad Humana, los Derechos Fundamentales, el Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales y sus garantías Jurisdiccionales», *Gaceta Jurídica*, (Santiago de Chile abril No 322).
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1989): «El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)». *Revista General de Derecho*. Madrid.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1999): *La apertura constitucional al Derecho Internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- SANCHEZ LEGIDO, Ángel (2004): *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Ed. Tiran lo Blanch, Valencia.
- TAPIA, María Isabel (2003): *La prescripción*. Dikynson S.L.. Madrid.
- TIEDEMANN, Klaus (1991): «Constitución y Derecho Penal». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, Num. 33. Septiembre-Diciembre 1991, p. 160.
- VAN WEEZEL, Alex (2007): «Inadmisibilidad de las “leyes interpretativas” in malam partem en Materia Penal». *Gaceta Jurídica* (No 323/ Mayo), pp. 14-30.

Jurisprudencia

Consejos de Guerra

1. Rol 57-74.^a, sentencia de 25 de abril de 1974, Consejo de Guerra de Valparaíso.
2. Rol 6-73, sentencia de 28 de noviembre de 1974, Consejo de Guerra de San Fernando.

Tribunales superiores: Corte Suprema

3. Sentencia de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1955, «Caso de los barcos daneses». Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Tomo LII, enero abril de 1955, Segunda Parte, Sección Primera.
4. Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 1959. Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Tomo LVI, enero abril de 1959.
5. Sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 1975, Revista Fallos del Mes año XVI, marzo abril de 1975, p. 91.
6. Rol 5056-91, sentencia de 3 de diciembre de 1991.
7. Rol 63.148, sentencia de 2 de junio de 1992.
8. Rol 4771, sentencia de 19 de noviembre de 1993.
9. Rol 30751-94, sentencia de 16 de noviembre de 1994.
10. Rol 5.566, sentencia de 26 de octubre de 1995.
11. Rol 3.831-97, sentencia de 8 de junio de 1998.
12. Rol 469-98, sentencia de 9 de septiembre de 1998.
13. Rol 28-97, sentencia de 20 de agosto de 1998.
14. Rol 614-97, sentencia de 8 de septiembre de 1998.
15. Rol 2725-96, sentencia de 11 de marzo de 1998.
16. Rol 973-97, sentencia de 19 de agosto de 1998.
17. Rol 614-97, sentencia de 8 de septiembre de 1998.
18. Rol 1040-1999, sentencia de 15 de mayo de 2002.
19. Rol 4135, sentencia de 20 de noviembre de 2002.
20. Rol 4054-2001, sentencia de 31 de enero de 2003.
21. Rol 1558-02, sentencia de 7 de mayo de 2003.
22. Rol 2505-02, sentencia de 11 de noviembre de 2003.
23. Rol 4053, de 31 de enero de 2003.
24. Rol 1.234, sentencia 15 de abril de 2003.
25. Rol 2.246-03, sentencia de 25 de noviembre de 2004.
26. Rol 5169, sentencia de 28 de julio de 2004.
27. Rol 517-04, sentencia de 17 de noviembre de 2004.
28. Rol 3925-2005, sentencia de 5 de septiembre de 2005.
29. Rol 695-2003, sentencia de 22 de diciembre de 2005
30. Rol 457-02, sentencia de 4 de agosto de 2005.
31. Rol 4622.02, sentencia de 29 de marzo de 2005.
32. Rol 5212-2005, sentencia de 4 de enero de 2006.
33. Rol 5.489-2003 sentencia de 20 de enero de 2006.
34. Rol 1963-2005 de 11 de octubre de 2006.
35. Rol 559-04 sentencia de 13 de diciembre de 2006.
36. Rol 3808-07, sentencia de 30 de julio de 2007.
37. Rol 6525-06 sentencia de 5 de septiembre de 2007.
38. Rol 2.370, sentencia de 11 de octubre de 2007.
39. Rol 45-2006, sentencia de 27 de junio de 2007.
40. Rol 6.528-06, de 22 de agosto de 2007.
41. Rol 45-2006, sentencia de 27 de junio de 2007.
42. Rol 516-07 sentencia de 10 de octubre de 2007.

43. Rol 3125-04, sentencia de 13 de marzo de 2007.
44. Rol 45-2006 sentencia de 27 de junio de 2007.
45. Rol 6188-06 sentencia de 13 de noviembre de 2007.

Tribunales superiores: Corte de Apelaciones

46. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 30.274-9, sentencia de 11 de febrero de 1991.
47. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 639-91, sentencia de 30 de enero de 1991.
48. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 13.597-1994, de 26 de septiembre de 1994.
49. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 14.281-06, sentencia de 18 de octubre de 2007.
50. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 13.447-2006, sentencia de 13.11.2007.
51. Corte de Apelaciones Rol 7668-06, sentencia de 16 de agosto de 2007.
52. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 11801-06, de 18 de diciembre de 2007.
53. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 1579-07, sentencia de 18 de diciembre de 2007.
54. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 3806-06, sentencia de 27 de julio de 2007.
55. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 6083, sentencia de 3 de agosto de 2007, confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema el 23 de enero de 2008.
56. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 13.447-06, sentencia de 10 de enero de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

57. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Serie C No. 4. Sentencia de 29 de julio de 1988.
58. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Serie C No.70. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
59. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Serie C No. 75. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
60. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Serie C No. 101. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
61. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Serie C No. 105. Sentencia de 29 de abril de 2004.
62. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Serie C No. 154. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Jurisprudencia comparada

63. Argentina: Causa n.º 17.889 «Incidente de apelación de Simón, Julio». Juzgado Federal N.º 4, Sección N.º 7, Reg. 19.192. Caso Arancibia Clavel, causa n.º 259 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Argentina el 24 de agosto de 2004. Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/1990 del Poder Ejecutivo Nacional. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sentencia de 25 de abril de 2007. Resolución del juez federal Norberto Oyarbide en la causa N.º 12.652/2006 —ex-n.º 2460— caratulada «Videla, Jorge Rafael s/secuestro extorsivo».
64. Colombia. Corte Constitucional: T-02.8.5.1992; C-069-94; C-148-05; C-695-02.
65. Costa Rica. Sala Constitucional: No 3435-92, No 3805-92. Exp. 00-008325-0007-CO, Res. 2000-09685
66. España. Tribunal Constitucional: STC 22/1981; STC 64/1991; STC 61/111; STC 84/1989; 36/1991; STC 22/1981; STC 45/1988; STC 108/1984; STC 47/1987; STC 145/1988; STC 237/2005; STC 1707/2001; STC 34/2008; STC 52/2008; STC 123/2008; STC 259/2007; STC 224/2007; STC 237/2005.
Corte Suprema: Caso Scilingo, sentencia 798/2007.
Audiencia Nacional: Auto del Juzgado Central de Instrucción No 5, No 53/2008 E, de 18 de noviembre de 2008;
- Perú. Tribunal Constitucional: sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. N.º 2488-2002-HC/TC; sentencia de 3 de enero de 2003, EXP. N.º 010-2002-AI/TCLIMA.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 62

El deber de prevenir juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos ha tenido un desarrollo progresivo y ha incidido en algunos derechos y principios reconocidos en la Constitución. En la experiencia latinoamericana, el enjuiciamiento de estos hechos encuentra dos obstáculos comunes: la amnistía y la prescripción, cuya aplicación ha sido limitada en la medida que las transiciones a la democracia se van consolidando. Dicho esto, por otra parte subsisten problemas como la delimitación de su vigencia y obligatoriedad, y criterios pendulares en relación a la reparación y a la pena.

Liliana Galdámez Zelada es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. En Chile, ha colaborado con organismos no gubernamentales en la defensa y la promoción de los Derechos Humanos. Ha trabajado como Observadora en la Misión de Naciones Unidas en Guatemala, MINUGUA, y se ha desempeñado como consultora en distintas agencias del sistema de Naciones Unidas en Ecuador. En la actualidad, trabaja como consultora en la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Santiago de Chile.



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA ETA HERRI
ADMINISTRAZIO SAILA
Justizia Sailburuordetza
Giza Eskubideen Zuzendaritza

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Viceconsejería de Justicia
Dirección de Derechos Humanos

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto