INFORME DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ESTUDIAR LA PROCEDENCIA DE LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL DEDUCIDA EN CONTRA DE LOS MINISTROS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, SEÑORES HUGO DOLMESTCH URRA, MANUEL VALDERRAMA REBOLLEDO Y CARLOS KÜNSEMÜLLER LEOBENFELDER.

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional referida en el epígrafe, pasa a emitir su informe, que contiene las actuaciones y diligencias practicadas; una síntesis de la acusación, de los hechos que le sirven de base y de las infracciones que se imputan en ella; una relación de la defensa de los acusados; un examen de los hechos y las consideraciones de derecho, y las resoluciones adoptadas por la Comisión, todo ello, según mandata el inciso segundo del artículo 41, de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918 del Congreso Nacional, e inciso segundo del artículo 333 del reglamento de la Cámara de Diputados.

I.-ACTUACIONES Y DILIGENCIAS PRACTICADAS.

I. Presentación de la acusación.

Por oficio N° 14.164 del Secretario General de la Cámara de Diputados, de 23 de agosto de 2018, se comunica que en sesión 63ª, celebrada por la Corporación de esa fecha, se dio cuenta de la acusación constitucional en informe, presentada por las diputadas señoras Marcela Hernando Pérez, Carmen Hertz Cadíz y Alejandra Sepúlveda Orbenes y diputados señores Gabriel Boric Font, Ricardo Celis Araya, Miguel Crispi Serrano, Tomás Hirsch Goldschmidt, Jaime Naranjo Ortiz, Daniel Nuñez Arancibia y Raúl Soto Mardones, en contra de los Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hugo Dolmestch Urra, Manuel Valderrama Rebolledo y Carlos Künsemüller Leobenfelder, lo anterior conforme lo expuesto en el artículo 52 N° 2, letra c) de la Constitución Política de la República, y 37 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918 del Congreso Nacional, esto es, “por notable abandono de sus deberes”.

II. Integración de la Comisión.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley Nº 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la Corporación sorteó como integrantes de la Comisión encargada de informar sobre la procedencia o no de la acusación, a las diputadas señoras Natalia Castillo Muñoz y Carolina Marzán Pinto y a los diputados señores Leonardo Soto Ferrada, Renzo Trisotti Martínez y Esteban Velasquez Nuñez.

En cumplimiento de la citada disposición, la Comisión fue convocada por la Presidenta de la Cámara de Diputados, señora Maya Fernández Allende para que procediera a constituirse, lo que hizo el 23 de agosto recién pasado, y eligió como su Presidente, por unanimidad, al diputado señor **LEONARDO SOTO FERRADA.**

III. Notificación.

Conforme con el artículo 39 de la misma ley, los afectados con la acusación deben ser notificados, personalmente o por cédula, por el Secretario de la Cámara de Diputados o por el funcionario que éste designe, dentro de tercero día contado desde que se dé cuenta de la acusación, debiendo entregárseles copia íntegra de la acusación a él, o a una persona adulta de su domicilio o residencia.

El día lunes 27 de agosto del año en curso, se procedió a notificar por cedula ante el Secretario de la Corte Suprema, don Jorge Sáez ,en su despacho, la acusación constitucional a cada uno de los tres Ministros de la Excma. Corte Suprema, señores Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller.

IV. <u>Defensa de los afectados por la acusación.</u>

La misma disposición legal señala que los afectados pueden, dentro de décimo día de notificados, concurrir a la Comisión a hacer su defensa personalmente o presentarla por escrito.

Cabe hacer presente que cada uno de los señores ministros afectados presentó su defensa individualmente.

Se consigna que los Ministros de la Excma. Corte Suprema, señores Hugo Dolmestch Urra, Manuel Valderrama Rebolledo y Carlos Künsemüller Leobenfelder presentaron su defensa por escrito, dentro de plazo legal, esto es el viernes 7 de septiembre del año en curso.

En representación del Ministro señor Carlos Künsemüller, concurrió a exponer ante esta Comisión el abogado señor Alfredo Etcheberry Orthusteguy, con patrocinio y poder autorizado debidamente por el señor Secretario General de la Corporación, el 3 de septiembre del año en curso.

Asimismo, en representación del Ministro señor Manuel Valderrama asistió a exponer ante esta Comisión el abogado señor Jorge Correa Sutil, acompañado del abogado don Carlos Zambrano Jechan, con patrocinio y poder autorizado debidamente por el señor Secretario General de la Corporación, el 5 de septiembre del año en curso.

De igual forma, en representación del Ministro señor Hugo Dolmestch Urra expuso ante esta Comisión el abogado señor Davor Harasic Yaksic, acompañado de la abogada doña Natalia Barros Daher, con patrocinio y poder autorizado debidamente por el señor Secretario General de la Corporación, el 6 de septiembre del año en curso.

V. <u>Sesiones celebradas.</u>

La Comisión celebró diez sesiones, incluida la constitutiva.

En la última de ellas, se dedicó a analizar y debatir los hechos y las consideraciones de derecho, y se pronunció sobre la recomendación de aprobar o rechazar la admisibilidad de la acusación.

Actuó como abogado secretario de la Comisión el señor Álvaro Halabi Diuana; como abogado ayudante, don Guillermo Diaz Vallejo y como secretaria ejecutiva doña Paula Muller Morales.

VI. <u>Personas que expusieron en la Comisión.</u>

El Ministro de la Excma. Corte Suprema, señor **Sergio Muñoz**; los académicos señores **Alfredo Etcheberry**, **Patricio Zapata**, **Jorge Correa, Davor Harasic**, **Claudio Nash**, **Arturo Fermandois**, **Rodrigo Poblete, Gabriel Zaliasnik**, **José Miguel Aldunate**; **Enrique Navarro**, **Humberto Nogueira**, **Lautaro Ríos**, **Isidro Solís, Tomás Vial**, **Milton Juica**, y **Héctor Salazar** y la señora **Claudia Cárdenas**; el abogado señor **Luciano Fouillioux**; el Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, señor **Álvaro Flores**; la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos

Desaparecidos, señora **Lorena Pizarro**, y la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, señora **Alicia Lira**.

****

II.- SÍNTESIS DE LA ACUSACIÓN, DE LOS HECHOS QUE LE SIRVEN DE BASE Y DE LAS INFRACCIONES QUE SE LE IMPUTAN A LOS AFECTADOS POR LA ACUSACIÓN.

I.- RESUMEN.

Se expone que **l**os días 30 y 31 de julio de 2018, siete exmilitares, condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad, obtuvieron el beneficio de la libertad condicional, sin sujetarse a las condiciones y requisitos establecidos en las convenciones y tratados internacionales suscritos por Chile y que forman parte del derecho interno. Tres ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema, en abierta vulneración a los principios que emanan de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución y, por lo tanto, a las normas imperativas contenidas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, se pronunciaron por la libertad de los sujetos en sendas resoluciones sobre recursos de amparo. De este modo, los magistrados abandonaron notablemente sus deberes al dejar de ejercer el control de convencionalidad y facilitaron la impunidad de los exmilitares condenados, al otorgar un beneficio que hace ilusoria la sanción impuesta por sus crímenes.

La conducta de los ministros acusados abre una peligrosa puerta para que los culpables de la desaparición y muerte de otros chilenos quede en la más absoluta impunidad. Al mismo tiempo, lo resuelto por los ministros debilita severamente el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares.

Frente a estos graves hechos, los diputados y diputadas firmantes estiman que asiste a la Cámara de Diputados un deber ético e institucional ineludible de salvar el prestigio de la Nación frente a los compromisos asumidos ante el mundo, para lo cual resulta imprescindible que el Congreso Nacional active el mecanismo de la acusación constitucional como el instrumento que el Estado de Derecho prevé para determinar la responsabilidad de los ministros de los tribunales superiores de justicia por la comisión de los ilícitos constitucionales que se les imputan, convencidos como están de que el ejercicio de las potestades constitucionales refuerzan el Estado de Derecho y los principios democráticos que inspiran a la República, y de que el deber de juzgar la responsabilidad de las más altas autoridades del Estado no admite excepciones.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Sostienen que próximamente se conmemoran cuarenta y cinco años del golpe de Estado que dio paso a la ejecución de una política sistemática de persecución, a sangre y fuego, de la oposición política y de todo aquel que resistiera los designios del régimen cívico militar. Durante diecisiete años el terrorismo de Estado fue empleado contra el pueblo chileno, dejando, de acuerdo al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (informe Rettig) un resultado de más de tres mil muertos, entre ejecutados políticos y detenidos desaparecidos. Por otro lado, los respectivos informes de la Comisión de Prisión Política y Tortura (Valech I) y de la Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (Valech II) reconocen una cifra de 40.000 personas que sufrieron prisión política y tortura.

Sólo la persistente lucha de familiares de las víctimas, abogados y, en suma, del movimiento de Derechos Humanos, ha logrado alcanzar -en condiciones siempre adversas- cuotas de verdad y justicia en casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, pues durante los años del régimen cívico militar las Cortes rechazaron arbitrariamente miles de recursos de amparo interpuestos en favor de los perseguidos, salvo algunos jueces excepcionales que abrazaron el derecho a pesar del terror y la intimidación. Sin embargo, las responsabilidades políticas de los altos integrantes del Poder Judicial, que fueron obsecuentes a la dictadura, no pudieron ser perseguidas, pues se beneficiaron de una suerte de amnistía política a través de un artículo transitorio en la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional que impedía acusar constitucionalmente por hechos anteriores al 11 de marzo de 1990. [1]

Es el derecho internacional de los Derechos Humanos, en tanto conquista civilizatoria, la herramienta que obliga al Estado a garantizar la verdad, la justicia y la reparación integral; y es la aplicación de sus principios y normas lo que ha permitido superar las leyes de impunidad dejadas por la dictadura y sancionar a los genocidas. Por ello, resulta un deber para el Estado sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad como condición indispensable para evitar la repetición de los crímenes. Desgraciadamente, no siempre las investigaciones han dado lugar a sanciones proporcionales al daño causado y la mayor parte de los criminales comenzaron a cumplir sus condenas después de décadas de perpetrados los hechos.

A cuarenta y cinco años del comienzo de la barbarie, numerosos chilenos aún no pueden conocer la verdad sobre el destino de sus familiares hechos desaparecer. No obstante, siete militares condenados a penas irrisorias por la desaparición de prisioneros políticos durante el régimen dictatorial, que no reconocen su responsabilidad en los delitos ni, menos aún, han entregado información sobre su paradero, reciben el beneficio de la libertad condicional por parte de los ministros acusados, en abierta vulneración a las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos. Estos hechos alertan a la sociedad chilena y a la comunidad internacional sobre la apertura de una espiral de impunidad.

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas formuló - con fecha 14 de agosto del presente año- un llamamiento al Estado de Chile "*a que continúe el enjuiciamiento de causas relativas a violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, y a garantizar que los autores de estos crímenes sean condenados conforme a la gravedad de sus actos, velando por el cumplimiento efectivo de las penas que les sean impuestas*". El viernes 17 de agosto recién pasado, en tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por el otorgamiento de la libertad condicional a condenados por graves violaciones a los derechos humanos, señalando que "*... el sistema interamericano de derechos humanos ha advertido que la aplicación de medidas que le resten sentido o eficacia a las penas impuestas en dichos tipos de crímenes, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, erradicar y sancionar".*

Como se demostrará a lo largo de esta presentación, el otorgamiento de la libertad condicional, sin sujetarse a los requisitos del derecho internacional de los Derechos Humanos y al derecho penal internacional para los condenados por delitos de lesa humanidad, infringe el deber de control de convencionalidad, constituyendo un hecho grave que compromete la responsabilidad del Estado de Chile y abre un camino de impunidad que la conciencia de la humanidad no puede aceptar. Los ministros acusados constitucionalmente, al dejar de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos y equiparar el estatuto de los delitos comunes con el de los delitos de lesa humanidad, han incurrido, sin duda, en la causal de notable abandono de deberes.

---

[1] *Artículo 3º transitorio de la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.*

III.- LEGITIMIDAD DE LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN CONTRA DE LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA POR NOTABLE ABANDONO DE DEBERES EN EL MARCO DEL ESTADO DE DERECHO.

Luego de una serie de consideraciones sobre la acusación constitucional y sus objetivos, y particularmente sobre la que se dirige contra los miembros de los tribunales superiores de justicia, se señala que esta institución forma parte de los mecanismos de frenos y contrapesos propios del Estado de Derecho, cuyo propósito es el equilibrio de los poderes estatales. Mal podría afirmarse entonces, como lo ha hecho el Pleno de la Corte Suprema en su declaración pública de 10 de agosto del año en curso, que la presente acusación constitucional afecte la autonomía de los tribunales ni, menos aún, la vigencia del Estado de Derecho.

Por el contrario, causaría grave daño al Estado de Derecho la existencia de órganos estatales dotados de irresponsabilidad constitucional. En la especie, la Cámara de Diputados ejerce una facultad expresamente atribuida en la Constitución, transformándose en el brazo visible de la ciudadanía que acusa al magistrado o a aquel que falta gravemente a sus obligaciones constitucionales y legales, en conformidad a las normas establecidas.

En consecuencia, sería un contrasentido –como lo expresa la Corte Suprema- atentar contra el Estado de Derecho al utilizar las herramientas que la Constitución establece como propias del Congreso Nacional.

La acusación constitucional contra los magistrados de los tribunales superiores de justicia no es un medio de impugnación de sus resoluciones y tampoco importa una revisión de sus sentencias, como ha declarado el Pleno de la Corte Suprema. En efecto, esta acusación no invade ni quebranta en ningún aspecto la norma contenida en el artículo 76 de la Constitución, pues mediante su ejercicio el Congreso no está *revisando* una resolución judicial, por una *vía diferente de la jurisdiccional* y, de acogerse la acusación, el Congreso Nacional no dictará una sentencia de reemplazo ni anulará las dictadas. Asimismo, no se está corrigiendo ni enmendando dichos fallos, sino ante el ejercicio de una facultad constitucional reconocida a las cámaras del Congreso, que permite controlar la sujeción de las autoridades de otros poderes del Estado a la Constitución y las leyes, evitando el ejercicio arbitrario del poder y el alzamiento de un órgano del Estado como poder supremo.

El hecho más claro y cierto, que reafirma lo expuesto en el párrafo anterior, es que los condenados por delitos de lesa humanidad que obtuvieron la libertad condicional, seguirán libres en virtud de haber desatendido gravemente los magistrados sus deberes constitucionales.

Sin perjuicio de retomar, más adelante, la discusión respecto de la configuración de la causal de notable abandono de deberes, es preciso llamar la atención respecto de los perniciosos efectos de sostener que los magistrados de los tribunales superiores de justicia poseen una especie de inmunidad respecto de sus actos cuando ellos se expresan en resoluciones judiciales. Aceptar esta tesis tendría como consecuencia que el instituto de la acusación constitucional carecería de toda eficacia, al restringirse al examen de deberes adjetivos o formales.

Corresponde ahora examinar, en el contexto del juicio constitucional, si los hechos mencionados configuran el notable abandono de deberes. Tales deberes, constitucionales y legales, se expresan, en el caso de los magistrados de los tribunales superiores de justicia -como es natural y obvio- en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia. Aparece entonces que, en la especie, la vía para acreditar el notable abandono de deberes necesariamente pasa por indagar los actos de los magistrados -que

sean de la gravedad suficiente para ser objeto de una acusación- en sus resoluciones judiciales.

Abona este razonamiento lo dispuesto en los artículos 52, inciso final y 53, número 1), inciso cuarto, de la Constitución Política de la República, respectivamente, toda vez que el único efecto de la acusación a que dé lugar la Cámara de Diputados es la suspensión en sus funciones del acusado y su destitución en caso de que el Senado declare su culpabilidad.

De acuerdo a Nogueira, *"no hay afectación alguna de la independencia del Poder Judicial si se asume que los magistrados pueden ser sancionados por incumplimiento de sus deberes adjetivos establecidos en los preceptos legales y sus deberes sustantivos constitucionales que deben considerarse armónica e inescindiblemente por el artículo 5º inciso 2º y artículo 79 de la Carta Fundamental, como los contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes...".*[2]

Recordando que en el año 1992 la Cámara de Diputados dio lugar a la acusación constitucional formulada en contra de los ministros de la Corte Suprema, señores Hernán Cereceda, Lionel Beraud y Germán Valenzuela, y en contra del Auditor General del Ejército, Fernando Torres Silva, la cual tuvo como resultado la destitución del primero de los nombrados, señalan los firmantes que dicha acusación se fundó en la infracción de deberes sustantivos de los magistrados, rechazándose la cuestión previa que estos fundaron en que los diputados acusadores habían olvidado *"gravemente que las resoluciones de este alto tribunal no pueden ser objeto de modificación o revisión por órgano o persona alguna",* concluyendo que la acusación infringía *"la Constitución Política del Estado al revisar el fundamento y contenido de una resolución judicial en circunstancias que ello les está prohibido 'en caso alguno'".*[3]

Del debate en el Senado de la acusación referida, los acusadores estiman necesario citar las palabras del ex Senador Andrés Zaldívar, quien afirmó que *"para mí los deberes son los deberes formales y sustantivos de todo juez, y, en especial, de cualquier magistrado de los tribunales superiores de justicia. ¿Y cuál es el primordial deber o responsabilidad del juez? Obvio: hacer justicia, aplicando correctamente la ley, para proteger íntegramente los derechos de las personas, sin que pueda excusarse ni a falta de ley que resuelva la contienda."*[4]

IV.- RESPONSABILIDAD DE LOS MINISTROS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: NOTABLE ABANDONO DE DEBERES.

La causal de "notable abandono de deberes" de los magistrados de los tribunales superiores de justicia fue instituida por el constituyente chileno ya desde la Carta de 1833, sin que haya existido precedente de la misma especie en el derecho comparado.

Esta causal carece de definición en la Constitución, por lo que la doctrina ha venido delimitando sus contornos. Nogueira analiza el concepto de notable abandono de deberes en los siguientes términos:

"Notable implica 'digno de atención y cuidado'. Abandono es 'desamparar a una persona o cosa' de sus deberes. Deber es aquello a lo que se está obligado por el ordenamiento jurídico, desde la Constitución, pasando por los tratados o

---

[2] *Nogueira Alcalá, Humberto (2013) p. 236.*
[3] *Acusación constitucional contra Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hernán Cereceda Bravo, Lionel Beraud Poblete y Germán Valenzuela Erazo, y del Auditor General del Ejército señor Fernando Torres Silva. Recopilación de antecedentes de la Biblioteca del Congreso Nacional. P. 187*
[4] *Ibid. p 495.*

convenciones internacionales incorporadas al derecho interno mediante su ratificación o canje de documentos y los preceptos legales válidos y vigentes".[5]

En torno al alcance de la causal de notable abandono de deberes se debaten dos grandes criterios. Uno de ellos, que se ha denominado como restringido, refiere que el notable abandono de deberes sólo comprende aquellos de carácter formal o adjetivos. La distinción fue formulada en 1868 por el senador Domingo Santa María -con ocasión de la acusación constitucional contra Manuel Montt y tres ministros de la Corte Suprema- quien sostuvo que "*un tribunal debe comenzar su audiencia a tal hora, debe inspeccionar y vigilar la conducta de sus subalternos…y si violara esos deberes de manera notable… se haría reo de un delito que podría denunciarse ante esta Cámara*".[6]

En 1945 se acusó constitucionalmente al Contralor General de la República, Agustín Vigorena, por notable abandono de deberes. De acuerdo a Silva Bascuñán[7] los motivos fundantes de la acusación "*recaían de preferencia en la toma de razón de numerosos reglamentos y decretos con infracción de preceptos constitucionales y legales, por ejemplo, creación de servicios públicos y establecimiento de impuestos por simples decretos…*". Es decir, las imputaciones decían relación con infracciones o incumplimiento de deberes sustantivos. La Cámara de Diputados la aprobó y lo mismo hizo el Senado, destituyendo a Vigorena del cargo.

Según describe Ana María García Barzelatto, el senador Maza planteó que "la acusación está bien planteada por la Cámara y que no vale la excusa de que sólo se abandonan los deberes cuando no se asiste a la oficina o no se firma oportunamente el despacho".[8] De esta acusación nace un criterio más amplio o extensivo sobre el notable abandono de deberes, que sería utilizado más tarde.

Como se expuso más arriba, en 1992 la Cámara de Diputados debatió la acusación formulada contra los ministros de la Corte Suprema, Hernán Cereceda, Lionel Beraud y Germán Valenzuela, y contra el Auditor General del Ejército, Fernando Torres Silva, que concluyó en la remoción de Cereceda. En ese entonces, la defensa de los ministros invocó el criterio restringido, según el cual el Congreso sólo podría examinar la infracción de deberes formales o adjetivos, de forma tal que la identificación de infracciones a deberes sustantivos y materiales derivados del estudio de los actos de los ministros en las resoluciones judiciales estaría vedada, bajo el argumento de que ello atentaría contra la separación de poderes.

Alejandro Silva Bascuñán advertía que limitar la acusación constitucional "al incumplimiento de deberes simplemente adjetivos importa una interpretación tan fuera del propósito constitucional como lo está, por otra parte, descargar por su intermedio, sanción a quien haya satisfecho rectamente, dentro de mínimas y razonables aptitudes y conocimientos, sus tareas de alto magistrado o de Contralor".[9]

La interpretación restrictiva, que hoy reaparece a propósito del mero anuncio de la presente acusación constitucional, nos conduce a reflexionar al menos sobre dos cuestiones básicas. En primer término, la aceptación de este criterio en extremo restringido conduce inevitablemente al establecimiento de un régimen de irresponsabilidad constitucional de los magistrados de los tribunales superiores.

---

[5] *Nogueira Alcalá, Humberto (2013) p. 234.*
[6] *Silva Bascuñán, Alejandro (1963): Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, Editorial Jurídica, p. 105.*
[7] *Silva Bascuñán, Alejandro (2000):Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV, Editorial Jurídica, 2000 p. 166*
[8] *García Barzelatto, Ana María. El notable abandono de deberes como causal de acusación constitucional de los jueces. En: Revista de derecho / Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.(Concepción, Chile).Año LXV, no. 202, (jul./dic. 1997), p. 175-186.*

[9] *Silva Bascuñán, Alejandro (2000) p. 174.*

En 1992, los ministros acusados formularon cuestión previa afirmando que la acusación "jamás podrá basarse en la revisión de los fundamentos de un fallo, no sólo porque dicha posibilidad fue excluida de los motivos que harían procedente la causal sino porque también está expresamente prohibido por la Constitución".[10] Tal lectura implica, desde luego, descartar que el Congreso Nacional pueda activar el control político derivado de graves actos, producto de infracciones o abusos cometidos con ocasión del ejercicio del deber inherente y principal de los ministros, es decir, la función jurisdiccional. Además, parte de un supuesto errado al asumir que el examen de los ilícitos constitucionales en un fallo o resolución constituiría una "revisión", en los términos del artículo 76 de la Constitución Política.

Precisamente, en la acusación constitucional contra los ministros Cereceda y otros, en 1992, el entonces senador Sebastián Piñera exponía en los siguientes términos: "*Sabemos que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no nos corresponde ejercer funciones judiciales, o avocarnos causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos. Tampoco nos corresponde revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones de los tribunales ni, aún menos, sus efectos. De hecho, 'revisar' significa someter una cosa a nuevo examen, para corregirla, enmendarla o repararla. Y esa potestad, en nuestro Estado de Derecho, escapa a nuestras atribuciones*."[11]

Efectivamente, el ordenamiento jurídico no reconoce al Congreso Nacional potestad alguna para enmendar o corregir una resolución judicial. Ese es el auténtico sentido del precepto constitucional. Y tal es así que, en la especie, los genocidas a los que se les concedió la libertad condicional seguirán lejos de la cárcel especial de Punta Peuco.

El abogado Héctor Salazar planteó el asunto desde otra dimensión, con ocasión de la acusación constitucional contra el ministro Eleodoro Ortiz y otros. A su juicio *"la única manera coherente y armónica de interpretación... es que la revisión de los fundamentos y contenidos diga relación con la institución de la cosa juzgada. Pero ello, en ningún caso, implica que, a través de la investigación de la actividad jurisdiccional de un juez, no se pueda desentrañar, deducir, presumir y configurar un notable abandono de deberes.*"[12]

En segundo lugar, el criterio restringido desconoce abiertamente y minimiza el rol del Congreso Nacional. Ciertamente, la comprensión de que el Congreso sólo puede limitarse al control político de aspectos formales y administrativos de la función judicial resulta inconsistente y deprecia, sin duda, la naturaleza del juicio constitucional. Entendida así, la acusación constitucional deviene en un mecanismo baladí, inútil y completamente ineficaz.

Al respecto, el ex diputado Andrés Aylwin Azócar, en su intervención en la acusación constitucional contra el ministro Cereceda y otros, sostuvo lo siguiente: *"En tal sentido, frente a un texto claro que la Corte Suprema responde por notable abandono de sus deberes, y a nuestro derecho a interponer una acusación constitucional, es realmente sorprendente que se pretenda jibarizar nuestras atribuciones. Para algunos parece que nuestra única función fuera tener un cronómetro para verificar si los ministros llegan a su hora en la mañana, se retiren a su hora en la tarde y cumplen su horario de*

---

[10] *Acusación constitucional contra Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hernán Cereceda Bravo, Lionel Beraud Poblete y Germán Valenzuela Erazo, y del Auditor General del Ejército señor Fernando Torres Silva. Recopilación de antecedentes de la Biblioteca del Congreso Nacional. p. 54*

[11] *Ibid p. 464*

[12] *Acusación constitucional contra Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hernán Cereceda Bravo, Lionel Beraud Poblete y Germán Valenzuela Erazo, y del Auditor General del Ejército señor Fernando Torres Silva. Recopilación de antecedentes de la Biblioteca del Congreso Nacional. P. 59*

trabajo ¡Triste papel es el que algunos piensan que nosotros, poder público representante más que nadie del pueblo, deberíamos tener (como) función de control!"[13]

Concluyen entonces los diputados acusadores que la premisa –formulada por vías oblicuas– de que ciertas altas autoridades carecen de responsabilidad política, hiere gravemente la esencia del sistema republicano. En suma, los acusadores afirman como la única interpretación posible, que se aviene con el carácter democrático de la República, según dispone el artículo 4º de la Constitución, es que la acusación constitucional por notable abandono de deberes procede por haberse infringido gravemente deberes materiales inherentes a la función de las autoridades acusables.

Por otro lado, agregan que el profesor Humberto Nogueira formuló una distinción en esta materia a propósito de la enmienda constitucional de 1989 que dio lugar a la actual redacción del artículo 5º de la Carta Fundamental, el cual establece que "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*". Al respecto, precisa Nogueira que este nuevo deber –de respeto y promoción de los derechos esenciales de las personas– alcanza a todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales superiores de justicia, expresando que: "En virtud de esta norma constitucional incorporada en 1989, 'los deberes de los magistrados dejan de ser solamente los de carácter formal o adjetivo', pasando a formar parte de tales deberes aspectos tan sustantivos como 'respetar y promover los derechos esenciales de las personas'. Queda atrás así el debate sobre el sentido y alcance de los deberes de los magistrados en el texto original de la Constitución." [14]

Precisamente, como se desarrolla en capítulos posteriores, la presente acusación versa en lo principal sobre la falta de control de convencionalidad por parte de los ministros acusados, como también por facilitar la impunidad en los crímenes de lesa humanidad, ambas infracciones graves que comprometen la responsabilidad internacional del Estado por actos de la judicatura.

En este sentido, resulta ilustrativo citar dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, en los casos de Lumi Videla y Uribe Tambley-Van Jurick. En ambas resoluciones, se expresó en uno de sus considerandos lo que sigue:

"Que, esta Corte se encuentra vinculada por la Constitución Política de la República y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo sustraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5º inciso 2º de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de Derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la Carta Fundamental y de la Nación Chilena".[15]

Complementa lo anterior una sentencia de la Corte Suprema, citada por Nogueira, donde se señala: "Que se comprometería la seguridad y honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este

---

[13] *Acusación constitucional contra Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hernán Cereceda Bravo, Lionel Beraud Poblete y Germán Valenzuela Erazo, y del Auditor General del Ejército señor Fernando Torres Silva. Recopilación de antecedentes de la Biblioteca del Congreso Nacional. P. 211*

[14] *Nogueira Alcalá, Humberto (2013) p. 234.*

[15] *Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2008): "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos" en Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, pp. 73-119, ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.*

Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente, de producirse debilitaría el Estado de Derecho"[16]

La misma línea argumental sostuvo el abogado Francisco Cumplido en la acusación contra el ministro Eleodoro Ortiz y otros, en 1996, donde indicó que "a partir de 1989, se estableció, como deber de los órganos del Estado, el respeto y la protección de los derechos esenciales de la persona humana, garantizados por la Constitución Política de 1980 y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Por lo tanto, esta nueva disposición nunca fue tenida en cuenta en los casos anteriores relacionados con la interpretación de lo que debe entenderse por 'notable abandono de deberes.'".[17]

A modo de conclusión de este apartado, sostienen los diputados firmantes del libelo que es procedente acusar constitucionalmente a los ministros individualizados, por haber infringido gravemente deberes sustantivos emanados de los tratados internacionales de Derechos Humanos, al conceder la libertad condicional –bajo los términos y requisitos que se expresarán– a sujetos condenados por delitos de lesa humanidad.

V.- HECHOS.

1.- Libertad condicional otorgada a Gamaliel Soto Segura.

a) Condena por su autoría en el delito de secuestro calificado de Eduardo Enrique González Galeno, el día 14 de septiembre de 1973:

Por fallo de la Corte Suprema de 25 de junio de 2012 (Rol 10665-11), se confirmó la sentencia penal de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 19 de agosto de 2011 (Rol 682-2010), la que a su vez había confirmado la sentencia de primera instancia de fecha 10 de diciembre de 2009 (Rol 2182-1998). En síntesis, se confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de condenar a Gamaliel Soto Segura como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona del desaparecido Eduardo Enrique González Galeno, ocurrido el 14 de septiembre de 1973, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Se citan enseguida varios considerandos de la sentencia condenatoria, pudiendo destacarse, para los efectos de esta acusación constitucional, que "(Considerando 12°) […] estando en presencia de un proceso en el que se acreditó la grave violación a los derechos humanos, corresponde al sentenciador interpretar las normas de modo que las víctimas, que han afrontado por años las privaciones que es dable mitigar, puedan materialmente obtener la reparación civil adecuada y sin dilación en el tiempo, resultando contrario a este logro, para una rápida paz interior de los afectados y social para el conjunto de la sociedad, que después de más de treinta años que ocurrieron los hechos y el Estado, a través de sus Tribunales, finalmente, con todas las dificultades que existieron en épocas pretéritas, estuvo en condiciones de determinar fehacientemente la verdad de lo ocurrido y sancionar a los responsables […]."

---

[16] *Nogueira Alcalá, Humberto. (2003): Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia" en Ius et Praxis, 9(1), 403-466*

[17] *Acusación constitucional contra Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Eliodoro Ortiz Sepúlveda, Enrique Zurita Camps, Guillermo Navas Bustamante y Hernán Álvarez García. Recopilación de antecedentes de la Biblioteca del Congreso Nacional, p 50.*

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se empezó a cumplir el 21 de marzo de 2013 y debió haber terminado en el mismo Centro el 18 de marzo de 2023. Contados desde el 1 de abril de 2018, le restaban aún 4 años, 11 meses y 17 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional, frente a lo cual el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1589-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[18], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado.

Consta de la evaluación psicológica practicada que el condenado muestra una ausencia de i) Conciencia de delito, ii) Conciencia del daño y mal causado y iii) Disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que "niega su participación directa en los hechos, no logrando incorporar un juicio crítico certero en torno a la comisión del delito y afirmando estar injustamente privado de libertad, sin internalizar aspectos devaluados de sí mismo, refiriendo insistentemente que se encuentra privado de libertad por una venganza política y que es inocente, porque no ha cometido delito alguno […] no visualiza necesidad de un cambio de actitud frente a sus propias acciones […] y no logra vislumbrar en su comportamiento elementos que sean merecedores de arrepentimiento".[19]

De esta forma, don Tomás Gray Gariazzo, Presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros motivos, porque: "el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tiene insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales". Resuelve, además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos.

c) Resolución de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional

Con fecha 17 de julio de 2018, en la causa rol 1589-2018, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de amparo deducida por el condenado Gamaliel Soto Segura, por cuanto "(Considerando Quinto) en el caso de autos, la Comisión de Libertad Condicional rechazó la concesión del beneficio al amparado, para lo cual contó con los antecedentes aportados por Gendarmería de Chile en su oportunidad, de los cuales concluyó que existe un desfavorable pronóstico de reinserción social para el amparado, razón por la cual no concedió la Libertad Condicional, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos objetivos del Decreto Ley N° 321, por autorizarlo así el artículo 3° del mismo cuerpo legal".

Asimismo indicó que "(Considerando Sexto) en definitiva, la Comisión de Libertad Condicional no ha ejercido conducta arbitraria o ilegal alguna que constituya privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad del

[18] *Informe en causa rol 1589-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de julio de 2018.*
[19] *Ibid.*

interno, pues ha fundado en los antecedentes del amparado su resolución y ha actuado ajustándose a las exigencias ya expresadas y de acuerdo con las facultades legales, de forma que el recurso en estudio no puede prosperar".

d) Decisión de la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a Gamaliel Soto Segura

Según consta en sentencia de 31 de julio del presente año, en causa rol 16817-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D. y Antonio Barra R., resolvió revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones y, por consecuencia, "(dejar) sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y (reconocer) el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización".

Sin perjuicio de lo que se dirá respecto de los restantes considerandos de esta resolución, en lo referente a los hechos, el considerando 7° de dicha sentencia señala: "en relación al resultado negativo del informe psicosocial […] tal alusión no puede estimarse como suficiente para cumplir el deber de motivar adecuadamente una decisión que conlleva prolongar la privación de libertad del amparado, desde que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que no resulta aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal. En efecto, la decisión de la Comisión recurrida no fundamenta, ni siquiera de manera breve, por qué concretamente, en relación al amparado, el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina, en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro".

Para los acusadores resulta a lo menos curiosa esta decisión, considerando que en el fallo de minoría que pretendía acoger la acción indemnizatoria de la víctima de este delito, el cual fue adoptado por dos de los Ministros que concurren a este fallo (Señores Dolmetsch y Künsemüller), se señala[20]: (considerando 1°) "Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad a aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada en la demanda y así, por lo demás, ha sido declarado en el fallo recurrido, sin que se hubiere controvertido esta calificación".

"Asimismo, consta de los antecedentes que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo Nº 355, de 1990, del Ministerio de Justicia) y que tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios, hace aplicables también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares a fin de conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que 'el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales' y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional".[21]

---

[20] *Sentencia del pleno de la Corte Suprema de fecha 21 de enero de 2013, contenida en Rol 10665-2011.*

[21] *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, "Las Constituciones Latinoamericanas", página 231.*

Luego añaden: “4°.- Que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema construido a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón no es posible interpretar las normas que los regulan de manera aislada, pues toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria a este sistema jurídico”.

Asimismo, prosiguen argumentando que: “5°.- Que el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el ya citado artículo 5º de la Constitución Política”.

En base a lo anterior, se preguntan los firmantes del libelo acusatorio ¿cómo se concilia la reparación de las víctimas en circunstancias que el condenado alcanzará a cumplir sólo la mitad de la pena en libertad?

2.- Libertad condicional otorgada a Manuel Pérez Santillán.

a) Condena por su responsabilidad como cómplice del delito de secuestro de Eugenio Berríos Sagredo, perpetrado en Santiago, a partir del mes de octubre de 1991

Según consta en el fallo de la Corte Suprema, Rol 8278-13, de fecha 11 de agosto de 2015, Manuel Pérez Santillán fue condenado por la Corte de Apelaciones de Santiago a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como cómplice del delito de secuestro de Eugenio Berríos Sagredo. También se le impusieron las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

El fallo de la Corte Suprema cita algunos considerandos del fallo de primera instancia, uno de los cuales indica que: “(considerando décimo quinto) En el mes de octubre de 1991, en la causa Rol N° 1-91, seguida por el homicidio de don Orlando Letelier del Solar, el ex químico de la DINA, Eugenio Berríos Sagredo, fue citado a prestar declaración sin que fuera habido y ello ocurrió por cuanto éste se encontraba retenido en el Cuartel del Batallón de Inteligencia del Ejército (BIE), ubicado en calle García Reyes de esta ciudad.

Posteriormente, el mencionado Berríos Sagredo fue sacado por una Unidad Especial que dependía directamente del Director de Inteligencia del Ejército (DINE) y, luego de egresar con una identidad falsa de Chile, fue trasladado a Argentina (a Río Gallegos y Buenos Aires) y de ahí al Puerto de Colonia y a Montevideo, en Uruguay, donde estuvo permanentemente controlado por personal de inteligencia de las Repúblicas de Uruguay y de Chile, remitiéndosele dinero para su mantención a través de distintos integrantes de la referida Unidad Especial.

Durante su permanencia en Montevideo fue mantenido en un departamento alquilado por sus captores, y una vez que Berríos Sagredo trató de establecer contacto con la Embajada de Chile, éste no fructificó, y en atención a haber exteriorizado su deseo de retornar al país, fue trasladado a una casa de veraneo ubicada en el balneario de Parque del Plata, Departamento de Canelones, cercano a la capital uruguaya, y como se fugó desde ese inmueble sorprendiendo a los oficiales que lo retenían contra su voluntad, nuevamente fue sacado desde la Comisaría donde había buscado refugio, perdiéndose su rastro, apareciendo tiempo después su cadáver en una playa cercana con dos impactos de bala en la cabeza”.

Agrega el considerando décimo sexto que: “En el extranjero, Berríos estuvo sujeto a una custodia y observación permanente, siendo sus custodios miembros activos de los ejércitos de Chile y Uruguay. En algún período de su permanencia en ese país pudo hacer uso de una relativa capacidad de desplazamiento, pero la realidad de los hechos evidencia que, cuando pretendió hacer cesar la situación en que se encontraba, fue impedido de ello”.

En este punto, refieren los acusadores el rol de Berríos como parte de la DINA, donde estuvo a cargo del proyecto “Andrea”, a partir del cual experimentó con el gas sarín, que habría sido utilizado en los casos de muerte del Conservador de Bienes Raíces Renato León Zenteno (1976), y del cabo del Ejército y agente de la DINA Manuel Leyton (1977), entre otros, además de aparecer implicado en el asesinato de Orlando Letelier, en 1976; en la muerte del ex Presidente Eduardo Frei Montalva; en el envenenamiento de prisioneros políticos en 1981, y en la muerte del diplomático español Carmelo Soria, en julio de 1976.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 3372-2010, de fecha 23 de agosto de 2013, señaló, en lo referido a la participación de Manuel Pérez Santillán en el secuestro de Eugenio Berríos Sagredo, que le correspondía la pena completa por su participación en el delito de secuestro, por estarse en presencia de crímenes de lesa humanidad, caracterizados por la desprotección de derechos esenciales de las personas en manos de una acción concertada del Estado, cuya razón de ser es precisamente su permanente amparo (considerando 25°), agregando que los cimientos de la media prescripción se encuentran en las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, con la particularidad de estar destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no advienen de forma espontánea, por su cabal consumación, sino en el decurso del tiempo extintivo, al mediar un lapso superior a su mitad, que el legislador ha apreciado suficiente para entregar a la discreción de los juzgadores el favorecimiento atenuador consecuente, atento, entre otros factores, a las circunstancias que rodean el hecho punible. Es evidente, entonces, que no cubre los delitos de lesa humanidad, en los que el transcurso del tiempo no produce efectos, siendo por tanto imprescriptibles.

La Corte Suprema, en fallo rol 8278-13, de fecha 11 de agosto de 2015, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por Pérez Santillán para anular su condena, señalando en lo medular: “(Considerando Septuagésimo Segundo) Es así como el tribunal de alzada ha dado recta aplicación a la indicada disposición y a los artículos 1 y 16 del Código Penal, sancionando a dicho enjuiciado por su intervención de cómplice en los hechos establecidos, que en lo que a él atañe, señalan que Pérez Santillán viajó en cumplimiento de una orden impartida por Ramírez Rurange, que a la sazón oficiaba como Director de la DINE, para que conversara con Berríos, con quien tenía amistad, en relación a su conducta. No obstante no tener una dependencia institucional con el oficial superior que le impartió la orden, viajó en comisión de servicios a Uruguay y se entrevistó con Berríos, transmitiéndole las instrucciones que había recibido. Su conducta, en relación al delito de secuestro, constituye una cooperación a la ejecución, dadas las particulares circunstancias de su viaje y el conocimiento previo de las actividades desarrolladas por Berríos en los organismos de seguridad del régimen militar, por lo que no pudo ser desconocido para él que su estadía en ese país era forzada, es decir, contra su voluntad”.

Pérez Santillán participó, entonces, de esta operación de encubrimiento, dado que la muerte de Berríos permitió perpetuar el silencio y el secreto de los horrores de la dictadura.

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se empezó a cumplir el 13 de agosto de 2015 y debió haber terminado en el mismo Centro el 13 de julio de 2020. Contados desde el 01 de abril de 2018 le restaban aún 2 años, 3 meses y 12 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional. Frente a esta decisión, el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional.

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1571-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[22], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado por secuestro calificado.

Según consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una insuficiente conciencia de delito, y una ausente disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que "Reconoce sólo parcial y circunstancialmente su participación en los hechos por los cuales cumple condena".

De esta forma, don Tomás Gray Gariazzo, Presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros, porque: "el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tienen insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales". Resuelve además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos.

c) Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional.

Con fecha 17 de julio de 2018, en la causa rol 1571-2018, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de amparo deducida por el condenado Manuel Pérez Santillán, por cuanto: (Considerando Quinto) "[…] el amparado fue condenado por un delito de lesa humanidad, ilícito que afecta los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Asimismo indicó que "(Considerando Octavo): […] de acuerdo al mandato constitucional dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, siendo deber de los órganos del Estado promover tales derechos, no es posible otorgar al amparado el mismo tratamiento que a los condenados por delitos comunes. En este sentido, no basta que cumpla con las exigencias que establece el DL N° 321, consideradas mínimas para ser postulado en Lista 1 por el Tribunal de Conducta respectivo. En efecto, tal como señala el informe de la Comisión recurrida, no amerita la concesión del beneficio a su respecto puesto que su informe psicosocial da cuenta que no tiene conciencia del delito ni tampoco ha adoptado una actitud abierta al cambio, fundamento suficiente para desestimar la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión".

[22] *Informe en causa rol 1571-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de julio de 2018.*

d) Decisión de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a Manuel Pérez Santillán.

Según consta en la sentencia de fecha 31 de julio del presente año, rol 16819-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y Antonio Barra R., resolvieron revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones y, por consecuencia, "(dejar) sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y (reconocer) el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización".

Se reproduce nuevamente aquí el contenido del considerando 7° de la sentencia, el cual descarta que el resultado negativo del informe psicosocial del amparado pueda estimarse suficiente como para motivar adecuadamente una decisión que conlleva prolongar su privación de libertad, "desde que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que no resulta aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal", advirtiendo que "la decisión de la Comisión recurrida no fundamenta, ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina, en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro".

3.- Libertad condicional otorgada a José Quintanilla Fernández.

a) Condena por su autoría en el secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975, en la ciudad de Copiapó.

Según consta en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 717-2014, y de la Corte Suprema, Rol 29086-14, el ahora liberado José Quintanilla Fernández fue condenado como autor del delito de secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975 en la ciudad de Copiapó, fruto del cual Lazo Rojas es hasta hoy un detenido desaparecido.

Destacan los acusadores la argumentación contenida en la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, la cual señala: "(Considerando 5°) Que sin perjuicio de lo relacionado en el fallo, atendida la naturaleza de los hechos demostrados, es acertado concluir que se trata de un crimen contra la humanidad, toda vez que el ilícito pesquisado ocurrió en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado.

En tal contexto, las víctimas, como ocurrió con Alonso Lazo, constituyeron un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosas personas a quienes, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fueran considerados sospechosos de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera (de) que las denuncias

formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad financiado con recursos propios del Estado.

Los crímenes de lesa humanidad no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad del hombre, de suerte tal que para su configuración existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen 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.

Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito investigado en la presente causa y el contexto en el que se desarrolló, con la participación de miembros del Estado, no cabe duda alguna que debe ser subsumido a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que merece una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular".

En la sentencia de reemplazo, además, se declaró que José Quintanilla Fernández debía cumplir condena sólo de 5 años y un día.

Cabe destacar que José Quintanilla Fernández, a su vez, fue condenado por este mismo hecho conjuntamente con Felipe Luis González Astorga y Hernán Ernesto Portillo Aranda, quienes también fueron beneficiados con la libertad condicional, según se dirá.

Agrava lo anterior que, según consta en el fallo del Ministro don Mario Carroza Espinosa, Rol 2182-98, de fecha 13 de marzo de 2017, José Quintanilla Fernández también fue condenado a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su autoría en el delito de secuestro calificado de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa del desaparecido Alonso Lazo Rojas), ocurrido desde el 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de junio de 1976. Más aún, el condenado tenía otras causas pendientes que su propio abogado destacó en el alegato ante la Corte Suprema en el amparo solicitado.

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se

empezó a cumplir el 16 de septiembre de 2015 y debió haber terminado en el mismo Centro el 13 de septiembre de 2020. Contados desde el 01 de abril de 2018, le restaban aún 2 años, 5 meses y 12 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional. Frente a esta decisión, el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional.

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1590-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[23], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado por secuestro calificado.

Según consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que "el sujeto minimiza su participación en el delito por el que cumple condena, negando toda responsabilidad al respecto y realizando un análisis meramente descriptivo de situaciones, sin profundizar y sólo en la perspectiva de liberarse de toda culpa". Asimismo "se le aprecia en un estadio motivacional de precontemplación, no logrando evidenciar necesidad alguna de cambio en torno al procesamiento que realiza de las acciones delictivas por las cuales cumple condena, evidenciando una insuficiente disposición al cambio".

De esta forma, don Tomás Gray Gariazzo, Presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros, porque: en primer término, constituye una facultad de la Comisión y, además, porque "el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tiene insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales". Resuelve además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos.

c) Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional.

Con fecha 17 de julio de 2018, en la causa rol 1590-2018, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de amparo deducida por el condenado José Quintanilla Fernández, por cuanto: (Considerando sexto) "se ha utilizado la presente vía constitucional para pretender modificar la decisión adoptada por la Comisión de Libertad Condicional que rechazó su postulación, la cual resolvió con todos los antecedentes aportados por el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario, función práctica inherente al cargo de quienes la componen, y lo hizo en forma fundada. Los antecedentes psicosociales elaborados por el penal respectivo conducen a concluir que no existen antecedentes que permitan demostrar que el amparado se encuentra rehabilitado y corregido para la vida social. En esas circunstancias, cuando la Comisión decide rechazar la libertad condicional, lo hace con conocimiento del contenido del referido informe del condenado, que fue el resultado de la entrevista y análisis por parte de los profesionales en el área, aun cuando aquél contaba con los períodos de conducta exigidos en la ley;".

[23] *Informe en causa rol 1590-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de julio de 2018.*

Asimismo indicó que (Considerando Séptimo): “consecuencialmente, la decisión impugnada explicó las razones para denegar esa solicitud, aspecto que si bien no es compartido por el recurrente, en caso alguno es ilegal y mucho menos antojadizo o caprichoso si se basa en antecedentes criminológicos que emanan de los informes mencionados y que se hizo llegar a la Comisión para evaluar la proposición, máxime si se tiene presente que este organismo tiene la facultad de aprobar o rechazar las solicitudes de los internos, como fluye claramente del tenor del inciso 2° del artículo 3° del citado DL N° 321 de 1925”;

Finalmente, y en un argumento novedoso, indica en su Considerando Octavo que: “así y desde la perspectiva de ser esa resolución un acto administrativo terminal, carácter que tiene la decisión de la Comisión de Libertad Condicional pues pone fin a un procedimiento administrativo que consta de varias etapas, lo resuelto también es inobjetable, desde que ha sido suscrito por la autoridad competente para emitir ese pronunciamiento, dentro de la órbita de su competencia y con los fundamentos exigidos por la ley para denegar la petición del recurrente, cumpliendo de esta forma con lo que dispone el artículo 41 de la ley N° 19.880, en relación a la fundamentación de los actos administrativos”.

d) Decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a José Quintanilla Fernández.

Según consta en la sentencia de fecha 31 de julio del presente, rol 16820-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y Antonio Barra R., resolvió revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones y, por consecuencia, “(dejar) sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y (reconocer) el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización”.

Aquí también el considerando 7° de la sentencia señala que: “en relación al resultado negativo del informe psicosocial […] tal alusión no puede estimarse como suficiente para cumplir el deber de motivar adecuadamente una decisión que conlleva prolongar la privación de libertad del amparado, desde que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que no resulta aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal. En efecto, la decisión de la Comisión recurrida, no fundamenta ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro”.

Se destaca en este caso, sin embargo, el voto de minoría del Ministro Valderrama quien “estuvo por confirmar la sentencia en alzada, atendido que, conforme reconoció el propio apoderado del amparado en su alegato ante esta Corte, éste se halla sometido a proceso en otra investigación actualmente en curso, situación procesal incompatible, en su parecer, con la obtención de la libertad condicional”.

4.- Libertad condicional otorgada a Hernán Ernesto Portillo Aranda.

a) Condena por su autoría en el secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975, en la ciudad de Copiapó.

Según consta en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 717-2014, y de la Corte Suprema, Rol 29086-14, el ahora liberado Hernán Ernesto Portillo Aranda fue también condenado como autor del delito de secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975, en la ciudad de Copiapó, por lo cual Lazo Rojas es hasta hoy un detenido desaparecido.

Se reproducen aquí los argumentos manifestados por la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo para justificar la decisión de condenar al ahora liberado, especialmente en su considerando quinto, ya transcrito en el punto tres respecto del amparado José Quintanilla Fernández.

En la sentencia de reemplazo, además, se declaró que Hernán Ernesto Portillo Aranda debía cumplir condena sólo de 5 años y un día.

Cabe destacar que Hernán Ernesto Portillo Aranda, a su vez, fue condenado por este mismo hecho conjuntamente con Felipe Luis González Astorga y con José Quintanilla Fernández, quienes también fueron beneficiados con la libertad condicional.

Según consta en el fallo del Ministro don Mario Carroza Espinosa, Rol 2182-98, de fecha 13 de marzo de 2017, Hernán Ernesto Portillo Aranda también fue condenado a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su autoría en el delito de secuestro calificado de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa del desaparecido Alonso Lazo Rojas), ocurrido desde el 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de junio de 1976.

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se empezó a cumplir el 29 de septiembre de 2015 y debió haber terminado en el mismo Centro el 05 de septiembre de 2020. Contados desde el 01 de abril de 2018, le restaban aún 2 años, 5 meses y 5 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional, frente a lo cual el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional.

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1570-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[24], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado por secuestro calificado.

Consta de la evaluación psicológica practicada que el condenado muestra una ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) valida o justifica sus conductas delictuales. En su evaluación criminológica consta que no se aprecia una mirada suficientemente reprobatoria de su accionar, visualizando su comportamiento como el cumplimiento de su deber militar. Respecto a la víctima de su accionar, no lo integra como propiamente tal en su discurso, ni despliega empatía hacia él; es así como su conciencia del mal causado se aprecia como ausente. Por último, no existe una genuina disposición al cambio, ni un cambio de actitud respecto a las acciones

[24] *Informe en causa rol 1570-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de julio de 2018.*

que derivaron en su actual condena, por lo cual motivacionalmente se aprecia en fase de pre-contemplación.

De esta forma, don Tomás Gray Gariazzo, Presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros, porque: en primer término constituye una facultad de la Comisión, y además porque "el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tienen insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales". Resuelve, además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional, y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos.

Se hace presente que, en este caso, el informe mencionado señala que el amparado detenta un certificado de conducta que se califica como "muy buena" y que dicha calificación se sustenta en que el amparado ejerce funciones de artesano al interior del recinto penal y cumple funciones de aseo, según órdenes de la administración.

c) Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional

Con fecha 17 de julio de 2018, en la causa rol 1570-2018, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de amparo deducida por el condenado Hernán Ernesto Portillo Aranda, por cuanto: (Considerando sexto) "el Recurso de Amparo es un arbitrio de naturaleza excepcional, que encuentra su origen y fuente en la Constitución Política de la República y persigue por su intermedio tutela y protección por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, en los casos en que por actos de particulares, o de alguna autoridad, se vean ilegítimamente vulneradas las garantías de libertad y seguridad individuales".

Asimismo, indicó que (Considerando Séptimo): "el amparado fue condenado por un delito de lesa humanidad, ilícito que afecta los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

En su Considerando Octavo señala el importante rol que juega la Comisión de Libertad Condicional, manifestando: "Que siendo la Comisión de Libertad Condicional un órgano de carácter jurisdiccional está obligada a fallar de conformidad con la Constitución y las leyes, de modo que la concesión del beneficio debe ser evaluada a la luz de toda normativa aplicable".

Para finalizar, la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando Noveno, manifiesta: "Que de acuerdo al mandato Constitucional dispuesto en el inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política de la República, siendo deber de los órganos del Estado promover tales derechos, no es posible otorgar al amparado el mismo tratamiento que a los condenados por delitos comunes. En ese sentido, no basta con que cumpla las exigencias que establece el Decreto Ley N° 321, consideradas mínimas para ser postulado en Lista 1 por el Tribunal de Conducta respectivo. En efecto, tal como señala el informe de la Comisión referida, no amerita la concesión del beneficio a su respecto puesto que su informe psicosocial da cuenta que no tiene conciencia del delito ni tampoco ha adoptado una actitud abierta al cambio, fundamento suficiente para desestimar la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión".

d) Decisión de la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a Hernán Ernesto Portillo Aranda.

Según consta en la sentencia de fecha 30 de julio del presente año, rol 16821-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y Antonio Barra R., resolvió revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, y por consecuencia, acoger el amparo interpuesto en favor de Héctor Ernesto Portillo Aranda, dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización.

Se destacan aquí los considerandos 7° y 8° de dicha sentencia, los cuales señalan:

Considerando séptimo: "Que, aun cuando todo lo ya señalado resulta suficiente para revocar la sentencia apelada y acoger la acción deducida, no está de más señalar que, en relación al resultado negativo del informe psicosocial que la Comisión recurrida invoca para no ejercer la facultad del artículo 3° del D.L. N° 321, erróneamente como se ha dicho, pues el secuestro no está mencionado en dicha disposición, tal alusión no puede estimarse como suficiente para cumplir el deber de motivar adecuadamente una decisión que conlleva prolongar la privación de libertad del amparado, desde que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que no resulta aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal. En efecto, la decisión de la Comisión recurrida no fundamenta, ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina, en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro, opacando de ese modo el cumplimiento de los demás extremos, en particular el observar una conducta intachable durante todo el período sujeto a calificación -incluso calificada como sobresaliente con la consiguiente rebaja de pena por 4 meses-, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos de los internos por mantener una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.

Considerando Octavo: **"**Que, finalmente, conviene aclarar que lo que se ha venido reflexionando no conlleva desconocer la particular gravedad de los crímenes de lesa humanidad como aquél por el que cumple condena el amparado, sin embargo, tal carácter ya fue considerado para excluir la extinción de responsabilidad penal -y civil- que operaría en delitos comunes, por causales como la amnistía y la prescripción, así como para fijar la cuantía de la pena y, por consiguiente, determinar su cumplimiento efectivo, de manera que, no resulta razonable considerarlo nuevamente, esta vez, para negar de manera absoluta el acceso a la libertad condicional si se han respetado todos los estándares que el derecho internacional ha demandado para tal efecto, reseñados en el motivo 5° ut supra".

Destaca en este caso el voto del Ministro Carlos Künsemüller, quien: "estuvo por revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acoger el recurso teniendo solamente en cuenta que el amparado cumple los requisitos objetivos del Decreto Ley N° 321, únicos que ha de satisfacer el condenado, la edad del solicitante y la circunstancia de que no se divisan que mayores fines de rehabilitación podrán obtenerse con una prolongación de la privación de libertad".

5.- Libertad condicional otorgada a Felipe Luis Guillermo González Astorga.

a) Condena por su autoría en el secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975, en la ciudad de Copiapó

Según consta en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 717-2014, y de la Corte Suprema, Rol 29086-14, el ahora liberado Hernán Ernesto Portillo Aranda[25] fue condenado como autor del delito de secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975, en la ciudad de Copiapó, circunstancia por la cual Lazo Rojas es hasta hoy un detenido desaparecido.

Nuevamente se remiten los acusadores a los argumentos manifestados por la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo para justificar la decisión de condenar al ahora liberado, especialmente en su considerando quinto, ya transcrito en el punto tres respecto del amparado José Quintanilla Fernández.

Se hace presente, además, que en la sentencia de reemplazo se declaró que Felipe Luis Guillermo González Astorga debía cumplir condena sólo de 5 años y un día, y que este fue condenado por el mismo hecho conjuntamente con Hernán Ernesto Portillo Aranda y José Quintanilla Fernández, quienes también fueron beneficiados con la libertad condicional.

Asimismo, se destaca que Felipe Luis Guillermo González Astorga fue también condenado a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su autoría en el delito de secuestro calificado de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa del desaparecido Alonso Lazo Rojas), ocurrido desde el 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de junio de 1976.

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se empezó a cumplir el 16 de septiembre de 2015 y debió haber terminado en el mismo Centro el 14 de septiembre de 2020. Contados desde el 01 de abril de 2018, le restaban aún 2 años, 5 meses y 13 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional, frente lo cual el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional.

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1568-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[26], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado por secuestro calificado.

Otra vez consta de la evaluación psicológica practicada que el condenado muestra una ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado, y que iii) valida o justifica sus conductas delictuales. En su evaluación criminológica consta igualmente que “niega toda responsabilidad en los hechos por los cuales se le ha condenado, señalando que sólo se limitó a cumplir órdenes. A su vez, hay ausencia de conciencia del mal causado, no empatiza con su víctima y existe una

[25] *Debe decir "Felipe Luis Guillermo González Astorga".*
[26] *Informe en causa rol 1568-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 17 de julio de 2018.*

ausencia y falta de visión sobre la posibilidad de realizar un cambio motivacional respecto del delito por el cual se le acusa".

También aquí el Presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros motivos, porque: en primer término constituye una facultad de la Comisión y, además, porque "el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tiene insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales". Resuelve, además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional, y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos. También señala que el amparado fue postulado para Lista 1 por el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario de Punta Peuco, solicitud que fue rechazada por la Comisión de forma unánime.

Por último, se hace presente que, en este caso, el informe mencionado señala que el amparado detenta un certificado de conducta, que se califica como "muy buena", y que dicha calificación se sustenta en que aquel ejerce actividades propias de la agricultura, plantando hortalizas, además de ejecutar caminatas y actividades religiosas, cumpliendo a su vez funciones de aseo, de manera voluntaria.

c) Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional.

Con fecha 17 de julio de 2018, en la causa rol 1568-2018, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de amparo deducida por el condenado Felipe Luis Guillermo González Astorga, por cuanto: (Considerando tercero) "del mérito de los antecedentes que se aportan al recurso, aparece que la Comisión de Libertad Condicional, al denegar al amparado el beneficio que éste ha solicitado, ha obrado dentro de sus facultades legales y sin transgresión alguna al derecho que rige la materia, que establece diversos requisitos para la concesión del beneficio, algunos de los cuales no se cumplen en la especie.

En consecuencia, no reuniéndose los presupuestos que consagra el artículo 21 de la Constitución Política de la República, procede el rechazo del presente arbitrio constitucional".

Destaca el libelo acusatorio que, en dicha sentencia, el Ministro señor Llanos concurrió al rechazo "teniendo especialmente presente que, en el caso que nos ocupa, el amparado cumple una condena por un delito de lesa humanidad, lo que de acuerdo al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, en su artículo 110 párrafo cuarto, establece requisitos adicionales para otorgar el aludido beneficio, lo que en este caso no se cumple; y teniendo además presente que dicha convención internacional sobre derechos humanos se encuentra ratificada y vigente, por lo que forma parte del bloque de constitucionalidad con arreglo al artículo 5 ° inciso 2° de la Carta Fundamental".

d) Decisión de la Segunda Sala de la Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a Felipe Luis Guillermo González Astorga.

Según consta en la sentencia de fecha 30 de julio del presente año, rol 16822-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y Antonio Barra R., resolvió revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones, y por consecuencia, acoger el amparo interpuesto en favor de Héctor

Ernesto Portillo Aranda[27], dejando sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, reconociéndole el derecho a la libertad condicional impetrado y debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización.

Se destacan aquí nuevamente los considerandos 7° y 8° de dicha sentencia, así como la prevención efectuada por el Ministro Carlos Künsemüller en orden a "acoger el recurso teniendo solamente en cuenta que el amparado cumple los requisitos objetivos del Decreto Ley N° 321, únicos que ha de satisfacer el condenado, la edad del solicitante y la circunstancia de que no se divisan qué mayores fines de rehabilitación podrán obtenerse con una prolongación de la privación de libertad". En tal sentido, se deja constancia de que la resolución aquí descrita es muy similar a la dictada con ocasión del amparo de Hernán Ernesto Portillo Aranda, rol Corte 16821-2018.

6.- Libertad condicional otorgada a Emilio Robert de la Mahotiere González

a) Condena por su participación como encubridor y cómplice de homicidio calificado y secuestro calificado en la causa conocida como "Caravana de la Muerte–Antofagasta".

Por fallo de primera instancia, dictado con fecha 13 de diciembre del año 2013, en la causa rol 2182-1998, por el Ministro de Fuero don Leopoldo Llanos, ratificada en segunda instancia con fecha 12 de noviembre de 2014, se confirmó la decisión de condenar a Robert De La Mahotiere González como encubridor de delitos de homicidio calificado en la causa conocida como "Caravana de la Muerte–Antofagasta, perpetrados en la mencionada ciudad de Antofagasta el 19 de octubre de 1973, en las personas de Luis Eduardo Alaniz Álvarez, Dinator Segundo Ávila Rocco, Mario del Carmen Arqueros Silva, Guillermo Nelson Cuello Álvarez, Segundo Norton Flores Antivilo, José Boeslindo García Berríos, Mario Armando Darío Godoy Mansilla, Miguel Hernán Manríquez Díaz, Danilo Daniel Alberto Moreno Acevedo, Washington Redomil Muñoz Donoso, Eugenio Ruiz-Tagle Orrego, Héctor Mario Silva Iriarte, Alexis Alberto Valenzuela Flores y Marco Felipe de la Vega Rivera, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa.

Dentro del proceso en cuestión, se pudo ratificar la ocurrencia de los siguientes hechos por los cuales se sentenció a Emilio de la Mahotiere González, como cómplice y encubridor:

"h) Que, transcurrida una espera de alrededor de 15 a 20 minutos, llegaron a la Quebrada El Way, varios vehículos militares en los cuales se desplazaban miembros de la comitiva del Oficial Delegado y personal militar de la zona, los que se detuvieron metros más delante de donde estaban los camiones, descendiendo de uno de ellos el Director de la Escuela de Blindados, quien procedió a ordenar a los oficiales que estaban a cargo de los camiones que bajaran a los prisioneros políticos de los vehículos y que los dejaran a disposición del personal que debía proceder a su ejecución en la zona de fusilamiento, disponiendo luego el repliegue de los oficiales y la patrulla; i) Que, los prisioneros fueron separados en grupos de tres o cuatro y llevados frente a un paredón y, a la orden del oficial a cargo del operativo, fueron ejecutados por miembros de la comitiva del Oficial Delegado y personal militar de la zona, mediante diferentes ráfagas de fuego, provenientes de las armas que portaban; k) Que, una vez terminado el fusilamiento, el jefe del operativo ordenó a los dos oficiales que estaban a cargo de la patrulla recoger los cadáveres y depositarlos en las carrocerías de los dos camiones y transportarlos hasta la

[27] *Debe decir " Felipe Luis Guillermo González Astorga".*

morgue de la ciudad, ubicada en Avenida Miramar N° 3250 de Antofagasta; l) Que, esa misma noche los cadáveres fueron entregados en la morgue, lugar donde se procedió a su identificación y, posteriormente, el médico legista dejó constancia que la causa de sus muertes se debía a heridas a bala con salida de proyectil; se extendieron los correspondientes certificados de defunción y los cadáveres fueron entregados a los familiares que reclamaron sus restos".

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se empezó a cumplir el 11 de febrero de 2016 y debió haber terminado en el mismo Centro el 27 de diciembre de 2018, por lo que, contados desde el 01 de abril de 2018, le restaban aún 8 meses y 26 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional. Frente a esta decisión, el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional.

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1600-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[28], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado como encubridor y cómplice de homicidio calificado y secuestro calificado.

Según consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) valida o justifica sus conductas delictuales. En su evaluación criminológica consta que "se percibe una actitud de apertura y colaboración, libre de instrumentalización…además rechaza haber provocado algún daño, no logrando plasmar una imagen de la víctima y menos generar una empatía hacia ellas… Respecto a un eventual arrepentimiento el informe respectivo y la evaluación criminológica del sujeto, evidencian que, al negar las conductas que le han sido imputadas y al no haber un reconocimiento del daño causado, no visualiza razones por las cuales deba arrepentirse".

De esta forma, don Tomás Gray Gariazzo, Presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros, porque: en primer término constituye una facultad de la Comisión, y además porque el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tiene insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales. Resuelve, además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos. También señala que el amparado fue postulado para Lista 1 por el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario de Punta Peuco, solicitud que fue rechazada por la Comisión de forma unánime.

c) Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional.

Con fecha 19 de Julio de 2018, la Corte de Apelaciones de Santiago conoció del amparo interpuesto en favor de Emilio Robert de la Mahotiere, en contra de la resolución de la Comisión de Libertad Condicional, donde se niega el beneficio al

[28] *Informe en causa rol 1600-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 17 de julio de 2018.*

amparado (causa rol 1600-18), acogiéndolo y, en consecuencia, ordenando a dicha Comisión evaluar nuevamente la postulación del amparado.

Basa dicha decisión, según la argumentación de sus considerandos, dentro de los cuales destacan el 4° y el 5°, en que en virtud del decreto 2.442, del año 1926, "lo que determina que un condenado deba ser ´recompensado´ con el beneficio de libertad condicional resulta ser, en definitiva, el hecho de que éste ´haya corregido su reprochable conducta y se encuentre rehabilitado para la vida social´, situación que deberá demostrar a través de su comportamiento intachable en el establecimiento penal y mediante manifestaciones prácticas que den cuenta de su interés en instruirse y de su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, de manera que si el supuesto precedentemente enunciado no se entiende suficientemente justificado por la Comisión de Libertad Condicional, puede dicho tribunal negar legítimamente el beneficio por no concurrir el presupuesto que lo haría procedente".

Señala que, más que demostrar un comportamiento intachable, la Comisión de Libertad Condicional evidencia una falta de fundamentación dentro del informe acompañado, en cuanto a la negación del beneficio invocado, calificando de "arbitraria" su decisión de mantener al amparado recluido en el recinto penal en que se encuentra.

Se resuelve lo anterior, pese a que dicha situación se debe al cumplimiento de una condena por delitos de lesa humanidad dictada por autoridad competente, en este caso, un Tribunal previamente constituido de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República.

A pesar de ello, la decisión de acoger el amparo fue acordada con el voto en contra de la abogado integrante señora Ramírez, quien estuvo por rechazar la acción constitucional deducida por las siguientes consideraciones, que resulta importante señalar:

1° Que el recurrente ha sido condenado por el delito de homicidio calificado, según antecedentes que rolan en autos, cuya regulación en la materia está prevista en el artículo 3, inciso 3°, del Decreto Ley N° 321 del Ministerio de Justicia.

2° Que el citado artículo establece:

"A los condenados por los delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, los contemplados en el número 2 del artículo 365 bis y en los artículos 366 bis, 366 quinquies, 367, 411 quáter, 436 y 440, todos del Código Penal, homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.".

3° Que del artículo transcrito en el considerando precedente, se desprende que la concesión del beneficio de libertad condicional, tratándose de los delitos allí enumerados, a diferencia de lo que acontece en los señalados en el artículo 2 del Decreto Ley en cuestión, es una facultad de la comisión recurrida, toda vez que el legislador emplea la expresión "podrá conceder el beneficio de libertad condicional".

4° Que a su turno el artículo 21 de la Constitución Política de la República indica: "Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente,

procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

5° Que consecuentemente a lo dicho no procede impugnar la decisión por esta vía recursiva, por cuanto ésta ha sido concedida para enmendar la ilegalidad del acto recurrido y adoptar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho, situación que no se puede verificar por cuanto si el acto que emana de la autoridad competente responde a una facultad concedida por ley, no puede a su vez ser constitutivo de ilegalidad, motivo por el cual se rechaza la acción constitucional impetrada".

d) Decisión de la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a Emilio Robert de la Mahotiere González.

Según consta en la sentencia de fecha 31 de julio del presente año, rol 16958-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Jorge Dahm Oyarzún., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y María Gajardo Harboe, resolvió: "Se confirma la sentencia apelada de diecinueve de julio de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el Ingreso Corte N° 1600-2018. Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, estuvieron por modificar la sentencia apelada sólo en cuanto ordena una nueva revisión de la Comisión de Libertad Condicional y disponer, en cambio, el inmediato cumplimiento de la decisión que le concede el beneficio de su libertad. Para ello tienen en consideración que, a su juicio, el amparado cumple todos los requisitos del Decreto Ley N° 321 y, por lo anterior, este es el mejor y más eficaz modo de hacer efectivo el derecho que se le tiene concedido".

7.- Libertad condicional otorgada a Moisés Retamal Bustos.

a) Condena por su autoría en el delito de secuestro calificado de Ariel Arcos Latorre, Juan Pavas Chunk-Galeazzo y Enrique Pargadoy (Episodio uruguayos).

Por fallo de la Corte Suprema de 13 de abril de 2015, Rol 21384-14, se confirmó la sentencia penal de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 de mayo de 2014, Rol 47-2013, la que a su vez había revocado la sentencia de primera instancia de fecha 10 de septiembre de 2012, Rol 2182-1998. En síntesis, se condenó a Moisés Retamal Bustos, como autor del delito de secuestro calificado cometido en contra de Ariel Arcos Latorre, Juan Pavas Chunck-Galeazzo y Enrique Pargadoy Saquieres, hecho ocurrido a partir de finales del mes de septiembre de 1973, hasta la fecha, aplicándosele la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta perpetua para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa. [29]

Atendida la extensión de la pena impuesta no se le concedió ningún beneficio establecido en la ley N° 18.216, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad según consta en autos.

Como fluye de los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago ya individualizado, se pueden advertir los hechos punibles por los cuales se condena al amparado, resumiéndose de la siguiente forma:

[29] *Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol 47-2013.*

"Considerando undécimo: Que, a esta altura cobran especial importancia los dichos de Luis Alarcón, enfermero militar en Puente Alto, (quien) a Fs. 1.129 a 1.132, en declaración manuscrita y tomada por el Tribunal, dijo recordar que efectivamente una mujer uruguaya llegó a la enfermería del regimiento, a la que califica de muy buena moza, y que había otra más en el cuartel (Fs. 1.129 y 1.130), supo que también hubo hombres uruguayos detenidos en el fortín, indicando que en la Sección Segunda trabajaban Cruces Tapia y Urbina, de Uriarte dijo que a veces éste "también interrogaba detenidos", viendo a detenidos torturados al interior de la Sección Segunda, constatando en una ocasión que un hombre murió por las torturas eléctricas en el interior de esa Sección de Inteligencia (Fs. 1.131)".

"Considerando décimo quinto: *Que, en cuanto a la participación de Moisés Retamal, Oficial de Ejército ya individualizado en autos, integrante de la Sección IIª, cabe recordar lo dicho por el Capitán Vargas Avendaño a fojas 647 y 648 y ratificada a Fs. 712 y 1.051. Allí señaló, en esa época Moisés Retamal y Latorre estuvieron "en el Departamento Segundo de Inteligencia, donde eran trasladadas las personas sospechosas de tenencia de armamento, para interrogarlas" (Fs. 647). Luego, a fojas 712 y 713 y ratificado a Fs. 1.051 dijo que "efectivamente el departamento segundo de Inteligencia estaba compuesto entre otros, por el teniente Moisés Retamales Bustos, el teniente Latorre Pinochet" bajo el mando del Comandante del Regimiento o de Martínez Benavides, porque conversaban indistintamente con uno u otro superior (Fs. 712).*

Finalmente sostuvo a fojas 1.051 y 1.052 que Retamal se desempeñaba "en el Departamento Segundo de Inteligencia" (Fs. 1.051), y que Retamal y Latorre "estaban a cargo de interrogar a las personas detenidas" allí (Fs. 1.052). Así también (fs. 1.053 y 1.054) en careo con Retamal Bustos, Vargas reiteró que Retamal ya el año 1973 estaba y lo vio en la Sección Segunda, donde eran interrogados los detenidos y ante las negativas de Retamal dijo que tiene buena memoria, por lo que no está equivocado.

Como corolario de todo lo anterior cabe recordar los dichos del propio Retamal a fojas 1.011 y 1.012, allí sostuvo que el año 1974 "fue jefe de la Sección Segunda" y que a veces algunos detenidos eran llevados al Estadio Nacional, suponiendo que "esto era decidido por la Sección Segunda y resuelto por el Mando del Regimiento" (Fs. 1.011)".

Según consta en el Formulario Consolidado de Postulación al proceso de libertad condicional del condenado, la pena en el Centro Penal Punta Peuco se empezó a cumplir el 18 de mayo de 2015 y debió haber terminado en el mismo Centro el 14 de mayo de 2021, por lo que, contados desde el 01 de abril de 2018, le restaban aún 3 años, 1 mes y 13 días de prisión.

Con fecha 30 de abril de 2018, la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó su solicitud de libertad condicional. Frente a esta decisión, el condenado dedujo recurso de amparo ante la referida Corte.

b) Resolución e Informe de la Comisión de Libertad Condicional.

Según consta en los autos de amparo tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1574-2018, la Comisión de Libertad Condicional, requerida de informe[30], acompañó los antecedentes por los cuales rechazó la solicitud de libertad condicional del condenado por secuestro calificado.

Según consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado y iii) disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que niega su

[30] *Informe en causa rol 1574-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de julio de 2018.*

participación en los hechos que se le imputan y por los cuales ha sido condenado, lo cual hace presente una total ausencia de arrepentimiento.

De esta forma, don Tomás Gray Gariazzo, presidente de la Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, informó a ésta que se rechazó la solicitud de libertad condicional, entre otros motivos, porque el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad, ya sea porque tiene insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales. Resuelve, además, que es facultad de la Comisión otorgar el beneficio de libertad condicional, y que, en el caso descrito, rechazó la solicitud del secuestrador dados los antecedentes referidos.

c) Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago referida al recurso de amparo deducido en contra de la Comisión de Libertad Condicional.

Con fecha 20 de julio de 2018, en la causa rol 1574-2018, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción de amparo deducida por el condenado Moisés Retamal Bustos, por cuanto: considerando que la negativa a conceder la libertad condicional no ha sido fundada por la Comisión en la norma de rango legal que la autorice para ello, no cabe sino concluir que su decisión deviene ilegal, lo que justifica que la acción de amparo sea acogida. Señala que, más que demostrar un comportamiento intachable, la Comisión de Libertad Condicional evidencia una falta de fundamentación dentro del informe acompañado, en cuanto a la negación del beneficio invocado, resolviendo así (calificar) de "arbitraria" su decisión de mantener al amparado recluido en el recinto penal en que se encuentra. Se resuelve lo anterior, pese a que dicha situación se debe al cumplimiento de una condena por delitos de lesa humanidad dictada por autoridad competente, en este caso, un tribunal previamente constituido de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República.

Cabe precisar que la decisión no fue unánime, ya que el ministro Llanos estuvo por rechazar el recurso *"teniendo especialmente presente que, en el caso que nos ocupa, el amparado cumple una condena por un delito de lesa humanidad, lo que de acuerdo al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, en su artículo 110 párrafo cuarto, establece requisitos adicionales para otorgar el aludido beneficio, lo que en este caso no se cumple; y teniendo además presente que dicha Convención Internacional sobre Derechos Humanos se encuentra ratificada y vigente, por lo que forma parte del bloque de constitucionalidad con arreglo al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental".*

d) Decisión de la Segunda Sala de la Excelentísima Corte Suprema de otorgarle la libertad condicional a Moisés Retamal Bustos.

Según consta en la sentencia de fecha 31 de julio del presente año, rol 16961-2018, la Sala Penal de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Jorge Dahm Oyarzún., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuaud D., y María Gajardo Harboe, resolvió: "*Se confirma la sentencia apelada de veinte de julio de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el Ingreso Corte N° 1574-2018.* Se puede destacar dentro del considerando tercero, lo siguiente: *"Que, por otra parte, las Convenciones suscritas por Chile en materia de Derechos Humanos no impiden reconocer a los condenados su derecho a reincorporarse a la sociedad mediante mecanismos como el de la Libertad Condicional y, concordantemente, el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos vs. Perú, en la resolución sobre el cumplimiento de la sentencia de 7 de septiembre de 2012, sólo cuestiona el otorgamiento "indebido" de beneficios en la ejecución de la pena, lo que eventualmente puede conducir a una forma de impunidad,*

situación que no se presenta en el caso de autos, donde el amparado cumple los extremos legales y reglamentarios para acceder a la libertad condicional".

Sin embargo, el fallo aludido no fue acordado de forma unánime, debido a que el Ministro señor Dahm y la abogada integrante Sra. Gajardo, estuvieron por revocar la sentencia recurrida, en atención a lo siguiente:

"1° Que en el caso sub lite, según consigna el informe de la Comisión de Libertad Condicional, el encartado fue condenado a la pena de seis de años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de secuestro calificado, que fue establecido, además, como de lesa humanidad.

2° Que el carácter de delito de lesa humanidad por el cual fue condenado el solicitante impide concluir, en las actuales condiciones, que Moisés Retamal Bustos cumpla el tiempo mínimo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley N° 321 para postular a la libertad condicional, en concordancia con los artículos 110 del Estatuto de Roma, promulgado por Chile con fecha 1 de agosto de 2009, y 5 de la Constitución de Política de República, que si bien contempla la posibilidad de reducir la pena por delitos de lesa humanidad ello es sólo procedente cuando "el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua" (artículo 110, regla 3ª), lo que no acontece en la especie".

VI.- CAPÍTULOS ACUSATORIOS.

<u>CAPÍTULO I.</u> DE LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL QUE CABE A LOS MINISTROS ACUSADOS, POR HABER FALTADO DE MANERA GRAVE O NOTABLE AL DEBER DE REALIZAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD AL MOMENTO DE RESOLVER UN CONJUNTO DE RECURSOS DE AMPARO, QUE FUERON INTERPUESTOS POR CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD, DEJANDO A ÉSTOS EN LIBERTAD CONDICIONAL.

I. Los hechos que fundamentan el presente capítulo.

Los hechos relatados en el apartado quinto de este escrito de presentación forman parte íntegra de este capítulo acusatorio, dándose así cumplimiento al art. 51 de la Ley Orgánica Constitucional Congreso Nacional. Sin perjuicio de ello, los acusadores realizan la siguiente referencia extractada de las resoluciones ya aludidas.

La Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema (Sala Penal), los días 30 y 31 de julio de 2018, procedió a revocar y confirmar, respectivamente, diversas sentencias dictadas por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que habían denegado o dado lugar a sendos recursos de amparo, respecto de la decisión de la comisión de libertad condicional que denegó el beneficio a condenados por crímenes de lesa humanidad.

A continuación se exponen -de forma sintética- cada una de las resoluciones dictadas por la Corte Suprema, en dos grupos según el día en que fueron dictadas, atendidas las similitudes existentes entre ellas, los ministros que las dictaron y la decisión de revocar o acoger los recursos de amparo.

1. Resoluciones dictadas el día 30 de julio de 2018.

Este día la sala penal de la Corte Suprema estuvo integrada por los ministros Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Manuel Antonio Valderrama y los abogados integrantes Ricardo Abuauad y Antonio Barra, quienes dictaron resolución en las siguientes causas:

1.1. Causa Rol 16.817. La Corte Suprema revocó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 1589-2018) y acogió el recurso de amparo, otorgando en consecuencia el beneficio de libertad condicional al amparado. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, Abuauad y Barra. El Ministro Künsemüller manifestó una prevención.

El condenado, Gamaliel Soto Segura, se encontraba cumpliendo una pena de diez años y un día de presidio, impuesta por el delito de secuestro calificado.

1.2 Causa Rol 16.819. La Corte Suprema revocó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1571-2018) y acogió el recurso de amparo, otorgando en consecuencia el beneficio de libertad condicional al amparado. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, Abuauad y Barra. El Ministro Künsemüller manifestó una prevención.

El condenado, Manuel Antonio Pérez Santillán, se encontraba cumpliendo una pena de cinco años y un día de presidio impuesta por el delito de secuestro.

1.3. Causa Rol 16.820. La Corte Suprema revocó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1590-2018) y acogió el recurso de amparo, otorgando en consecuencia el beneficio de libertad condicional al amparado. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Künsemüller, Abuauad y Barra. El Ministro Künsemüller manifestó una prevención.

Fue acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro Valderrama, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada, atendido que el amparado se encontraba sometido a proceso en otra investigación actualmente en curso.

El condenado, José del Carmen Quintanilla Fernández, se encontraba cumpliendo una pena de cinco años y un día de presidio impuesta por el delito de secuestro calificado.

1.4. Causa Rol 16.821. La Corte Suprema revocó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1570-2018) y acogió el recurso de amparo, otorgando en consecuencia el beneficio de libertad condicional al amparado. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, Abuauad y Barra. El Ministro Künsemüller manifestó una prevención.

El condenado, Hernán Ernesto Portillo Aranda, se encontraba cumpliendo una pena de cinco años y un día de presidio impuesta por el delito de secuestro calificado.

1.5. Causa Rol 16.822. La Corte Suprema revocó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1568-2018) y acogió el recurso de amparo, otorgando en consecuencia el beneficio de libertad condicional al amparado. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, Abuauad y Barra. El Ministro Künsemüller manifestó una prevención.

El condenado, Felipe Luis Guillermo González Astorga, se encontraba cumpliendo una pena de cinco años y un día de presidio impuesta por el delito de secuestro calificado.

2. Resoluciones dictadas el día 31 de julio de 2018.

Este día la sala penal de la Corte Suprema estuvo integrada por los ministros Hugo Dolmestch, Manuel Antonio Valderrama, Jorge Dahm y los abogados integrantes Ricardo Abuauad y María Cristina Gajardo Harboe, quienes dictaron resolución en las siguientes causas:

2.1. Causa Rol 16.958. La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1600-2018), que acogía el recurso de amparo, ordenando a la Comisión de Libertad Condicional que volviera a evaluar la postulación del amparado. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Valderrama, Dahm, Abuauad y Gajardo.

El Ministro Dolmestch y el abogado integrante Abuauad manifestaron una prevención, en orden a modificar la sentencia apelada sólo en cuanto ordena una nueva revisión de la Comisión de Libertad Condicional y disponer, en cambio, el inmediato cumplimiento de la decisión que concede el beneficio de libertad condicional.

El condenado, Emilio Robert de la Mahotiere González, se encontraba cumpliendo una pena de tres años y un día de presidio impuesta por el delito de homicidio calificado.

2.2. Causa Rol 16.961. La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1574-2018), que acogía el recurso de amparo. Votaron a favor los Ministros Dolmestch, Valderrama y Abuauad.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro Dahm y la abogada integrante María Cristina Gajardo Harboe, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada.

El condenado, Moisés Retamal Bustos, se encontraba cumpliendo una pena de seis de años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de secuestro calificado.

II. Sobre el deber que tienen los ministros de la Excma. Corte Suprema de Justicia de ejercer, en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un control de convencionalidad.

A) Sobre el deber de los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, en el ejercicio de su función jurisdiccional, de respetar la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La Constitución establece en el artículo 5°, inciso segundo, que "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como (por) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.".*

A su vez, el artículo 6°, consagra que: *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme ella, y garantizar el orden institucional de la república.*

Los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.".

Para el profesor CLAUDIO NASH, después de la reforma de 1989 al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, "es posible sostener que la normativa internacional –incluyendo su desarrollo jurisprudencial– junto con los derechos consagrados en el texto constitucional, constituyen un "Bloque de Constitucionalidad" que debe servir de baremo de constitucionalidad y que obliga a todos los órganos del Estado en virtud de lo preceptuado por el artículo 6° de la Constitución Política". El mismo autor sostiene que "es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia constante de la Corte Suprema que los tratados internacionales tienen jerarquía supra legal". [31]

En cuanto a la concepción y jerarquía sobre los derechos fundamentales y la diferencia existente entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, el mismo autor destaca que el máximo tribunal del país ha tenido una tendencia a "ampliar la concepción de derechos fundamentales que había sido sostenida tradicionalmente por nuestra jurisprudencia constitucional".[32] En apoyo de esta afirmación, una sentencia de la Corte Suprema establece que:

> "35º. [Y] en cuanto el Pacto (refiriéndose a los convenios de Ginebra de 1949) persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido 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 desconocidas". [33]

Ahora bien, la Corte Suprema no se ha limitado a recurrir exclusivamente a la normativa internacional para fundar sus fallos. También encontramos casos en que ha utilizado en causas penales la jurisprudencia de la Corte IDH, para ordenar la interpretación que debe efectuar al derecho interno. Un caso destacado por NASH, es el uso que hace la Corte Suprema de la jurisprudencia de la Corte IDH para fijar el alcance de una obligación general, como es la obligación de garantía:

> "La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ha sido también afirmada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, entre otros casos en Velásquez Rodríguez (1998); Godínez Cruz (1989), Blake (1988) y, muy especialmente, en Almonacid Arellano y otros versus Chile, de 26.09.2006, donde se señala que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos "es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general (considerando 19º)". [34]

El Estado de Chile ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" y este se encuentra plenamente vigente. El Estado ha reconocido la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que la competencia de la Corte es obligatoria de pleno derecho respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 62 del instrumento.

---

[31] *NASH, Claudio. Control de Convencionalidad de la dogmática a la implementación, México, Editorial Porrúa. 2013, 100 p.*
[32] *NASH, Claudio. Loc. Cit, 105 p.*
[33] *Sentencia rol Nº 517-2004, de fecha 7 de noviembre de 2004.*
[34] *Sentencia rol Nº 696-2008, de fecha 25 de mayo de 2009, considerando 11º.*

El artículo 62, inciso tercero, respecto de las facultades de interpretación y aplicación de la Convención por la Corte IDH, prescribe que esta *"tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.".*

El profesor HUMBERTO NOGUEIRA confirma lo anterior, indicando que los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y han reconocido la jurisdicción vinculante de la Corte IDH (en virtud de los artículos 62 a 69), "se han obligado a cumplir sus fallos en forma definitiva e inapelable, como obligación de resultado".[35]

En cuanto a las reglas o estándares interpretativos que deben utilizarse para determinar el sentido y alcance de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tenemos, en primer lugar, el principio de buena fe. Mediante este principio, consagrado expresamente en la Convención de Viena en los artículos 26 y 31, los Estados deben dar su "observancia con la voluntad real y cierta de hacerlos efectivos".[36] Además, de la aplicación del principio de buena fe existen una serie de otros principios hermenéuticos, como son: a) Interpretación unitaria o sistemática, por el cual no es posible hacer distinciones o jerarquías entre los diversos elementos de análisis; b) Integralidad en la interpretación, que impide la aplicación aislada de un tratado sin considerar "los principios generales del derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o complementa, como tampoco es posible ignorar las otras fuentes del derecho que sirvan para entregar claridad o sirvan de complemento"; c) Criterio teleológico, esto es, interpretar buscando el cumplimiento de la finalidad y objeto del Tratado; y, por último, d) el criterio sobre el carácter dinámico o evolutivo de la interpretación, que busca una lectura útil de la norma adecuada al contexto del titular del derecho, que puede ser distinto de aquel en que se dictaron los instrumentos jurídicos.[37] En el sentido anterior, la Corte IDH ha indicado:

> *"En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29º de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados".*[38]

B) Sobre el deber que tienen los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, en el ejercicio de su función jurisdiccional, de ejercer el Control de Convencionalidad.

El Ministro de la Excma. Corte Suprema, SERGIO MUÑOZ, señala que *"Siguiendo a Nogueira Alcalá, el fundamento normativo positivo del control de convencionalidad surge de las obligaciones erga omnes que los Estados Partes asumieron libre y voluntariamente al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos; reconocer la jurisdicción vinculante de las sentencias de la CIDH, las que*

---

[35] *NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales", en su: La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago de Chile, Librotecnia, 2014, pp. 398.*
[36] *NASH, Loc. Cit, 515 p.*
[37] *Cfr. NASH, Loc. Cit, 515-517 p.*
[38] *Corte IDH. Caso Yakye Axa vs Paraguay (2005), párrafos 66 y 67.*

constituyen obligaciones de resultado para el Estado Parte, de acuerdo con los artículos 67 y 69 de la misma Convención y considerar a la CIDH como intérprete auténtica y final de la CADH". [39]

El profesor NASH -en igual sentido- destaca que "la Corte ha planteado que todas las autoridades del Estado -y, en particular, las del Poder Judicial- deben hacer un control de convencionalidad de las normas a aplicar en el ámbito interno. Este control de convencionalidad es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH y su jurisprudencia, y que se traduce básicamente en un ejercicio hermenéutico, es decir, interpretar las normas incompatibles con la CADH (o en algunos casos expulsarlas del ordenamiento jurídico), de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado".[40]

El control de convencionalidad se ha entendido que *"es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la CIDH en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los estados partes, conforme a los artículos 67 a 69 de la CADH; como por las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, son jueces del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten la Convención, utilizando para ello los principios de progresividad y a favor persona"*[41]*.* Por tanto, logramos distinguir dos ámbitos en que debe efectuarse este tipo de control, uno externo, que corresponde a la Corte IDH; y otro interno, que corresponde al órgano jurisdiccional nacional. Un ejemplo, del tipo de control externo es la sentencia contra el Estado de Chile en el comentado caso Almonacid.

Se ha entendido que el Control de Convencionalidad *"aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile"*[42]*,* causa en que el Estado de Chile resultó condenado, siendo declarado responsable internacionalmente. Entre los considerandos de la sentencia resulta decisivo el número 124, que impone a los Jueces la aplicación del control de convencionalidad.

> "121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley N° 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, (…) no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso (…)." (Decreto ley de auto amnistía).
>
> "122. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma."

---

[39] *MUÑOZ SERGIO, Sergio. El estándar de convencionalidad y el principio pro homine. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coordinador), La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago de Chile, Librotecnia, 2014, pp. 206-207.*

[40] *NASH, Loc. Cit, 537 p.*

[41] *NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales", en Revista de Derecho Público.*
, Vol. 76, año XX, p.403.

[42] *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7, pp.4.*

> "123. (…) El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana."
>
> "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.".

El profesor NOGUEIRA enfatiza -respecto al control interno- que "[e]n tanto intérprete y aplicador del corpus iuris interamericano, el juez nacional es llevado a conocer un contencioso antes de que éste llegue a manos de la Corte Interamericana. Por tanto, respondiendo a los medios invocados por las partes, deberá considerar en lo pertinente la CADH y el corpus iuris interamericano, debiendo realizar una interpretación del mismo que considere la jurisprudencia de la CIDH existente sobre la materia. No hacerlo genera el riesgo de que el Estado Parte sea condenado por violación de derechos humanos, siendo el acto de un tribunal nacional el responsable de tal vulneración"[43]. Esto último resulta de la mayor gravedad, puesto que los jueces, ante una obligación positiva de ejercer el referido control de convencionalidad, pueden, si no cumplen con dicho deber, exponer al Estado de Chile a un riesgo cierto de ser responsable internacionalmente.

Al examinar la experiencia comparada, constatamos que el control de convencionalidad ha tenido una general recepción y aplicación por los Tribunales Superiores regionales. Así lo constata la propia Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

> "283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.".

El control de convencionalidad ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, y podemos encontrar ejemplos ampliamente conocidos en casos

---

[43] *NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El Estado juez: el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales", en Revista de la Defensoría Penal Pública, Nº 8, julio 2013, p.48.*

vinculados a la aplicación del D.L. N° 2.191 (de autoamnistía) y la prescriptibilidad a casos sobre derechos humanos, en que la Corte Suprema -aplicando el referido control- ha dado una aplicación preferente a la normativa internacional por sobre la regulación legal interna, advirtiendo la incompatibilidad entre la norma legal con las obligaciones internacionales del Estado. [44]

El caso más emblemático donde la sala penal de la Corte Suprema aplica el estándar fijado por la Corte IDH es el caso Almonacid, en el cual la Corte nacional desplaza el decreto ley de amnistía y las normas de prescripción del Código Penal, "aplicando el estándar (de) que ellas solo operan para delitos comunes y no para crímenes de guerra o de lesa humanidad o aplicación de amnistía ni prescripción a crímenes desarrollados por agentes del Estado como parte de una política institucional de eliminación física de enemigos políticos, determinando que se investigue, determinen responsables y se apliquen las respectivas sanciones penales, lo que se concreta normalmente desde diciembre de 2006 en que se inaugura dicha línea jurisprudencial en aplicación del estándar convencional Almonacid Arellano."[45]

Otro caso más reciente y relevante es el rol 9.031-2013[46], en que la Corte Suprema manifiesta las razones de la obligatoriedad del control de convencionalidad y en qué consiste. En el considerando 12º desarrolla los argumentos del siguiente modo:

> "DECIMO SEGUNDO: Control de respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales. Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad.
>
> La función que les corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, es velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y *ius cogens*, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso. Se desarrollará así un diálogo con las instancias internacionales que permita brindar un adecuado sentido y alcance a todas las fuentes del derecho

---

[44] *El Magistrado Sergio Muñoz, en su artículo antes citado, enumera una serie de casos en que –a su juicio- la Corte Suprema ha efectuado un control de convencionalidad: Caso Secuestro de Pedro Enrique Poblete Códova; Caso Secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez; Caso Molco, 2006; Caso Prats; Caso Rody Cárcamo Ruiz; Caso "Episodio Héctor Vergara Doxrud"; Caso General y Senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte y otros; Caso "Desaparición de Eduardo González Galeno.*

[45] *NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de la jurisdicciones nacionales" En su: La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago de Chile, Librotecnia, 2014, pp. 408.*

[46] *Corresponde a una causa de extradición de un ciudadano boliviano a la República de Argentina.*

nacional e internacional de los derechos humanos, sobre la base de los principios de máxima consideración, progresividad, no regresión y favor persona, única forma de evitar la responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos."
(…)
(Párrafo cuarto) **"**Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, 5° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales.".
(…)
(Párrafo sexto) **"**En el mundo actual todas las jurisdicciones reclaman un papel predominante en torno a la interpretación de los derechos y garantías fundamentales: primeros, únicos y finales. En realidad todos tienen la posibilidad de aplicarlos, y para ello, de interpretarlos, la diferencia estará en la competencia que le reconozca el ordenamiento jurídico para hacerlo.".

(Párrafo séptimo) "Los tribunales internos son los primeros llamados a reconocer, interpretar y aplicar los derechos y garantías constitucionales. Los tribunales nacionales tienen en su competencia un margen de apreciación tanto al establecer los hechos como el derecho, sin que pueda considerarse a los tribunales internacionales como una cuarta instancia que revise la sentencia, el procedimiento y todo el conflicto, fijando incluso nuevamente los hechos para decidir sobre la naturaleza y extensión de las garantías."

C) De la manera como debe efectuarse el control de convencionalidad.

La Corte ha ido progresivamente delineando el contenido y alcance de este tipo de control, que puede resumirse en las siguientes características, que emanan de una serie de sentencias[47]:

1. El control de convencionalidad debe ser realizado *ex officio* y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes.

"128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.". Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

[47] *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7, pp.5-12.*

2. La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

> "225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.
> En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.". Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

3. El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública, no existiendo un modelo único de control.

> "193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." Caso Gelman vs. Uruguay (Sentencia de 24 de febrero de 2011).

> "124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión […] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.". Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (Sentencia de 30 de enero de 2014).

4. El parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados sobre derechos humanos.

> "330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.". Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

En palabras del profesor GONZALO AGUILAR "el control de convencionalidad se debería producir por parte de los órganos del Estado respecto de toda obligación internacional convencional que el Estado haya asumido, y no, únicamente, respecto de la CADH".[48]

5. El parámetro de convencionalidad incluso abarca las opiniones consultivas.

"31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.l) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.". Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014.

[48] *AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Capítulo III. Obligatoriedad del control de convencionalidad para los Estados Parte de la CADH". En su: "Control de Convencionalidad Interno". Santiago de Chile, Librotecnia, 2018, p. 165.*

6. Los Estados no pueden invocar normas de derecho interno para evitar el cumplimiento de las obligaciones convencionales.

> "77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.". Caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007.

7. El referido control de convencionalidad obliga al Estado a adecuar su legislación interna, provocando la expulsión de normas contrarias a la CADH o una interpretación conforme a la misma.

Un ejemplo de la obligación de expulsar una norma del ordenamiento jurídico interno es la sentencia del caso Almonacid (ya citado). Otra sentencia en este mismo sentido es el Caso Mendoza y otros vs. Argentina (Sentencia de 14 de mayo de 2013), que obliga al Estado (a) que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana (y otros tratados) no se vean menoscabados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias al objeto o fin de la Convención.

8. Para la Corte IDH el Poder Judicial debe considerar las normas del tratado así como la interpretación que ha efectuado la misma Corte, que adquiere "eficacia directa" atendido el efecto "expansivo" de la jurisprudencia convencional.

En este sentido, la Corte ha indicado que "el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (P.39, Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009).

Esto se ve reforzado, para el caso del Estado Chileno, con ocasión del fallo de la Corte en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Sentencia del 24 de febrero de 2012).

> "284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.".

El actual Presidente de la Corte IDH, FERRER MAC-GREGOR, en su voto razonado en la sentencia de la Corte, para el caso "Cabrera García y Montiel vs. México", establece que "La jurisprudencia de la Corte IDH adquiere "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material". Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce "efectos expansivos" de la jurisprudencia convencional y no

solo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia.”.

9. El ejercicio del control de convencionalidad importa la incorporación de las normas sustantivas y de los estándares interpretativos para que sea efectivo, descontando la mera enunciación a los tratados o una “interpretación neutralizadora” de los instrumentos.

El párrafo quinto, del considerando 12º, de la causa rol 9.031-2013 (antes citado), precisa que la simple mención a los tratados internacionales no basta para que podamos afirmar estar frente a un control de convencionalidad:

> (Párrafo quinto) “La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo. En otras palabras se debe efectuar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho la naturaleza de los tratados, su objeto y fin, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta.”

Sobre la categoría de interpretación neutralizadora, NOGUEIRA -siguiendo a Sudre- entiende que ese tipo de interpretación corresponde a una “estrategia de evadir, eludir o de evitar, tendiente a neutralizar la interpretación del corpus iuris interamericano, de la Convención Europea de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la CIDH o del TEDH, creando, por una interpretación forzada del derecho nacional, una reescritura de la ley o una especie de mutación, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma interamericana o europea en su caso.”[49]

Para concluir el análisis sobre cómo debe efectuarse el control de convencionalidad, la propia Corte Suprema, en la causa rol 9.031-2013, realiza un examen acucioso de los aspectos más importantes que debe contemplar el control de convencionalidad:

> Considerando 12º, párrafo tercero: “Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar todo el sistema de fuentes del derecho, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla de oficio dentro de sus competencias, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los tribunales nacionales que son el garante

[49] *NOGUEIRA, Humberto. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011. 2012, Revista de Estudios Constitucionales, 10 (2): 95 p.*

> natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario."

En definitiva, lo que hace la Corte IDH y su jurisprudencia es fijar reglas interpretativas, ya sea positivas o negativas, que deberán ser utilizadas por los órganos jurisdiccionales -especialmente- al momento de resolver un caso concreto, para que así la resolución del mismo sea coherente con el corpus iuris en general, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma jurisprudencia de la Corte IDH u otros tratados.

Sobre el particular, los acusadores creen estar frente a lo que GARCÍA AMADO denomina "reglas interpretativas", en oposición a los "criterios interpretativos". Una regla interpretativa son argumentos interpretativos, es decir, razones que sirven para elegir entre interpretaciones posibles, pero que operan de modo opuesto a los criterios interpretativos, ya que las reglas interpretativas "descartan o imponen" una de las opciones interpretativas posibles, a diferencia de los criterios interpretativos, que permiten justificar una opción interpretativa, "pero siempre sabiendo que contra el criterio que respalda una opción interpretativa se puede hacer valer otro criterio que sostiene una opción interpretativa distinta."[50]

Las reglas interpretativas –siguiendo al mismo autor- son de dos tipos: negativas o positivas. Las reglas negativas "son las que eliminan alguna (o algunas) de las interpretaciones posibles, aun cuando pueda estar apoyada en uno o varios criterios interpretativos", es decir, "son las que excluyen cierta interpretación en principio posible, por poseer determinada propiedad que la regla señala como causa de exclusión". Pensemos acá en aquella regla que impide al Estado esgrimir reglas de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado o la no aplicación del mismo a un caso concreto. Las reglas positivas "son las que marcan la preferencia de una de las interpretaciones posibles, por poseer cierta propiedad o efecto al que la regla alude como determinante de esa preferencia".

D) Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de "libertad condicional".

En este apartado, se centra la atención en aquella jurisprudencia de la Corte IDH vinculada con el beneficio de la "libertad condicional", exponiendo las reglas que la Corte utiliza en el examen de este asunto y que son las que deben seguir los jueces nacionales.

1. La Corte establece que los Estados deben ponderar la aplicación de los "beneficios carcelarios" cuando se trate de delitos de lesa humanidad, es decir, hace una distinción entre el otorgamiento de estos beneficios a condenados por delitos comunes de aquellos criminales condenados por delitos de lesa humanidad.

Además, la regla empleada por la Corte en el caso anterior se aplica sin "entrar a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna" (primera frase destacada), es decir, la distinción no viene dada por el derecho positivo nacional.

> "…145. El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vásquez Chumo. No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate

[50] *GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "Razonamiento Jurídico y Argumentación". León, España. Eolas Ediciones, 2013, 123 p.*

de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad…" (*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, párr. 145).*

2. Los Estados deben asegurar que las penas impuestas y su ejecución no se conviertan en factores de impunidad. Lo anterior obedece a la regla de proporcionalidad y al deber de perseguir a los responsables de las graves violaciones a DD.HH.

"150. Aún cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.

151. En cuanto a la pena impuesta, los autores materiales fueron condenados a 43 años de prisión efectiva como pena principal y 10 años de interdicción de derechos, como pena accesoria, en calidad de coautores responsables del delito de homicidio agravado, lo cual fue confirmado integralmente por la instancia de apelación. Posteriormente, en marzo y junio de 2006, los condenados obtuvieron la disminución de la pena a 26 años, diez meses y quince días. Finalmente, debido a beneficios otorgados en el cumplimiento de la pena, se concedió el beneficio de libertad condicional a Zúñiga Labrador en marzo de 2006 y a Medina Camacho en mayo de 2007. En definitiva cumplieron efectivamente la pena de 11 años y 72 días y de 12 años y 122 días, respectivamente, y actualmente se encuentran en libertad.

152. Además, según establecieron autoridades internas y tal como lo reconoció el Estado, los referidos suboficiales participaron en un operativo que derivó en el asesinato de un teniente el 14 de julio de 1999 durante su privación de libertad en un centro de reclusión militar. Llama la atención de este Tribunal que al ponderar la aplicación de beneficios en la ejecución de la pena no se haya considerado el hecho reconocido que durante su privación de libertad los mismos salieron del centro de reclusión militar y participaron del mencionado operativo. El otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso..." *(Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, supra nota 18, párr. 152 y ss.).*

3. Los Estados no deben otorgar beneficios que, en la ejecución de la pena, puedan conducir a una forma de impunidad.

El fallo de la Corte IDH de 7 de septiembre de 2012, en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (controvertido por la Corte Suprema en los fallos citados), señala lo siguiente:

> "55. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. Del mismo modo, el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos…".

Por último, resulta necesario aclarar -adelantando el análisis que se efectuará después- que la expresión "indebido" que utiliza la Corte no está siendo empleada en referencia a si los beneficios son contemplados o no por la legislación nacional. Sino, todo lo contrario, a si éstos deben o no (de ahí lo indebido) otorgarse a condenados por delitos de lesa humanidad y las condiciones en que pueden concederse, de manera que su eventual otorgamiento no signifique una forma de impunidad. Por tanto, que los beneficios se encuentren regulados en la legislación nacional y que los condenados cumplan con los requisitos no los convierte -de forma inmediata- en beneficios debidos, ya que es justamente respecto de la aplicación de la legislación nacional para el caso concreto en que es necesario efectuar el control de convencionalidad que exige la Corte IDH.

E) Algunas conclusiones del punto II) anterior concernientes al deber que tienen los Ministros de la Excma. Corte Suprema de Justicia de ejercer, en virtud de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, un control de convencionalidad al momento de ejercer su función jurisdiccional.

En atención a las razones precedentemente expuestas, se puede afirmar:

a) Que los órganos jurisdiccionales están obligados a honrar los tratados que ha suscrito el Estado de Chile, en cumplimiento de los principios que rigen el derecho internacional de los tratados, como son los principios "*pacta sunt servanda"* y "buena fe" (arts. 26 y 31 de la Convención de Viena).
b) Que el Estado reconoce las obligaciones del Derecho internacional, en los términos que emplean los propios tratados, y la jurisdicción de los tribunales u otros órganos que los interpretan. Si éstos prevén la ejecución obligatoria de lo decidido por éstos, es también obligatorio para Chile cumplirlo.[51]
c) Que el Estado se encuentra regido de forma imperativa y sin excepciones por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
d) Que en virtud de lo anterior el Estado de Chile y todos sus órganos, en particular el órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones, tiene la obligación jurídica de ejercer un control de convencionalidad.
e) Que la Corte Suprema de Justicia, como órgano superior de justicia, está en la obligación de ejercer el control de convencionalidad al momento de dictar una sentencia.

[51] *Conforme en lo substancial, Nogueira Alcalá, Dogmática constitucional, cit., cfr. págs. 87-88.*

f) Que el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone al Estado la obligación negativa de no desconocer lo resuelto por la jurisprudencia de los tribunales internacionales en general, y de la Corte IDH en particular, cuya jurisdicción el Estado aceptó.

g) Que en ejercicio del control de convencionalidad la Corte Suprema no puede esgrimir razones de derecho interno para dejar sin aplicación la Convención IDH y la jurisprudencia que la complementa. Por tanto, los problemas legales, por ausencia de mecanismos adecuados para aplicación de los Tratados, no significa que el Estado pueda sustraerse de cumplir y reconocer la obligatoriedad del derecho internacional y el derecho penal internacional. Los órganos jurisdiccionales, y la Corte Suprema como el máximo tribunal del país, no pueden argüir su propio derecho interno (Decreto ley de libertad condicional) para eximirse de acatarlos (artículo 27 de la Convención de Viena).

h) Que la Corte Suprema tiene el deber positivo de aplicar el Derecho interno en armonía con la Convención, lo que vale especialmente respecto de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos.

i) Que no realizar el control de convencionalidad respecto de la aplicación de una norma de rango legal que, a la luz del referido control resulta contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, compromete gravemente la responsabilidad internacional del Estado de Chile ante la comunidad internacional de naciones y, en específico, ante el sistema interamericano de derechos humanos.

III. Los ministros acusados de la Corte Suprema, en el ejercicio de su función jurisdiccional, no dieron cumplimiento a la obligación de ejercer un control de convencionalidad.

Afirman los firmantes del libelo que los acusados, en forma deliberada y consciente, incumplieron su deber de ejercer un control de convencionalidad, otorgando beneficios indebidos en el contexto de la ejecución de la pena, lo que en la práctica se transforma en una “forma de impunidad”, según se desprende de las siguientes consideraciones:

1. Los Ministros acusados esgrimen razones de derecho interno, en particular el Decreto Ley sobre libertad condicional y sus requisitos, para dejar sin aplicación el Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte IDH.

1.1. Los Ministros acusados citan el Estatuto de Roma, pero entregan un argumento de carácter literal para dejarlo sin aplicación al caso concreto.

En las causas Rol Nº 16817-18, 16819-18, 16821-18 y 16822-18, los Ministros Dolmestch y Valderrama acogen el recurso de amparo sin hacer ningún tipo de prevención.

En el considerando 3º, cuya redacción es igual en las cuatro causas mencionadas, y en la causa rol 16820-18, los Ministros acusados esgrimen un argumento de carácter literal:

> “3°) Que, sin perjuicio de lo anterior, conviene aclarar que aun cuando el párrafo 3° del artículo 110 del Estatuto de Roma establece restricciones para la reducción de la pena a quienes hayan sido condenados, entre otros, por crímenes de lesa humanidad -como se califica el cometido por el amparado-, tales limitaciones rigen sólo para la rebaja de sanciones

impuestas por la Corte Penal Internacional establecida por dicho Estatuto, lo que, huelga aclarar, no se ajusta al caso sub lite.".

En la causa Rol Nº 16820-18, el Ministro Dolmestch acoge el recurso sin hacer prevención y el Ministro Valderrama rechaza el recurso. En dicha causa se utiliza la misma redacción del considerando 3º.

Entrando al análisis de este punto, se puede advertir que los Ministros acusados citan el párrafo 3º del artículo 110 del Estatuto de Roma; confirman que el delito es de aquellos considerados como de lesa humanidad y, por último, afirman que no se aplica el Estatuto de Roma, por cuanto este regula lo referido a la rebaja de las sanciones que sean impuestas por la propia Corte Penal Internacional, lo cual no se ajusta al caso concreto.

Por tanto, se desprende que los Ministros no reconocen que el Estatuto de Roma pueda ser aplicado al caso concreto y para ello esgrimen una razón de texto, ya que el Estatuto se refiere a las "rebajas" y no al caso del otorgamiento de libertad condicional. Esta razón de carácter literal tiene como consecuencia dejar sin aplicación el Tratado de Roma y las reglas que son utilizadas para conceder beneficios como la libertad condicional para el derecho penal internacional. En el fondo, estamos ante una interpretación que neutraliza la aplicación de un tratado internacional, siendo que el artículo 110 del referido pacto no es otra cosa que la ratificación convencional de una regla que emana de los principios generales del derecho internacional. Esto se opone al cumplimiento de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena.

Además, no se advierte de lo razonado por los jueces que ellos realicen un ejercicio de ponderación para el otorgamiento del beneficio, que –como vimos antes- es una de las reglas que exige la jurisprudencia de la Corte IDH para casos de delitos de lesa humanidad, y prefieren antes el empleo de un estatuto legal aplicable a delitos comunes que aquel estatuto jurídico de aplicación general para los delitos de lesa humanidad.

El considerando 4º, cuya redacción es igual en las causas roles 16817-18, 16819-18, 16820-18, 16821-18 y 16822-18, señala en su último párrafo:
"Lo expuesto evidencia que, sin ser recogidas expresamente por nuestro ordenamiento constitucional o legal, las restricciones previstas en el artículo 110 del Estatuto de Roma no resultan atingentes para dirimir el otorgamiento de la libertad condicional, siendo necesaria su incorporación por vía legal desde que importan una restricción al derecho a recuperar la libertad ambulatoria que surge del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 2° del D.L. N° 321, como se desprende de lo prescrito en el artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución Política de la República.".

Este párrafo, deja patente la omisión de los Magistrados de efectuar un control de convencionalidad sobre la regulación legal vigente que sea coherente con las obligaciones internacionales. Como indicamos previamente, los magistrados no pueden esgrimir razones de derecho interno, en particular la ausencia de disposiciones legales, para dejar sin aplicación la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia que la complementa.

1.2. Sobre la cita a la jurisprudencia de la Corte IDH.-

El considerando 6º de las resoluciones aludidas, cuya redacción es idéntica en las causas roles 16817-18, 16819-18, 16820-18, 16821-18 y 16822-18, cita el caso "Barrios Altos vs. Perú", indicando que:

> “...el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos vs. Perú, en la resolución sobre el cumplimiento de la sentencia de 7 de septiembre de 2012, sólo cuestiona el otorgamiento “indebido” de beneficios en la ejecución de la pena, lo que eventualmente puede conducir a una forma de impunidad, situación que no se presenta en el caso de autos, donde el amparado cumple los extremos legales y reglamentarios para acceder a la libertad condicional.”.

Al referirse a la jurisprudencia de la Corte IDH relativa al otorgamiento de beneficios carcelarios, como es la libertad condicional, los acusadores señalan, primero, que la Corte lo que hace es exigir para su otorgamiento un ejercicio de ponderación para evitar que su concesión signifique una “forma de impunidad”. Es por eso que la Corte utiliza la expresión “indebido” para referirse a si el otorgamiento es debido o indebido en atención al ejercicio del control de convencionalidad y no si la concesión del beneficio cumple con los requisitos señalados por la ley nacional, como creen los magistrados. Por tanto, dicho argumento neutraliza la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte.

2. Los Ministros acusados reconocen el carácter de delitos de lesa humanidad cometidos por los amparados. Sin embargo, no practican el control de convencionalidad al momento de conceder el beneficio de libertad condicional.

En el considerando 8º, los Ministros hacen presente que no desconocen la gravedad de los delitos de lesa humanidad y que dichas consideraciones ya fueron utilizadas para excluir la extinción de la responsabilidad penal y civil por la supuesta amnistía y prescripción que les resultaría aplicable y para fijar la cuantía de la pena. Sin embargo, ese argumento ya no resultaría “razonable considerarlo nuevamente” para negar de manera “absoluta” el beneficio de libertad condicional.

Al respecto, aclaran los autores del libelo acusatorio que, precisamente, el derecho internacional no prohíbe de modo absoluto que se otorgue este beneficio a condenados por delitos de lesa humanidad, pero exige cumplir con un estándar más alto que el contemplado por la legislación nacional, conforme al Estatuto de Roma.

Los Ministros -sin fundamentar- afirman que el ejercicio del control de convencionalidad, que permitió no considerar el decreto ley de amnistía y la prescripción de la responsabilidad penal y civil, y que sí realizaron al momento de condenar a los amparados, ya no resultaría “razonable” aplicarlo respecto de la ejecución de la pena. ¿Cuáles serían las razones omitidas por los magistrados? ¿Por qué no deberían efectuar el control de convencionalidad ahora en la ejecución de la pena, en circunstancias que sí lo hicieron al condenarlos?

Del examen de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de libertad condicional, queda de manifiesto que la Corte no excluye el control de convencionalidad al momento del otorgamiento de beneficios carcelarios a criminales de lesa humanidad.

En los tres casos que son citados, la Corte llama a realizar el control tomando en consideración la gravedad de los delitos, de modo que su concesión no se constituya en una forma de impunidad y para eso resulta perentoria la aplicación de los estándares internacionales contenidos en el Estatuto de Roma, todo lo contrario a lo concluido por los Ministros, que por razones de derecho interno afirman que el Estatuto de Roma y sus reglas no son aplicables al caso concreto.

3. Los Ministros aplican el Decreto Ley sobre libertad condicional, dictado en 1925, respecto a delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

La Corte Suprema, en las resoluciones judiciales que sirven de sustento fáctico principal a este escrito, ha aplicado las normas contenidas en el Decreto Ley Nº 321 de 1925, que establece los requisitos y modalidades para conceder a condenados el beneficio de la libertad condicional.

Sobre el particular, cabe anotar que el Decreto Ley Nº 321 de 1925 es una norma cuyo origen se remonta a una época por mucho anterior a la aparición de la noción de delito de lesa humanidad. Tal constatación lleva a sostener, sin duda alguna, que su ámbito de aplicación no puede ser otro que el de los delitos comunes. Es decir, el legislador de la época, a saber, la Junta de Gobierno de 1925, no pudo tener en vista que lo dispuesto en el referido decreto ley fuera aplicable a una categoría de delitos que no existía en su momento y que fue construida a partir de fuentes eminentemente internacionales.

Los crímenes contra la humanidad poseen una categorización propia, tanto en el plano interno como internacional, lo que exige que la judicatura emplee en su tratamiento el estatuto propio de tales delitos y no haga extensiva la aplicación a éstos de regulaciones propias de los delitos comunes. De otra manera, la puerta para que la amnistía y la prescripción vuelvan a alzarse como instituciones jurídicas aplicables a casos de violación a derechos humanos queda entreabierta, contrariando la asentada y sana jurisprudencia que ha acogido los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En consecuencia, los jueces nacionales, incluido y especialmente el máximo Tribunal ordinario del país, deben hacer el ejercicio interpretativo y de elección de normas conforme a las obligaciones que el Estado ha asumido en el plano internacional, las que obligan no sólo al Estado Administrador, sino que a todos sus órganos y agentes, como ya se ha desarrollado latamente en los principios de Derecho Internacional General y como se ha asentado en la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos. Ello implica que ni el Poder Judicial, ni el Ejecutivo, ni el Congreso Nacional, ni el Tribunal Constitucional pueden desconocer las obligaciones y estándares exigidos al Estado en materia de Derechos Humanos.

Es así que la Corte Suprema, con un mínimo de consideración de estos elementos, debió llegar a la única conclusión posible en la materia: las disposiciones del Decreto Ley Nº 321, de 1925, no resultan aplicables a personas condenadas por delitos de lesa humanidad, pues, entre otras razones, su origen y fines indican claramente que no estaba en las miras del legislador de 1925 regular la libertad condicional de violadores de derechos humanos.

Los Ministros, empero, confirman que están frente a delitos de lesa humanidad, y aduciendo razones de derecho interno terminan aplicando el decreto ley sobre libertad condicional. Los requisitos que contempla el referido decreto resultan aplicables respecto de delitos comunes, pero -y en esto no se puede excluir a la jurisprudencia de la Corte IDH-, los requisitos legales del decreto ley son menos exigentes que los que son aplicables a los delitos de lesa humanidad, que contempla el Estatuto de Roma.

IV. El incumplimiento reviste la característica de "notable", al ser grave.

Las sentencias dictadas en las causas roles N°ˢ 16817, 16819, 16820, 16821, 16822, 16958 y 16961, todas de 2018, han comprometido gravemente la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Actualmente, la responsabilidad del Estado es determinada por el incumplimiento o, derechamente, vulneración de obligaciones internacionales contraídas en virtud de una fuente de derecho internacional. En materia de derechos humanos, las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha contraído son diversas, pero en el ámbito regional la prominencia del sistema interamericano de derechos humanos es indiscutible: establecido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos[52], tiene a la Corte Interamericana como intérprete auténtica del contenido de las obligaciones de estas fuentes de derecho internacional.

Establecido lo anterior, cabe destacar que la infracción o vulneración de una obligación internacional es producida por un hecho ilícito internacional. La doctrina distingue, en el hecho ilícito internacional, un elemento objetivo y otro subjetivo. El primero comprende todo comportamiento del Estado que constituye una violación a una obligación internacional. El segundo es la atribución de ese comportamiento a un sujeto de derecho internacional, en este caso, al Estado[53]. Así las cosas, se entiende la responsabilidad internacional del Estado como aquella institución jurídica en virtud de la cual el Estado al que le es imputable un acto ilícito según el derecho internacional debe reparar dicha conculcación.

El mismo profesor NOGUEIRA, ahora en el plano de la responsabilidad internacional del Estado, reflexiona que las jurisdicciones de los Estados deben aplicar la *ratio decidendi o holding* de los fallos ya resueltos por la Corte IDH, en aquellos casos que resulten idénticos o similares. Esto porque "no hay para qué hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por vulneración de derechos si ello se puede evitar aplicando de buena fe el *corpus iuris* interamericano en su estándar mínimo ya definido por la Corte Interamericana".[54]

El Estado de Chile ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "La última tentación de Cristo", Olmedo Bustos y otros vs. Chile (2001); Palamara Iribarne vs. Chile (2005); Claude Reyes y otros vs. Chile (2006); Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006); Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012); García Lucero y otras vs. Chile (2013); Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014); Maldonado Vargas y otros vs. Chile (2015); y, recientemente, en el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (Marzo de 2018). En todos estos casos, el Estado de Chile ha visto comprometida su responsabilidad internacional.

---

[52] *La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue publicada en el Diario Oficial de la República el 05 de enero de 1991. Conforme la doctrina y la reiterada jurisprudencia de los tribunales de justicia se entiende vigente en el orden internacional y en el derecho chileno, por tanto, fuente de obligaciones internacionales y con el mandato de ser cumplida como ley de la República LLANOS (2011), pp. 140-143; ALDUNATE (2010), pp. 185-210. Al respecto también se ha sostenido que en nuestro sistema jurídico: "los tratados para el operador jurídico, al menos se cumplen con la fuerza normativa de una ley de la República sin matizaciones." YÁÑEZ (2016), p. 250.*

[53] *MORENO (s/d), p. 1.*

[54] *NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de la jurisdicciones nacionales" En: La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago de Chile, Librotecnia, 2014, pp. 402.*

En el caso Almonacid, la Corte IDH se refiere expresamente a la consecuencia que produce el aplicar una ley violatoria de la Convención, que es la responsabilidad internacional del Estado:

> "123. (…) El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana."

Concluyen los acusadores que las sentencias dictadas, por no haberse ejercido un control de convencionalidad, son contrarias a la jurisprudencia de la Corte IDH y, por tanto, contrarias a la CADH, como ha sido expuesto en los capítulos precedentes, hecho que reviste la mayor gravedad pues el Estado de Chile arriesga ser condenado por la Corte IDH por incumplir sus compromisos internacionales en la materia, lo cual compromete al Estado frente a la comunidad de naciones.

Además, que el incumplimiento sea relativo a tratados de derechos humanos deja de manifiesto la gravedad y el carácter notable del incumplimiento o infracción del cual se acusa a los Magistrados. En este sentido, el efecto que se deriva del incumplimiento del control de convencionalidad (en la dictación de las aludidas resoluciones judiciales por los Ministros acusados) genera: 1. Riesgo cierto de hacer incurrir al Estado en su conjunto en Responsabilidad Internacional; 2. Prescindir del estatuto aplicable a los delitos de lesa humanidad, y 3. Por lo anterior, facilitar la impunidad de tales graves delitos contra la humanidad.

V. El incumplimiento es imputable a los acusados.

Se sostiene de manera pacífica que la acusación constitucional puede intentarse en contra de las autoridades y funcionarios establecidos en el artículo 52 Nº 2 de la Carta Fundamental, respecto de las causales expresamente contempladas, sobre lo cual se deducen dos exigencias:

a) *Infracción personal.* Es decir, la infracción o abuso que se le imputa a la autoridad debe ser cometida por ella, pues debe fundarse en decisiones o actuaciones que se produzcan mediante su participación directa. La responsabilidad se funda en actos u omisiones personales.

b) *Imputabilidad.* El acto que se atribuye a la autoridad debe ser realizado mediante su decisión libre. Según la doctrina, imputar es "atribuir a otro una culpa, delito o acción".

Al otorgar la libertad condicional a condenados por delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad, dejando sin aplicación los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional que son exigibles en esta materia, se compromete la responsabilidad internacional del Estado y se configura un notable abandono de deberes por parte de los Ministros acusados.

La infracción personal que cabe a los Ministros Dolmestch, Valderrama y Künsemüller está en haber revocado las sentencias apeladas de la Corte de Apelaciones de Santiago en las causas roles N°S 16.817-18, 16.819-18, 16.820-18, 16.821-18 y 16.822-18, y haber dejado sin aplicación el control de convencionalidad que debían

ejercer en virtud de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH. Este incumplimiento reviste el carácter de grave y notable, por lo cual se configura la causal de notable abandono de deberes respecto de los ministros que son acusados.

Respecto de las causas roles N°S 16.958-18 y 16.961-18, sólo cabe imputar una infracción personal a los Ministros Dolmestch y Valderrama, puesto que el Ministro Künsemüller no integró la sala que resolvió esas causas.

El grado de imputabilidad de los Ministros, entonces, está en haber confirmado las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, dejando sin aplicación el control de convencionalidad que debían ejercer en virtud de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH. Este incumplimiento reviste el carácter de grave y notable, por lo cual se configura la causal de notable abandono de deberes respecto de los ministros que son acusados.

CAPÍTULO II. DE LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL QUE CABE A LOS MINISTROS ACUSADOS POR HABER FALTADO DE MANERA GRAVE O NOTABLE A SUS DEBERES, AL HABER FACILITADO LA IMPUNIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

I. Los hechos que fundamentan el presente capítulo.

Nuevamente aquí, los acusadores dan por reproducidos los hechos relatados en el apartado quinto de este escrito de acusación, dando así por cumplido lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica Constitucional Congreso Nacional, sin perjuicio de lo cual realizan también una referencia extractada de las resoluciones ya aludidas.

En tal sentido, este acápite es idéntico al que fundamenta el Capítulo I del libelo acusatorio y en él se describe el contenido de las sentencias dictadas por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema (Sala Penal), los días 30 y 31 de julio de 2018, por las cuales procedió a revocar y confirmar, respectivamente, diversas sentencias dictadas por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que habían denegado o dado lugar a sendos recursos de amparo, respecto de la decisión de la comisión sobre libertad condicional, que denegó el beneficio a los condenados por crímenes de lesa humanidad Gamaliel Soto Segura, Manuel Antonio Pérez Santillán, José del Carmen Quintanilla Fernández, Hernán Ernesto Portillo Aranda, Felipe Luis Guillermo González Astorga, Emilio Robert de la Mahotiere González y Moisés Retamal Bustos.

II. El sustento normativo y jurisprudencial sobre el deber que tiene el órgano jurisdiccional de garantizar el acceso a la justicia en la ejecución de la pena de delitos de lesa humanidad, de modo de no facilitar la impunidad.

Advierten los firmantes del libelo que al acusar a los magistrados de la Corte Suprema les asiste una profunda responsabilidad de Estado y para con la democracia de nuestro país, pues luchar contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad es un deber ineludible para todos los poderes del Estado, y cualquier desviación en el ejercicio de las funciones constitucionales, imputables por vía de la acusación constitucional, debe ser perseguida en el marco de un justo y racional procedimiento.

Plantean que la facilitación de la impunidad de los delitos de lesa humanidad es inaceptable en toda etapa: prevención, investigación, sanción, y ejecución; y recuerdan que, 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. Citan al

respecto a la Dra. Galdámez, quien nos recuerda que el transcurso del tiempo debe ser necesariamente considerado al aproximarnos a este tópico jurídico y sostiene que: "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". [55]

Seguidamente, exponen los estándares que configuran el deber ineludible, de todos los órganos del Estado, de luchar contra la impunidad de los delitos de lesa humanidad.

A. Estándares del sistema universal de protección de derechos humanos:

1. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas (GTDFI).

Tras su última visita a Chile, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas (GTDFI) afirmó que la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante la Declaración), exige en el artículo 4º que la desaparición forzada sea sancionada considerando la gravedad del delito. [56]

Junto con lo anterior, el GTDFI verificó que varias de las personas condenadas por desapariciones forzadas han recibido beneficios y privilegios, tales como la concesión de beneficios intrapenitenciarios que les permitirían obtener salida dominical, salida de fin de semana, libertad condicional y/o reducción de pena antes del cumplimiento total de la condena original. Si bien el GTDFI considera que todas las personas condenadas por desaparición forzada tienen los mismos derechos que la población condenada en general, hay tres elementos indispensables que deben considerarse.

Por un lado, debe existir un debido control judicial de la concesión de cualquier tipo de beneficio. Además, debe considerarse la especial gravedad del delito al momento de evaluar la concesión de estos beneficios. Finalmente, debe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios, y los motivos particulares de la concesión en cada caso concreto.[57]

Estas recomendaciones fueron reiteradas en su reciente informe de seguimiento:

> 20. Con respecto a las sanciones, el Grupo de Trabajo reitera la importancia de que éstas consideren la gravedad del delito de desaparición forzada, en apego a lo dispuesto en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas en su artículo 4. Ello requiere que aquellas personas encontradas culpables de la comisión de desapariciones forzadas cumplan efectivamente con tales penalidades. El Grupo de Trabajo insiste en la importancia de evitar que el uso de atenuantes de responsabilidad que no se encuentran entre las admisibles en la

55 Galdámez, Liliana (2011): "Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos"; Editorial Librotecnia, Santiago de Chile; p. 172.

56 Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 29 de enero de 2013. A/HRC/22/45/Add.1- Párrafo 27.

57 Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 29 de enero de 2013. A/HRC/22/45/Add.1 Párrafo 32.

Declaración y otros instrumentos internacionales, afecten los derechos a la verdad y a la justicia y que el resultado de los procesos judiciales no evidencie la gravedad del delito. Le preocupa al Grupo de Trabajo que la aplicación de beneficios en la ejecución de la pena afecte el carácter reparatorio y su poder como garantía de no repetición de los procesos judiciales. El Grupo de Trabajo recuerda las disposiciones provistas en los artículos 16.3 (prohibición de privilegios)[58] y 18.1 (prohibición de aplicación de medidas que tengan el efecto de exceptuar a los acusados o condenados de las sanciones correspondientes)[59] de la Declaración.

21. El Grupo de Trabajo toma nota de las modificaciones realizadas al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y saluda la existencia de proyectos legislativos que dan lugar a un debate público sobre el tema de los beneficios intracarcelarios. En este sentido, el Grupo de Trabajo insta al Gobierno y al Poder Legislativo a permitir una amplia participación en los debates legislativos a las víctimas y familiares de personas desaparecidas y de otras graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, exhorta a los poderes del Estado a tomar en cuenta los estándares fijados en la Declaración y otros instrumentos que obligan a Chile, en particular los mencionados artículos 16.3 y 18.1.

B. Estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos:

La Corte Interamericana ha desarrollado una línea jurisprudencial clara en torno a la lucha contra la impunidad de los delitos de lesa humanidad, en un principio, permitiendo en las Américas la investigación y enjuiciamiento, y a día de hoy condenando claramente el facilitamiento de la impunidad por vía de beneficios en la ejecución de las penas de dichos crímenes.

Destacan en esta construcción los siguientes pronunciamientos:

- Caso Barrios Altos (2001):

"La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo I son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".[60]

---

[58] *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Artículo 16.3: No se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.*

[59] *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Artículo 18.1: Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal.*

[60] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 43.*

- Caso Benavides (2003):

"Que la Corte ha establecido en su jurisprudencia constante que es inadmisible la invocación de cualquier instituto de derecho interno, entre los que se encuentra la prescripción, que pretenda impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, en los términos de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados. De no ser así, se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación".[61]

- Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri (2004):

"El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vásquez Chumo. No obstante la Corte Considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad".[62]

- Caso Huilca Tecse con Perú (2005):

"El Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos. Además, deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, como lo ha hecho notar la Corte en otros casos".[63]

- Caso Manuel Cepeda con Perú (2010):

"Aun cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos

---

[61] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Benavides Cevallos, resolución de de cumplimiento de sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 18.*

[62] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 08 de julio 2004, párr. 145.*

[63] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Huilca Tecse Vs. Perú, Sentencia de 03 de marzo de 2005, párr. 108.*

como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado".[64]

- Caso Rodríguez Vera y otros (2014):

"Asimismo, la Corte nota que la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha indicado, específicamente respecto de Colombia, que "[l]a concesión ilegal de beneficios penitenciarios a miembros del Ejército detenidos en establecimientos o bases militares o condenados por graves violaciones de derechos humanos puede llegar a constituir una forma de impunidad".[65]

- Supervisión de cumplimiento Barrios Altos y la Cantuta (2018):

"Aun cuando la Corte Interamericana no ha examinado ningún caso en que la alegada violación consista en la aplicación de la referida figura jurídica peruana o alguna otra figura jurídica que permita que el Poder Ejecutivo extinga la pena impuesta en casos de graves violaciones a derechos humanos, sí se ha referido de forma general al deber estatal de abstenerse de recurrir a figuras "que pretendan […] suprimir los efectos de la sentencia condenatoria" y de efectuar un "otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena", así como a la importancia de que la sentencia se cumpla "en los términos en que sea decretada.

En síntesis, los Estatutos de los referidos tribunales penales internacionales únicamente regulan el otorgamiento de beneficios en la ejecución de la pena por esos mismos tribunales, siendo que además el de la Corte Penal Internacional lo que regula es la posibilidad de "reducción de la pena". Ello implica que las penas fijadas por el tipo de delitos conocidos por dichos tribunales penales internacionales no pueden ser perdonadas o reducidas por decisiones discrecionales de los Estados respectivos".

Esta Corte se ha referido a la importancia del principio de proporcionalidad, tanto en la fijación de la pena como en su ejecución. Ha sostenido que "la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos". Asimismo, ha indicado que, "[e]n atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado". Adicionalmente, ha sostenido que "[e]l otorgamiento indebido de […] beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos".

Por consiguiente, la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con penas apropiadas a la gravedad de la conducta delictiva, no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción en apego al principio de proporcionalidad. Como fue indicado, la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares.

Además, si se contempla una medida que afecte la pena dispuesta por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, particularmente si se

---

[64] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 150.*

[65] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 461.*

trata de una figura jurídica que permite que sea el Poder Ejecutivo quien extinga dicha pena mediante una decisión discrecional, es necesario que exista la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional de la misma, que permita realizar un análisis de ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida, en consideración de los estándares de derecho internacional expuestos. Por tratarse de graves violaciones a los derechos humanos y tomando en cuenta el desarrollo del Derecho Penal Internacional, resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares".[66]

De lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- La ejecución de la pena es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos de lesa humanidad y sus familiares.
- El otorgamiento de beneficios carcelarios no puede constituir una forma de impunidad.
- La aplicación de beneficios carcelarios en caso de delitos de lesa humanidad debe ponderarse en conformidad a los bienes jurídicos afectados y la culpabilidad del autor.
- Los tribunales nacionales no pueden reducir o perdonar penas de forma discrecional en el caso de delitos de lesa humanidad.
- El control jurisdiccional de los beneficios para la ejecución de la pena, en caso de delitos de lesa humanidad, debe incorporar los factores del art. 110 del Estatuto de Roma.

Por lo anterior, no es casualidad que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya manifestado su preocupación frente a las decisiones de la Corte Suprema arriba individualizadas. En un comunicado de prensa fechado el 17 de agosto del presente año, la Comisión enfatizó que las resoluciones de la Comisión de Libertad Condicional revocadas se habían basado en informes sicológicos que evidenciaban que los condenados no tenían conciencia del delito, ni del daño causado. Asimismo, recordó que "los delitos de lesa humanidad tienen una serie de características diferenciadas del resto de los delitos por los fines y objetivos que persiguen, entre ellas, el concepto de la humanidad como víctima y su función de garantía de no repetición de atentados contra la democracia y de atrocidades inolvidables" y citó a la Corte IDH que recientemente ha aclarado que:

"[A]l contemplarse una medida que afecte el cumplimiento de la pena por delitos de graves violaciones a los derechos humanos, se requiere realizar una ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, en consideración de los estándares de derecho internacional, tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares".[67]

---

[66] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Alto y Caso la Cantuta Vs. Perú, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 30 de mayo de 2018.*

67 CIDH. (2018). CIDH expresa preocupación por otorgamiento de libertad condicional a condenados por graves violaciones a los derechos humanos en Chile [comunicado de prensa]. En línea: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/185.asp (recuperado el 21 de agosto de 2018) .

III. Modo en que los ministros acusados han facilitado la impunidad.

Los acusadores aducen que los ministros de Corte afectados por la acusación han incumplido y abandonado sus deberes, en forma deliberada y consciente, al impedir el acceso a la justicia en la ejecución de penas de delitos de lesa humanidad, otorgando beneficios indebidos en ese contexto, lo que se traduce en concreto en una forma de impunidad, tal como se desprende de las siguientes consideraciones:

La libertad condicional, cuando se concede sin reunir los requisitos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, respecto de condenados por delitos de lesa humanidad, constituye facilitación de la impunidad.

1. La libertad condicional es un beneficio que puede ser concedido a los criminales de lesa humanidad, siempre y cuando se respete el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares.

2. Todas las fuentes de derecho internacional aquí expuestas son parte integrante del acervo jurídico universal y, por tanto, conocidas por los Ministros de la Corte Suprema, acusados en esta presentación. Es más, el procesamiento y condena de las personas responsables de estos crímenes se ha hecho sobre la base de las obligaciones emanadas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Por lo mismo, resulta una inconsistencia incomprensible e inexcusable que el *corpus* jurídico que ha permitido la condena de estas personas sea abandonado precisamente al momento de la ejecución de la pena.

IV. Notable abandono de deberes en el actuar de los ministros acusados.

A partir de lo expuesto en este capítulo acusatorio, queda de manifiesto que los hechos en que incurren los Ministros de la Corte Suprema que suscribieron las resoluciones ya individualizadas en esta acusación constitucional, infringen gravemente las obligaciones internacionales aquí reseñadas: i) garantizar, a través del ejercicio de la jurisdicción, el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares de delitos de lesa humanidad, ii) impedir la consolidación de un estado de impunidad de éstos (ambos deberes se fundan normativamente en los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1 y 2 de la misma).

De este modo, siguiendo el razonamiento de NOGUEIRA ALCALÁ, ya citado anteriormente, no cabe duda que los magistrados de los tribunales superiores de justicia acusados en el presente libelo han hecho abandono de sus deberes sustantivos y formales establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales y las leyes, que incluyen el respeto y promoción de los derechos esenciales y la correcta utilización de las fuentes del derecho, entre ellas los tratados internacionales, configurándose así un notable abandono de deberes imputable a ellos.

V. El incumplimiento de los deberes establecidos en los puntos II, III y IV de este capítulo, es imputable a los acusados.

Se sostiene de manera pacífica que la acusación constitucional puede intentarse en contra de las autoridades y funcionarios establecidos en el artículo 52 Nº 2 de la Carta Fundamental, respecto de las causales expresamente contempladas, sobre lo cual se deducen dos exigencias:

a) *Infracción personal.* Es decir la infracción o abuso que se le imputa a la autoridad debe ser cometida por ella, pues debe fundarse en decisiones o actuaciones

que se produzcan mediante su participación directa. La responsabilidad se funda en actos u omisiones personales.

b) *Imputabilidad.* El acto que se atribuye a la autoridad debe ser realizado mediante su decisión libre. Según la doctrina, imputar es "atribuir a otro una culpa, delito o acción".

Al otorgar la libertad condicional a condenados por delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad, dejando sin aplicación los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional que son exigibles en esta materia, se compromete la responsabilidad internacional del Estado y se configura un notable abandono de deberes por parte de los Ministros acusados.

La infracción personal que cabe a los Ministros Dolmestch, Valderrama y Künsemüller está en haber revocado las sentencias apeladas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en las causas rol N° 16.817-18, 16.819-18, 16.820-18, 16.821-18 y 16.822-18, vulnerando el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, facilitando la impunidad. Este incumplimiento reviste el carácter de grave y notable, por lo cual se configura la causal de notable abandono de deberes respecto de los ministros que son acusados.

Respecto de las causas rol N°S 16.958-18 y 16.961-18, sólo cabe imputar una infracción personal a los Ministros Dolmestch y Valderrama, puesto que el Ministro Künsemüller no integró la sala que resolvió esas causas.

El grado de imputabilidad de los Ministros, entonces, está en haber confirmado las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, vulnerando el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, facilitando la impunidad. Este incumplimiento reviste el carácter de grave y notable, por lo cual se configura la causal de notable abandono de deberes respecto de los ministros que son acusados.

PETICIONES CONCRETAS.

Finalmente, en la **parte petitoria** del escrito de acusación, los firmantes **solicitan a la Cámara de Diputados**, en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho invocados, tener por presentada acusación constitucional en contra de los ministros de la Excma. Corte Suprema, señores Hugo Enrique Dolmestch Urra, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo y Carlos Guillermo Künsemüller Loebenfelder; **declarar que ha lugar la misma conforme a su mérito y, en definitiva, formalizarla ante el Senado para que éste, actuando como jurado, la acoja respecto de cada uno de los acusados, disponiendo la destitución de sus cargos.**

DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS.

Luego, en el **primer otrosí** solicitan tener por acompañados los siguientes documentos:

1.- Copias de las sentencias de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago recaídas en los recursos de amparo roles N°S 1568-2018, 1570-2018, 1571-2018, 1574-2018, 1589-2018, 1590-2018 y 1600-2018.
2.- Copias de las sentencias de la Excelentísima Corte Suprema recaídas en las causas roles N°S 16.817-18, 16.819-18, 16.820-18, 16.821-2018, 16.822-18, 16958-18 y 16.961-18.

3.- Copias de los informes de la Comisión de Libertad Condicional acompañados en los procesos N°s 1568-2018, 1570-2018, 1571-2018, 1574-2018, 1589-2018, 1590-2018 y 1600-2018, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, individualizados en el punto 1.
4.- Copia del Informe del Comité contra la Tortura de la ONU, del año 2018, denominado "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile".
5.- Copia del comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de agosto de 2018, donde expresa preocupación por el otorgamiento de libertad condicional a condenados por graves violaciones a los derechos humanos en Chile.

SOLICITUD DE DILIGENCIAS PROBATORIAS.

En el **segundo otrosí**, solicitan, por último, practicar las siguientes medidas probatorias:

1.- Disponer la invitación a la comisión que estudie la acusación a representantes de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos; de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y de la Comisión Chilena de Derechos Humanos.
2.- Se cite a la comisión que estudie la acusación al Presidente de la Comisión de Libertad Condicional, a fin de que se pronuncie sobre el contenido de esta acusación.
3.- Se oficie e invite al representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que se pronuncie sobre el contenido de esta acusación.
4.- Se invite a representantes de los Centros de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales, a fin de oír su opinión sobre la aplicación de beneficios carcelarios a criminales de delitos de lesa humanidad.

****

III.- DEFENSA DE LOS AFECTADOS.

A continuación se adjuntan íntegramente, en versión digital, las defensas presentadas individualmente por escrito ante esta Comisión por cada uno de los tres señores Ministros de la Excma. Corte Suprema afectados, a través de los abogados que los representan:

1. DEFENSA DEL SEÑOR MINISTRO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA SEÑOR **HUGO DOLMESTCH URRA.**

2. DEFENSA DEL SEÑOR MINISTRO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA SEÑOR **MANUEL VALDERRAMA REBOLLEDO.**

3. DEFENSA DEL SEÑOR MINISTRO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA SEÑOR **CARLOS KÜNSEMÜLLER LEOBENFELDER.**

Cabe destacar que una sucinta relación de cada una de las defensas se expone más adelante por los abogados representantes de los tres ministros de la Excma. Corte Suprema afectados por el libelo acusatorio.

****

IV.- PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN.

Las y los diputados integrantes de la Comisión acordaron invitar a exponer, con el objeto de que ilustraran el debate:

i. A abogados expertos en Derecho Constitucional y Derecho Penal y a las presidentas de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, en sesiones N°s 1ª ,2ª,3ª y 4ª de fechas 30 y 31 de agosto, y 3 y 5 de septiembre del año en curso, respectivamente.

ii. Posteriormente, se escuchó a los abogados defensores de los tres señores ministros de la Excma. Corte Suprema afectados por la acusación constitucional, en la sesión N° 5ª, de fecha 7 de septiembre del año en curso.

Acto seguido, se añaden dos informes en derecho enviados a esta Comisión por las abogadas académicas señoras Myrna Villegas y Liliana Galdámez.

iii, Finalmente, se accede a la solicitud de los abogados de la defensa de los referidos tres ministros, en orden a recibir el testimonio de abogados expertos, lo que acontece en sesiones N°s 6ª y 7ª, ambas de fecha 10 de septiembre del año en curso.

Se hace presente que al término de cada una de las intervenciones de los invitados y abogados defensores, las y los diputados integrantes de la Comisión intercambiaron opiniones, hicieron observaciones y efectuaron diversas preguntas y consultas a los invitados; todo ello, junto a las respuestas pertinentes, se consigna en las actas respectivas, que se encuentran a disposición en la página web institucional, y que se entienden parte integrante de este informe.

A continuación se consignan las exposiciones, con meras adecuaciones formales, y no se efectúa una síntesis debido a que podría omitirse algún antecedente o materia de la versada contribución aportada por los invitados.

i. **EXPOSICIONES DE ABOGADOS EXPERTOS EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL Y DE LA PRESIDENTA DE LA AGRUPACIÓN DE FAMILIARES DE DETENIDOS DESAPARECIDOS Y DE LA AGRUPACIÓN DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS.**

1.- DON **PATRICIO ZAPATA LARRAÍN (SESIÓN N° 1ª, DE 30 DE AGOSTO DE 2018).**

Sostuvo que las observaciones que hace al escrito, alguna de ellas críticas, no implican de modo alguno un reproche o un cuestionamiento a las motivaciones y a los fines de esta acusación.

Dijo que se le ocurriría pensar que detrás de esta acusación hay móviles subalternos menores de ganancia política. Al contrario, entiende que hay un móvil de justicia genuina y profundamente sentida por parte de los diez parlamentarios que la suscriben, por personas que la apoyan y, por supuesto, en primerísimo lugar, por los familiares de las personas respecto de cuyos crímenes esta acusación tiene una referencia evidente.

Recalcó que la observación crítica que pueda hacer a algunos aspectos de la acusación no tiene ningún contenido de reproche, sino al contrario, por las motivaciones y por los fines. Quizá, la discrepancia tiene que ver con el medio que se emplea, pero respecto al fin de más justicia, se siente absolutamente en solidaridad.

En esa línea sostuvo que quisiera que se entendiera –ojalá- que puede haber personas que no compartan jurídicamente la acusación y que, sin embargo, no por ello sean cómplices, encubridores, avaladores de la impunidad.

Consignó que su testimonio personal en esta materia es pobre, es pequeño. Como presidente de la FEUC en los años 80, relató que colocaron en primerísimo lugar la defensa de los derechos humanos, pero quiere pensar que abogados, como Héctor Salazar, Luciano Fouillioux, Nelson Caucoto, que han expresado dudas jurídicas sobre la acusación, no tienen que dar explicaciones a nadie sobre su compromiso de vida en materia de la causa de los derechos humanos.

Aclaró que de manera que, despejado que la discusión es sobre un medio concreto, un libelo, y sobre este libelo tiene que versar el análisis, y no una división entre partidarios o enemigos de la justicia o partidarios de la impunidad, examinará, quizá, el asunto principalísimo: notable abandono de deberes. Esta causal es la única por la cual procede acusar y eventualmente destituir a magistrados. Notable abandono de deberes, sobre lo que se ha discutido bastante.

Como se señala en el requerimiento, en la acusación, habría en principio dos alternativas: que los deberes, cuyo cumplimiento se exige y cuya falta de cumplimiento notable se sanciona serían de carácter adjetivo, formal. El magistrado no asiste al despacho; el magistrado no sentencia dentro de plazos razonables; el magistrado no atiende requerimientos sensatos de los abogados de las partes. Hay otra teoría que afirma que estos deberes también incluyen la manera en que desempeñan su función jurisdiccional sustantivamente en cómo fallan, qué es lo que fallan.

En lo personal, expresó que le convencen los argumentos que señalan que estos deberes no son solamente los formales. Puede ser muy grave que un magistrado desatienda esos deberes; no ridiculicemos esto como llegar cinco minutos tarde. ¡No! Puede ser muy grave un magistrado que falta en forma sistemática a un cierto patrón de conducta que se debe esperar, pero le parece que la acusación constitucional en este notable abandono de deberes también puede tener que ver con la manera en que se ejerce la jurisdicción, de manera que no está completamente impedido el Congreso Nacional, la Cámara, y, después, eventualmente el Senado, a mirar el trabajo jurisprudencial de los tribunales.

El mirar, el leer, el examinar no significa necesariamente una interferencia indebida en la esfera de los tribunales. Destacó que está usando las palabras de la manera más precisa posible. No significa necesariamente, y el mirar los fallos es para los efectos de convencerse la Cámara de que estamos ante un magistrado que incurre en un notable abandono, una dejación. En inglés, en im*peachment,* es *dereliction of duty.* Es un incumplimiento no solamente grave, sino grosero por lo evidente que resulta. La palabra “notable”, digna de nota, significa que es algo que la comunidad puede observar en este comportamiento desviado.

Ahora, la acusación, a su parecer, no profundiza adecuadamente en este tema.

En la página Nº 9 del libelo, explicando la acusación en qué consistiría el notable abandono de deberes, luego de recordar el caso que siempre se cita, de 1868, la acusación a don Manuel Montt y que después de ser Presidente de la República fue presidente de la Corte Suprema.

La acusación se remite a 1945, como un hito, porque en 1945 se habría abierto paso, se habría instalado con fuerza, la idea de que la acusación constitucional contra magistrados por notable abandono de deberes también incluye lo sustantivo.

Lo que ocurrió en 1945 habría inclinado la balanza por la segunda teoría, no por la teoría puramente formal. ¿Qué pasó en 1945? Se acusó al contralor general de la República, don Agustín Vigorena, por la misma causal: notable abandono de deberes.

En 1945 se acusó constitucionalmente al contralor general de la República, Agustín Vigorena, por notable abandono de deberes -página N° 9-.

De acuerdo con Silva Bascuñán, los motivos fundantes de la acusación, es decir, las imputaciones decían relación con infracciones o incumplimiento de deberes sustantivos.

Sigue la acusación: La Cámara de Diputados la aprobó y lo mismo hizo el Senado, destituyendo a Vigorena del cargo.

Según describe Ana María García Barzelatto, profesora de la Universidad de Chile, uno de los senadores habría planteado que la acusación está bien hecha por la Cámara y no vale la excusa de que solo se abandonan los deberes cuando no se asiste a la oficina o no se firma oportunamente el despacho.

Terminó la cita: de esta acusación nace un criterio más amplio o extensivo sobre el notable abandono de deberes que sería utilizado más tarde.

Luego, la acusación en análisis se pega un salto de 47 años, hasta 1992, que es la acusación contra los ministros Cereceda, Valenzuela, Beraud y Fernando Torres Silva por el caso de Alfonso Chanfreau.

Hubiese sido interesante que se hubiera examinado lo que pasó en esos 47 años, entre otras cosas, una acusación contra la totalidad de la Corte Suprema y un conjunto enorme de acusaciones, por ejemplo, las acusaciones que llevaron a la destitución de 13 magistrados durante el gobierno del Presidente Allende. Magistrados, ministros de Estado, intendentes y gobernadores. Insistió, 13 destituidos.

Se detiene en esta referencia de la acusación, porque a los abogados se s acusa a veces de mirar la letra de la ley, de quedarse en la letra y de no profundizar en el por qué y en el para qué. Aquí, dice que en 1945 se acusó constitucionalmente al contralor general de la República. La Cámara de Diputados la aprobó y lo mismo hizo el Senado.

¿Quién era Agustín Vigorena? ¿Quién lo acusó? ¿Por qué lo acusaron? ¿Por qué lo destituyeron? Don Agustín Vigorena había sido nombrado contralor por don Pedro Aguirre Cerda, tenía una distinguidísima carrera académica en la universidad y durante su desempeño se comprometió con la probidad como pocas veces antes había ocurrido. Su pecado es tener algunas interpretaciones jurídicas que le resultaban repugnantes a la derecha. Ese es su pecado. Él tenía algunas interpretaciones jurídicas; concretamente lo que resultaba más chocante es que él tenía un criterio distinto respecto de cómo debían ser las adquisiciones que hacía el Estado. ¿Si tenía que pagar el avalúo declarado o el avalúo real? Pues bien, en marzo de 1945 hubo elecciones parlamentarias y la derecha ganó las elecciones. Había sido minoría durante los ocho años anteriores. Lo primero que hizo fue acusar constitucionalmente al contralor.

O sea, no fue que el Espíritu Santo bajó y lo acusó. Porque esta es una institución jurídico-política. Fue acusado por los opositores al Presidente Juan Antonio Ríos. Sí, la Cámara aprobó la acusación 64 a 63, porque había una mayoría estrechísima de oposición al Presidente Ríos, y sí el Senado aprobó la acusación 22 a 21.

Entonces, decir que en 1945 se aprobó un criterio. En 1945, un grupo político, de acuerdo con su manera de ver un problema, destituyó al contralor general de la República por la manera suya de ver el problema. Es decir, si no se entiende que la acusación constitucional no es simplemente un conjunto de artículos, no se está entendiendo lo que realmente ella significa y lo que ella produce como consecuencias.

A continuación, se cita el caso Chanfreau. Acotó que ha tenido oportunidad en la prensa, por lo tanto, es una cita que ha hecho pública, de decir que le parece que ese es un caso de auténtico notable abandono de deberes, y se va a permitir recordar brevemente, porque le parece que es un buen ejemplo.

Lo que allí ocurrió fue que en 1992, en octubre, una mayoría de la Sala, la segunda Sala en esa época, o tercera Sala –todavía no estaban especializadas-, decidió traspasar el conocimiento de la causa por el secuestro de Alfonso Chanfreau a la justicia militar. Había comenzado a hacer una investigación seria la ministra Gloria Olivares después que la causa había estado virtualmente paralizada desde el año 74, que fue la desaparición de Alfonso Chanfreau, hasta el año 90.

Precisó que lo que cuenta es la historia de tantos otros casos. No le resulta extraño a muchos, una causa que no avanzó nada durante la dictadura y que recién empieza a avanzar el 90 y con dificultades serias.

La Sala traspasó la causa a la justicia militar y uno de los argumentos que usó fue que tenía que ser conocido por las justicia militar porque esto había ocurrido en estado de guerra interna.

La desaparición de Alfonso Chanfreau, este joven que fue tomado en su casa junto con su esposa, habría ocurrido en estado de guerra interna, octubre 73.

El problema es que estos mismos magistrados que firmaron ese fallo apenas dos años antes, en una inaplicabilidad presentada por José Galeano, habían señalado que no correspondía aplicar los tratados internacionales de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra concretamente, porque no había habido guerra interna en Chile.

Los mismos magistrados, con una diferencia de dos años, para traspasar la causa a la justicia militar afirman que sí hubo guerra interna. Pero dos años antes, para darle fuerza a la amnistía y a la prescripción, es decir, para no aplicar el derecho internacional de los Derechos Humanos, dicen que no había habido guerra interna, que es el requisito para que se aplique la Convención de Ginebra.

Esa fue la razón principal por la que fueron acusados los magistrados Beraud, Valenzuela, Cereceda y Fernando Torres Silva. La Cámara de Diputados aprobó la acusación y el Senado destituyó a uno de ellos, Hernán Cereceda.

Algunos han malinterpretado referencias suyas en el sentido que él pensaría que tendrían que haber muchísimos fallos en una dirección equivocada para que haya notable abandono de deberes y que no sería suficiente con un solo fallo, que esto requeriría una especie de prontuario jurisprudencial extenso. Eso quiere aclararlo.

Podría ocurrir que en un solo fallo se evidenciara un notable abandono de deberes. Tendría que ser una cosa muy grosera y muy grave jurídicamente. No es necesario que haya 200 fallos.

Agregó que también lo he dicho, y está escrito, en lo personal no le convence la interpretación que hacen los ministros que están siendo acusados cuando el

31 de julio revocan el criterio de la Corte de Apelaciones y de la Comisión de Libertad Condicional. Jurídicamente, no me gustan esos fallos.

Le parecen equivocados como criterios, no solo por el tema del derecho internacional, sino porque le parece que un instrumento como el *habeas corpus* está pensado para deshacer graves arbitrariedades, pero no para sustituir en el micro manejo el trabajo complejo y delicado de la reinserción, la ejecución de la pena, el otorgamiento o no de las libertades condicionales.

Señaló que le cuesta pensar que pueda la Sala Penal, semana por medio o todas las semanas, ir haciendo un trabajo exhaustivo respecto de las distintas peticiones que se hacen en distintos terrenos sobre la libertad condicional.

Entonces, tiene una duda de lo poco deferente que son esos fallos con el criterio de la libertad condicional que tenía la comisión que conoce de cerca la situación.

De manera que no está defendiendo el criterio jurídico de los magistrados, pero tampoco puede compartir la afirmación que se hace en la acusación de que ellos evidencian irrespeto o una falta de consideración por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ese irrespeto o falta de consideración es gravísimo y notable, y que ese irrespeto y falta de consideración justifica que sean destituidos.

Subrayó que no lo puede compartir porque la razón principal por la cual estas personas fueron condenadas, en primer lugar, es porque fue esta misma Sala Penal hace cinco, seis o siete años que los condenó, y para condenarlos tuvo que aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si se revisan las condenas de los años 2006, 2007 y 2008, y revisan las firmas de los magistrados que suscriben esas condenas, van a encontrar las firmas de Künsemüller y de Dolmestch. También van a encontrar la firma de Milton Juica, y si van más atrás, la firma de Enrique Cury. Van a encontrar la firma de los magistrados que desde el año 98, tras mucha dificultad, impusieron la tesis de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prima sobre la ley de amnistía y prima sobre la prescripción, y Künsemüller y Dolmestch en esa materia tienen una claridad absoluta al firmar esas condenas y argumentar en ese sentido.

Sostuvo solamente como referencia, a propósito de la situación de Alfonso Chanfreau. La causa fue traspasada a la justicia militar, estuvo ahí vegetando durante muchos años, hasta que se reactiva el año 2010 y se condena a los responsables, un conjunto de uniformados.

La defensa de esos uniformados llegó hasta la Corte Suprema y la Corte Suprema condenó a los responsables del secuestro de Alfonso Chanfreau. Cree que es el 15 de mayo de 2015 la sentencia. Es un elocuente alegato a favor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. ¿Y quién lo firma? Carlos Künsemüller. Y como ese podría encontrar decenas de fallos.

Entonces, ¿cuál es el problema? El problema es que compartiendo estos magistrados -lo mismo vale para el ministro Valderrama- que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prima y debe primar por mandato constitucional, incluso, aunque no lo dijera la Constitución, prima por sobre la legislación interna y haciéndolo efectivo -esto no es una declaración-, desestimando una y otra vez la amnistía -el decreto ley de amnistía-, una y otra vez lo desestiman, no lo toman en cuenta, desestiman la prescripción, no la toman en cuenta estos magistrados; sin embargo, algunos de ellos tienen un criterio diferente a la hora en que debe conjugarse el Tratado

de Roma, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos y la manera en que se cumplen las penas privativas de libertad en Chile.

No es solo el problema del decreto ley del año 25, sino que es la idea de que consustancial a la pena privativa de libertad está la posibilidad de la reinserción, de la rehabilitación.

Indicó que está casi citando los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos. La única pena privativa de libertad que se justifica es aquella que abre una posibilidad a la rehabilitación.

Por supuesto, la rehabilitación, como él la entiende, parte por suponer en este caso, en este tipo de crímenes, un arrepentimiento eficaz y una colaboración, y pareciera ser que en estos casos eso no ocurre. Pero aquí estamos ante una discrepancia sobre una parte del cumplimiento de la pena.

¿Se espera la mistad del cumplimiento de la pena? Como dice hoy la ley para este tipo de delitos.

¿O se espera los dos tercios? Como lo dice respecto de las condenas bajo el Tratado de Roma, el artículo N° 110 del Tratado de Roma.

Comentó que no quiere quitarle importancia a esta discrepancia. Ya dijo que en su personal apreciación le parece más convincente el criterio, por ejemplo, del ministro Juica.

Le parece que sostener que por el hecho de tener este distinto criterio sobre este aspecto del problema estas personas muestran desprecio grave por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una desproporción, es desproporcionado.

Decir que ellos firman la impunidad le parece que tampoco se ajusta exactamente a la conducta que ellos tiene como jueces, porque ellos condenan, condenan una y otra vez, y lo que está en juego es no solo la destitución, sino que la inhabilidad por cinco años para cualquier función pública.

Estimó que aquí está en juego el honor, porque a Hugo Dolmestch le deben quedar dos meses para cumplir 75 años. El tema no es la oficina, la pega. El tema es una carrera completa enfrentando casos y causas difíciles en materia de Derechos Humanos, tratando de hacer justicia no como otros magistrados que simplemente miraron para el lado.

Opinó que le parece que transformar una discusión interpretativa en la causal para destituir estos magistrados no se aviene a la idea de notable abandono de deberes.

Si ese fuera el caso, lo que tendría que hacer la Cámara de Diputados es entrar inevitablemente a esa discusión interpretativa opinable y fijar, esta Cámara, con su destitución, cuál es el modo en que se conjugan los distintos principios y reglas involucrados.

Relató que ha revisado atentamente las normas internacionales que se citan. Es partidario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cree que el artículo 5° de la Constitución Política de la República, en su inciso segundo, introduce una revolución en 1989 y que las normas internacionales priman sobre las leyes internas. No tiene ninguna duda sobre eso. Se siente interpretado por esa convicción. Pero no ha

podido encontrar citada ni una sola vez una norma concreta en que se diga que es obligación de los Estados, en todos los casos, tal como en este, que no se pueda proceder a la libertad condicional.

El Tratado de Roma respecto de sus delitos establece restricciones muy severas: 25 años o dos tercios. No la prohíbe, y se está hablando de genocidio. El Tratado de Roma no prohíbe la libertad condicional, la permite.

Quizás se tendría que acusar constitucionalmente al tribunal de Roma también, porque no entiende el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de acuerdo con la opinión de ciertos profesores.

Hay algún profesor que señaló que aquí hay una cierta responsabilidad legislativa. A su parecer, no iría tan lejos, pero sí diría que claramente hay un problema serio cuando se lee la legislación vigente en forma literal.

No puede ser lógico que si el crimen por el que se condena fue el homicidio calificado, la regla establezca que la libertad procede solo cuando se hayan cumplido dos tercios, pero si es secuestro, la mitad.

Resulta absolutamente grotesco, y lo entiende perfectamente, que el hecho de no haber cumplido con el deber civilizatorio elemental de entregar el cuerpo a la familia termine siendo una ventaja y no una carga. O sea, es preferible, para que la persona acceda a la libertad, que no haya aparecido el cadáver, de manera que no se pueda acreditar el homicidio como tal, sino que el secuestro calificado, desaparición.

Entonces, cree que es imperativo que el Congreso Nacional continúe con el trabajo que está haciendo. Hay comisión mixta el lunes, para efectos de corregir la legislación y eso se pueda aplicar hacia atrás. Está la alternativa de la ley interpretativa, que resuelve eso definitivamente y sin dejar lugar a dudas. De manera que existen medios; este no el único medio. Destituir a estos tres magistrados no es el único medio. Hay otros medios.

Indicó que destituir a estos tres magistrados por notable abandono de deberes es una opción que, a su juicio, fuerza el sentido del concepto de “notable abandono de deberes”. Y hoy día nos puede parecer justificado por el horror; nos puede parecer justificado por lo que hay detrás, pero el problema de los precedentes es que uno no sabe cómo se van a usar mañana, una vez que uno ha inflado el concepto de “notable abandono de deberes” para cubrir los desacuerdos en general.

Por cada acusación que presenta el progresismo para destituir a magistrados que pueden tener una conducta reprochable, puede haber una acusación el día de mañana de otro sector político para destituir a otro magistrado, porque tienen discrepancia con ese otro magistrado.

¿Cuánto hubiera querido mucha gente, si hubieran tenido los votos, haber acusado constitucionalmente, por ejemplo, a Carlos Cerda? Porque discrepaban profundamente de su interpretación. ¿Cuántos hubieran querido hacerlo si hubieran tenido los votos?

Entonces, el problema del precedente es que queda establecido que la Cámara de Diputados el día de mañana, porque está en desacuerdo con la manera en que se armonizan ciertos principios, puede destituir a uno, dos, tres magistrados.

Concluyó señalando que cree que la discusión gira en torno a notable abandono de deberes. Es evidente que los tres magistrados que he citado no desprecian el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo aplican, lo entienden, solo que

tienen una interpretación discutible respecto de una de sus posibles aplicaciones concretas.

En lo personal, no comparte esa interpretación, pero estima que se debe hacer el esfuerzo de no confundir desacuerdo con un Poder Judicial que debe tener independencia, que debe tener la autonomía que requieren, con la destitución.

****

2.- DON **CLAUDIO NASH ROJAS (SESIÓN N° 1ª, DE 30 DE AGOSTO DE 2018).**

Relató que hoy es un día particular, porque esta Comisión, inicia sus labores un 30 de agosto, día en que la ONU estableció como el Día Internacional de las Víctimas de Desaparición Forzada. Le parece que no hay casualidades en estas materias.

Expresó que para los miembros de esta Comisión es una enorme responsabilidad, porque, a su juicio, lo que decidan, y lo que el Congreso Nacional decida en esta materia va a marcar, sin lugar a dudas, la transición a la democracia en materia de justicia; es decir, lo que está hoy en juego es una cuestión bastante mayor dentro de un proceso transicional que ha sido largo, complejo, con muchos obstáculos por vencer, y, por lo tanto, esta es una etapa más dentro de ese proceso, pero es una etapa particular.

Hizo presente que para tomar una decisión adecuada, le parece que hay tres preguntas que los integrantes de esta Comisión van a tener que responder, y el Parlamento va a tener que responder, y el objetivo de su presentación, más que exponer como él decidiría, creo que está en entregar algunos elementos de juicio para que se tome una decisión adecuada.

¿Cuáles son las tres preguntas? La primera es si la acusación constitucional pone en riesgo el Estado de derecho, y esto está en el debate público. Como habrán visto, esto ha generado presentaciones de la propia Corte Suprema, de exministros de la Corte Suprema, de un grupo importante de abogados penalistas que han hecho ver aquí un problema. Se entenderán que los abogados penalistas son los mismos que luego deben ir a alegar ante la Corte Suprema; entonces, si no resulta la acusación, después cómo se presentan ante la misma Corte Suprema a alegar. Por lo tanto, eso hay que tomarlo con cierta calma, pero tienen un punto interesante.

¿Cuál es el punto interesante? Se podría decir que es rápidamente descartable esta observación de que la acusación constitucional pone en riesgo el Estado de derecho, porque uno podría dar una respuesta fácil y decir “no”. ¿Por qué? Porque la contempla el propio diseño constitucional, es decir, basta con que los artículos 52, 53 contemplen esta posibilidad y con eso bastaría para decir que aquí se está ejerciendo una acción que está regida por la propia Constitución.

Pero le parece que la respuesta puede complejizarse. ¿Por qué? Porque tras la utilización de esta herramienta de control interinstitucional -que eso es- efectivamente hay riesgos, y los riesgos tienen que ver con la compleja relación que siempre se da entre la política y la justicia; es decir, las posibilidades de judicializar la política y politizar la justicia, están en el debate, y para eso la discusión que hay que plantear es si de alguna manera esta acusación constitucional pone en riesgo la independencia judicial, porque la independencia es un valor en una sociedad democrática.

En ese sentido, hay que pensar que en el informe de la Comisión, y luego el Parlamento en su decisión, deben considerar ese aspecto. Señaló que aquí uno puede tener cierta tranquilidad en la decisión, porque la idea de la independencia judicial,

como derecho, y la Corte Interamericana ha dicho que esto es un derecho que tienen las personas a ser juzgadas por un tribunal independiente, pero también es parte del diseño institucional que permite la vigencia de los derechos humanos, apunta a tener un sistema judicial independiente, fuerte, pero eso en ningún caso considera que deba haber una independencia absoluta. Es decir, ¿la independencia debe protegerse? Sí, pero siempre es relativa, porque hay formas de responsabilidad y una de esas formas de responsabilidad es la responsabilidad política, que es la que regula nuestra Constitución.

¿Cuál es el límite para ese control interinstitucional? Es un Estado de derecho, en el que no hay poderes estancos completamente separados, sino que hay una estructura de poderes de pesos y contrapesos, y aquí, lo que hay, es un ejercicio de aquello. ¿Cuál es el límite? El límite es no abocarse causas pendientes, no revivir procesos fenecidos y tampoco revisar, y la idea de la revisión –cree que eso el libelo lo resuelve de buena manera en las páginas 10 y siguientes- tiene que ver con que la revisión no es como un recurso de revisión que se puede entablar ante los tribunales y que lo que va a hacer es permitir modificar los fundamentos o el resultado de lo que resuelve el Poder Judicial.

En este caso, opinó, se está ante una forma de rendición de cuentas y, por lo tanto, se está dentro de la lógica de un sistema democrático, en el cual los jueces rinden cuenta por sus actuaciones. Las propias Naciones Unidas, a través de la relatora, en materia de libertad de jueces y magistrados, tiene un informe de 2014, que les recomiendo dar una mirada, en el que explícitamente señala que la rendición de cuentas del Poder Judicial es legítima y necesaria en una sociedad democrática, en la medida en que se establezcan claramente cuáles son las causales por las que se puede hacer una revisión de este tipo; segundo, que haya un procedimiento adecuado y, tercero, que se reserve para los casos más graves.

Si se observa, todo eso lo contempla nuestro diseño institucional. Por lo tanto, acotó que la primera pregunta se puede resolver afirmativamente, en términos de decir: que aquí se pueden revisar estas sentencias dictadas por la Corte Suprema, sin poner en riesgo el Estado de derecho. Lo dice porque la propia historia de las acusaciones constitucionales en nuestro país han dicho que se pueden revisar sustantivamente los fundamentos, con el límite de no reabrir las causas, pero sí de determinar si ha habido, en el cumplimiento de los deberes, una infracción.

Eso lo lleva a la segunda, y que cree que es la pregunta clave para esta Comisión, y es que para que prospere esta acusación constitucional debe haber una infracción a los deberes constitucionales, que tiene una cierta entidad. Y aquí es donde está, tal vez, el punto más interesante que la Comisión va a tener que resolver, porque que lo que hacen la Corte Suprema y los ministros que están acusados es dictar un grupo de resoluciones que modifican ciertos criterios en materia de la concesión de libertades condicionales. El punto, la clave donde la Comisión va a tener que prestar atención es si esa resolución que dictan infracciona el sistema normativo vigente y, luego, la entidad de esa infracción.

Vamos a lo primero. ¿Cuál era la base normativa que debían tener en consideración los ministros de la Suprema? Obviamente, el decreto ley que regula esto, el N° 321, del año 25, es particular. Si se ha visto el decreto, parte diciendo: la Junta de Gobierno decreta tal y cual cosa; el año 25. Bueno, estamos hoy discutiendo sobre esa base. Pero, ¿solo esa es la pregunta? No, claramente el sistema normativo aplicable hoy en día, siglo XXI en Chile, es más complejo y son el decreto y los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. ¿Por qué? Porque la Constitución así lo señala, artículos 5 y 6. ¿Por qué? Porque los instrumentos, en este caso los tratados de los derechos humanos vigentes en Chile, son un límite a la soberanía y todas las autoridades están obligadas a tenerlo en consideración.

Por lo tanto, el sistema normativo se ha complejizado. La pregunta es, entonces, en ese sistema normativo complejizado, ¿cuál fue la decisión que se tomó? Aquí, destacó lo siguiente. Se va a escuchar muchas veces que aquí hay un vacío, que el decreto solo establece ciertas circunstancias formales. Y esto solo es parcialmente correcto, es decir, como muy bien lo señala el profesor Zapata, si uno hace una lectura solo del decreto, uno pudiera llegar a esa conclusión, pero el decreto no es lo único que debe considerarse. Y ¿de dónde emana la obligación que tiene el Poder Judicial de evitar incurrir en infracciones a sus compromisos internacionales? Emana de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 2, y esto es interesante en la historia, porque este artículo 2 lo propuso Chile en la Conferencia del año 1969, cuando se aprueba la Convención. Chile propuso un artículo 2, que aclarara la obligación del Estado. ¿Y qué dice, en lo pertinente, este artículo 2, que habla del deber de adoptar disposiciones de derecho interno? Dice: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Esas otras medidas son las judiciales. Una de ellas son las judiciales. ¿Para qué? Para cumplir las obligaciones internacionales del Estado de Chile. Eso, que es tan simple decirlo, es difícil llevarlo a la práctica y más difícil ha sido en la historia que los tribunales lo hagan. Por eso, la propia Corte Interamericana le dijo a Chile, en 2006, que aquí debe haber un ejercicio de control de convencionalidad. ¿Qué es eso? Es ponerle nombre a esta obligación, es decirle a los jueces: miren, cuando ustedes tienen que aplicar su derecho interno, no lo pueden aplicar de forma tal que hagan incurrir al Estado en incumplimiento de obligaciones internacionales, es decir, en responsabilidad internacional. ¿Cómo se hace eso? Inaplicando, de acuerdo con los procedimientos que usted tenga establecidos, las normas que sean contrarias, o llenando los vacíos. Aquí, entonces, se está en un ejemplo casi de manual, y esto puede pasar perfectamente a ser un manual de enseñanza básica de derechos humanos. Aquí hay un vacío. ¿Qué hace usted como Corte Suprema? Lo que hace la Corte Suprema es bien interesante, porque la Corte Suprema dice: aquí hay un decreto que es insuficiente, pero que yo lo tengo que aplicar tal cual está. El punto es que en eso hay un error. ¿Quién lo dice? No lo digo yo, lo dice la propia Corte Suprema. La Corte Suprema tiene una jurisprudencia constante, y hay un fallo fantástico del ministro Sergio Muñoz el 2013, en el que señala explícitamente que existe una obligación de todos los jueces, incluida la Suprema, de hacer este control de convencionalidad, es decir, de hacer un ejercicio, de mirar la legislación en su conjunto y los compromisos internacionales en materia de derechos humanos a la hora de hacer un ejercicio de interpretación de las normas en el ámbito interno. Es decir, esto lo ha dicho la Corte Interamericana a Chile, lo ha dicho la propia Corte Suprema que hay que hacerlo e, incluso, esto lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, tal vez con menos vehemencia que la Corte Suprema, pero qué ha dicho el Tribunal Constitucional: que hay que cumplir los compromisos internacionales y que el intérprete último es la Corte Interamericana. Y el propio Tribunal Constitucional ha dicho: sea que usted considere que esto es parte de un bloque de constitucionalidad, o que el artículo 5, inciso segundo, lo reenvía a la normativa internacional, usted está obligado. Es decir, en Chile la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, no se está hablando de un organismo bolchevique de protección de derechos humanos, se está hablando de un Tribunal Constitucional, que es conservador, tribunal que ha dicho explícitamente que esto es una obligación desde que nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Entonces, ¿qué debía hacer si la Corte Suprema estaba obligada a pronunciarse? Lo que tenía que hacer era resolver las libertades condicionales, tomando en consideración los estándares internacionales.

Se va a escuchar que los tuvo en consideración, porque incluso cita a algunos de ellos. Pero los cita para decir por qué no los va a aplicar, y esta es la parte en que empieza a complejizarse el tema. La Corte Suprema cita la Corte Interamericana y dice que en el seguimiento de la sentencia de Barrios Altos no procedía conceder los indultos que el Presidente Kuczynski dio a Fujimori, haciendo ver o insinuando que no se habían cumplido las formalidades.

Sin embargo, si se fijan en lo que dijo la Corte Interamericana es que en ese caso había un problema de formalidades y un problema sustantivo. La Corte Interamericana lo que dijo a Perú, y que la Corte Suprema lo tiene en cuenta, es que había elementos sustantivos para dictar una medida como, en ese caso, un indulto.

Por lo tanto, estaba en pleno conocimiento de que la Corte Interamericana determinó que hay estándares y el control de convencionalidad dice que usted debe regirse a la normativa vigente internacional y a los órganos de control, en este caso, la Corte. Entonces, tenemos a la Corte Interamericana que ha establecido criterios restrictivos para este tipo de medidas.

El Estatuto de Roma, si bien la normativa que dicta tiene que ver con su propio funcionamiento, cumple estándares básicos en términos de decir claramente que las penas se deben cumplir -artículo 110-, y solo si va a haber rebaja pueden tenerse en consideración ciertos criterios. Y la rebaja no la hacen los Estados, la puede hacer solo la Corte Penal Internacional.

Por lo tanto, hay criterios suficientes para haber resuelto estas libertades condicionales de una manera distinta. Le parece que todos podrían estar de acuerdo, relativamente fácil, en términos de que aquí ha habido una infracción por parte de los jueces de la Corte Suprema.

Sin embargo, el punto clave que se va a tener que resolver como Parlamento no es ese, porque ese es fácil, es igual que el anterior, el punto complejo es la magnitud. ¿Por qué? Porque la Constitución se preocupó de diferenciar al señalar, por ejemplo, que a un ministro de Estado se puede acusar por infracción a la Constitución y las leyes, pero a un ministro de la Corte Suprema, en este caso que los convoca, no solo basta con que haya una infracción, sino que además debe tener una cierta entidad.

Dijo que el profesor Zapata es un muy buen representante de una serie de personas que dicen: “sí, ¿sabe qué? Hay infracción, pero sabe que no es de la entidad suficiente para acusar constitucionalmente y destituir por notable abandono de deberes”.

Por consiguiente, van a tener que tomar una decisión, que es la que define la transición y la historia, en términos de cómo se van a parar frente a esa historia. ¿Por qué? Porque el notable abandono de deberes dice relación con nuestra historia en materia de impunidad. ¿Y qué vamos a hacer con la grieta de impunidad que se abre a través de esta decisión de la Corte Suprema?

Si se observa el libelo, cuando se hace el análisis de “notable” -página 76, no 9 o 10, como señaló Patricio Zapata-, dice: “el notable abandono”. ¿Qué tiene que ver con gravedad? ¿Y la gravedad qué tiene que ver con responsabilidad internacional del Estado?

Estimó que ese solo criterio es insuficiente. En este caso, hay tres criterios que uno debe tener en consideración para evaluar la gravedad: primero, si una resolución judicial que se podía tomar de una manera distinta, aplicando el sistema normativo completo, no hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional, debe preferirse. Segundo, hay que darle efectividad a los derechos, pero a los derechos de

quién. La Corte Interamericana lo dijo claramente: cuando se toman este tipo de decisiones están en juego los derechos de las víctimas. Y, tercero, darle coherencia al sistema normativo; es decir, cumplimiento de los compromisos internacionales, efectividad de los derechos y coherencia del sistema.

Si hay infracción a estos tres criterios, indicó que uno podría pensar que hay una decisión que no es solo una mera infracción, sino que puede ser calificada como de una gravedad tal que pudiera encuadrarse dentro del mandato constitucional. La Comisión va a tener que hacer esa evaluación.

Pero aquí es donde la Corte Suprema comete el principal error, porque para poder resolver como lo hace, separa la sanción de la ejecución. Y ese es un error.

Así lo ha dicho la Corte Interamericana.

Por ejemplo, el caso de Manuel Cepeda en Colombia es importante, porque tiene serios problemas en este tipo de materias y en medio de un conflicto armado en esa época, la Corte Interamericana señaló que en atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad.

Entonces, para evaluar la gravedad de la decisión, lo que están obligado a hacer, como Parlamento, es mirar si esta decisión contribuye o no a una situación de impunidad. Y el riesgo, como lo ha reiterado en innumerables ocasiones la propia Corte Interamericana, es la denominada impunidad crónica, que en casos de crímenes de lesa humanidad es especialmente grave.

En Chile tenemos tres problemas: primero, el decreto ley de amnistía que sigue vigente, no aplicado pero vigente. Por eso digo que la principal responsabilidad la tiene el Parlamento. Pero, además, al juzgar un caso se ha ido generando una tendencia a decir: “vamos a juzgar, pero vamos a aplicar medidas como, por ejemplo, de la media prescripción, y además le vamos a dar libertades condicionales a los dos o tres años de un crimen de siete, que a un crimen de lesa humanidad”.

Si se mira en su conjunto –ahí está la grieta-, le parece que ahí es donde uno debe evaluar la gravedad de la decisión.

La gravedad de la decisión tiene que ver con que esta visión de los ministros de la Corte Suprema no solo genera impunidad en los casos concretos, sino que es, tal vez, el último de los pasos para cerrar la transición sobre la base de impunidad. Algunos de los que diseñaron el modelo transicional hace 28 años, tal vez, estarían muy contentos de que así termine.

Las últimas preguntas que deberán resolver son las siguientes:

¿Pone en riesgo el Estado de derecho? No. ¿Hay una infracción? Clarísimamente, es una infracción de aquellas que pueden constituir un notable abandono de deberes, que finalmente tendrán que evaluar como Parlamento, lo cual se puede profundizar. El otro argumento es si se deben considerar las características personales de los acusados.

Ahora, si se lee la carta de los abogados de derechos humanos, podrán ver que es una de las más complejas que se hayan redactado en la historia de los derechos humanos de este país. Si la leen con la mejor buena fe, estarán

complicadísimos, porque se trata de ministros que efectivamente han hecho mucho en materia de derechos humanos, mucho más que otros, pero se equivocaron gravemente.

¿Y qué dicen los abogados? Se puede entablar esto, pero miren contra quien se interpuso.

Entonces, la pregunta pasa a ser la siguiente -que es muy relevante para los miembros de la Comisión: ¿si las características personales de los acusados deben ser consideradas?

Comentó que dependerá del fundamento de la acusación, en el sentido de que si esta es un poco a lo Cereceda u otros, por una práctica continua en la historia de falta de justicia, de humanidad, de dignidad para el cargo, sí. Sin embargo, lo que se está evaluando acá no es eso; no se está evaluando si son buenas personas o no, no se está evaluando si están a dos meses o a cinco años de jubilar, no se está evaluando su historia personal ni sus conocimientos teóricos. Se está viendo cómo resuelven casos complejos en materia de derechos humanos. La pregunta, aquí, es que en esos casos complejos no tenemos una diferencia de interpretación –como decía el profesor Zapata-, tenemos una decisión errada que profundiza la impunidad. Frente a eso, las condiciones personales -lo dijo, lamentablemente en este caso- no debieran, le parece, ser consideradas.

Lo que deben hacer como Comisión es tomar una decisión que, en verdad, tiene una base judicial, pero es política, tiene una evaluación política. ¿Cuál es esa evaluación política final, que es lo que están planteando los abogados de derechos humanos? Si usted saca a estos jueces, a estos ministros, vamos a terminar peor de lo que estamos. Es decir, probablemente se nombren a nuevos ministros de la Corte Suprema, quienes van a ser peores que los que usted está sacando. Eso es una evaluación también política que en algún minuto esta Comisión y particularmente el Senado tendrán que hacer.

Por lo tanto, conclusión a la tres preguntas, ¿hay riesgo para el Estado de derecho? No hay riesgo para el Estado de derecho. ¿Hay una infracción que pueda ser catalogada de notable abandono de deberes? En este caso concreto, es perfectamente posible resolver en ese sentido sin afectar en nada el Estado de derecho. ¿Deben considerarse las características personales de los magistrados? Lamentablemente en este caso no corresponde, porque lo que se está evaluando es otra cosa que es precisamente la forma en que se resuelven los casos sometidos a su conocimiento.

Le parece que con eso hay elementos que pueden ayudar a tomar una decisión en justicia.

****

3. DON **RODRIGO POBLETE (SESIÓN N° 1ª, DE 30 DE AGOSTO DE 2018).**

Precisó que dentro de las finalidades de la acusación constitucional se pueden encontrar tantas como autores se hallen, pero se puede señalar que algunas son más relevantes de destacar en este momento. Una de ellas es que tiene uno de los mecanismos para hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución y no sólo de la parte orgánica, sino que también del catálogo de derechos y libertades fundamentales; constituye –como bien dijo el profesor Claudio Nash- un mecanismo propio del Estado de derecho.

Por lo tanto, su utilización malamente puede ser considerada un atentado al Estado de derecho y, desde el punto de vista de que se encuentra

expresamente consagrada como una atribución del Congreso Nacional, compartida entre la Cámara de Diputados y el Senado, difícilmente un instrumento constitucional puede ser a la vez un atentado contra el Estado de derecho.

Ella permite la existencia de controles interorgánicos, lo que evita la existencia de poderes sin control o suprapoderes.

Actualmente hay un órgano destacado por no tener control, que es precisamente el Tribunal Constitucional, en donde también existe una materia de debate y ya se sabe lo que implica que un órgano no tenga ningún tipo de contrapeso democrático.

A la hora de emplear este mecanismo no solamente cobra vigencia el texto positivo, formal de la Constitución, sino que también los principios y valores que inspiran la Constitución y dentro de ellos, obviamente los contenidos sustantivos, fundamentalmente y principalmente el respeto a los derechos esenciales -como dice la Constitución-, o derechos humanos o fundamentales que emanan de la naturaleza humana, cuyo respeto es deber de todos los órganos del Estado.

Desechó de entrada que el uso de la acusación constitucional, en contra de magistrados de los tribunales superiores de justicia, constituya un atentado contra la independencia del Poder Judicial.

La separación de poderes no implica la existencia de parcelas intocables por parte de otros poderes o funciones del Estado; menos aún, no implica la prohibición de controles democráticos legítimos e institucionales, propios de un sistema de un Estado constitucional y democrático de derecho.

Tampoco se vulnera la prohibición de avocarse al conocimiento de causas porque no hay causas pendientes, son causas cerradas; tampoco se está revisando el fallo o los fallos porque la revisión hay que entenderla no como leerse el fallo, sino como ejercer la actividad de dejar sin efecto eventualmente el fallo, o parte del fallo, a través de recursos. Esto implica que nadie podría plantear un recurso ante el Congreso Nacional para que este dejara sin efecto una sentencia. De eso habla la prohibición de revisar fallos en un sentido procesal.

Eso queda más latente, desde el punto de vista que entendemos que el Congreso no va a dictar una sentencia de reemplazo a las cinco que ya se dictaron. Cualquiera sea la decisión que adopte el Congreso, estas siete personas, condenadas por violación a los derechos humanos, van a mantener su libertad condicional, salvo que incumplan las condiciones que se les haya fijado para su otorgamiento. Aquí, no va a salir una sentencia de reemplazo de esos cinco fallos.

Eso se refuerza con un principio contenido en las bases de la institucionalidad. Chile es una república democrática y como república, todas sus magistraturas están sujetas a responsabilidad de distinto tipo: constitucional, penal, civil, etcétera. Y todas sus magistraturas están sujetas a control democrático.

Por lo tanto, no hay que olvidar que somos una república en donde todos los agentes y autoridades, fundamentalmente las autoridades superiores del Estado, con mayor razón los agentes inferiores, tienen responsabilidad por sus acciones y omisiones que pudieran vulnerar el régimen constitucional legal vigente.

Entonces, ¿cómo ejercer el control sobre los jueces? Siempre hay temor respecto del control que se puede ejercer sobre los jueces y es legítimo porque hay que hacerlo con prudencia. Hay que hacerlo con prudencia porque es una garantía del Estado de derecho que los jueces gocen de independencia externa e interna, pero qué vamos a revisar de la conducta de los jueces si se asume que sus fallos son intocables. Si la

función principal del Poder Judicial es ejercer jurisdicción; los jueces expresan su función principalmente, a través de sus sentencias.

Por lo tanto, es precisamente en la dictación de las sentencias en donde uno puede examinar si los jueces cumplen o no con el deber, o los deberes que el ordenamiento jurídico espera de ellos; por supuesto se debe dar por sentado que dentro de esto están los deberes formales de asistir, de usar corbata, de comportarse en la forma debida, de llegar a la hora.

Como muy bien expuso el profesor Zapata, indicó que hay dos nociones sobre los deberes, una noción restringida y una noción amplia. La noción restringida deja sin contenido útil a la acusación constitucional porque no sé para qué se usaría una acusación constitucional para destituir a un magistrado que no llegué a la hora permanentemente. Para eso el propio Poder Judicial tiene mecanismos de control sobre la conducta ministerial de los jueces y no es necesario acudir a este mecanismo para esos fines.

También está la opinión del ex-diputado -recientemente fallecido-, don Andrés Aylwin-, en el debate de la acusación constitucional contra el ex-ministro Cereceda y otros, al respecto, planteó que era una falta de respeto al Congreso señalar que este solo puede controlar deberes formales y que por lo tanto la esencia del control es respecto de deberes sustantivos.

El Poder Judicial, en este caso la Corte Suprema, o la Sala Penal, que es la que se está examinando, como órgano del Estado, está sujeta, como todos los demás, al imperio de la Constitución.

En consecuencia, los deberes que la Constitución establece para el Estado son predicables respecto del Poder Judicial y de la Corte Suprema. Es decir, estos no son solamente los deberes que están consagrados en el Capítulo del Poder Judicial, sino que también los deberes relativos a las bases de la institucionalidad.

La Corte Suprema, el Poder Judicial, los jueces dentro del ámbito de sus competencias, también tienen que dar cumplimiento al artículo 1° de la Constitución, es decir, buscar el bien común, respetar la dignidad de las personas, propender a la participación con igualdad de oportunidades de todos en la vida social. Todos esos deberes son predicables respecto de todos los órganos del Estado, obviamente dentro de su marco de competencias.

Está clara la referencia que se ha hecho largamente aquí del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

Resaltó que los deberes de los que habla la Constitución, cuando los exige como causal, cuando dice notable abandono de deberes, tienen un nuevo contenido a partir de la introducción de la reforma del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, porque ya no son deberes limitados solo al cumplimiento de disposiciones de derecho interno, sino que el artículo 5° le abre la entrada al derecho internacional y, obviamente, al derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos no está compuesto solo por tratados; está compuesto por muchos más elementos, como la costumbre o las normas del derecho consuetudinario internacional, los principios de *ius cogens*, las decisiones de los órganos internacionales legitimados para pronunciarse sobre la interpretación y aplicación de los tratados. Es decir, no es solo el tratado como norma formal, como texto escrito el que constituye un parámetro de control nuevo para considerar el notable abandono de deberes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ratificada y promulgada por el Estado de Chile –ratificada en el gobierno del Presidente Aylwin; promulgada por el decreto supremo N° 873, de 1990-, señala en la letra b): “El gobierno de Chile reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención”.

Destacó que nadie nos impuso la obligación de respetar las decisiones de la Corte Interamericana. Las asumimos libre y soberanamente, luego de que el Estado suscribiera la Convención en el 69 y la ratificara en el 90, previo trámite parlamentario.

¿Y qué dice el artículo 62, punto 3, de la Convención? “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes” reconozcan esa competencia.

Chile es Estado parte, reconocimos esa competencia, estamos sujetos a la interpretación que haga la Corte Interamericana en esta materia. La Corte es el intérprete autorizado y final de la Convención Americana.

Precisó que está exponiendo los argumentos en forma secuencial para que queden claros, porque este es un ejercicio cívico no solamente para esta Comisión, sino también para el trabajo de las personas que observan esta sesión. No es un debate entre abogados, porque los derechos humanos tampoco son patrimonio solo de los abogados. Son un patrimonio de la humanidad.

Entonces, el Estado de Chile por decisión libre y soberana reconoció esta competencia y es deber del Estado de Chile, a través de sus órganos, entre ellos la Corte Suprema, respetar lo dispuesto en la Convención Americana y respetar también la interpretación que hace la Corte Interamericana de la Convención Americana, porque la Corte Suprema no es el intérprete final de la Convención Americana. Tampoco lo son el Tribunal Constitucional o el Congreso Nacional, porque es un instrumento de derecho internacional que tiene su fuente, origen y legitimidad en el derecho internacional.

Luego, entendiendo que lo dispuesto en la Convención Americana ingresa por una norma de rango constitucional a nuestro ordenamiento jurídico, se entiende entonces que todos los órganos del Estado están sujetos a ella, dentro de su marco de competencia.

Una frase que es obvia, pero lo obvio a veces se calla y por callado se olvida, es que los tratados de derechos humanos no son recomendaciones, no son orientaciones, no son criterios a seguir. Son normas vinculantes, y cuando están ratificadas y promulgadas en el derecho interno, son norma de derecho interno de aplicación preferente, según nuestra propia Constitución, artículo 54, N° 1). Los tratados internacionales no pueden suspenderse o dejar de aplicarse, ni muchos menos derogarse en virtud de disposiciones internas, sino solamente conforme y con arreglo a las disposiciones del propio tratado o del derecho internacional general.

Acto seguido expresó su opinión sobre el tema concreto. La concesión de libertades condicionales implica desconocer deberes constitucionales expresos que no son difíciles de encontrar.

De hecho, la Corte Suprema tenía, o debió haber tenido en su escritorio, la resolución de la Corte Interamericana de 30 de mayo de 2018, después hace una referencia sobre la supervisión de los casos La Cantuta y Barrios Altos de Perú. Ahí se

estableció cuál era el estándar; o sea, casi dos meses antes de la dictación de estos fallos.

La Corte Suprema aplicó una norma preconstitucional y concebida para delitos comunes, como el decreto ley Nº 1.925.

La noción de delitos de lesa humanidad aparece después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial.

El decreto ley que rige las libertades condicionales, por obvias razones, no fue pensado para delitos de lesa humanidad. Fue pensado para delitos comunes. Por lo tanto, su aplicación sin distinción de los delitos de lesa humanidad lesiona, entre otras cosas, la igualdad ante la ley, porque la igualdad ante la ley implica tratar igual aquello que está en el mismo supuesto y distinto a aquello que está en supuestos distintos. Por ejemplo, si trato de igual forma los delitos de lesa humanidad que un robo con fuerza en las cosas, porque si veo las penas a las que estaban sujetos las personas que fueron dejadas en libertad, algunos de ellos tienen la misma pena de un robo con fuerza en las cosas, diez años, cincos años, penas que llegaron casi 30 años después.

Entonces, tengamos en cuenta proporcionalidad. ¿La pena fue proporcional al daño causado? ¿Fue rápida? ¿El Estado reaccionó rápido ante las violaciones de los derechos humanos?

Si se observa el libelo, las condenas son casi todas del 2013 en adelante, hace cinco años. El cumplimiento efectivo de algunos de ellos empezó dos años después. Algunos llevaban dos años de prisión.

Entonces, en la práctica y aunque suene duro y poco jurídico decirlo, la Corte Suprema fijó los mismos criterios para violadores de derechos humanos que el criterio que se le puede fijar a un condenado por piratería, por un robo en lugar no habitado, etcétera, con los mismos requisitos.

Condenas tardías, bajas y con tratamiento de delito común, en su opinión, es una nueva forma de impunidad. Ya no es la amnistía, ya no es la prescripción, superamos ese debate, pero condenas formales sin ejecución material es una forma encubierta de impunidad.

No cree que sea tan necesario profundizar en esta noción, pero se sabe que los delitos de lesa humanidad gozan de un estatus propio, de un estatus que no está inventando, sino que parte de la conciencia de la comunidad internacional de la necesidad de asegurar un estándar mínimo.

Aseveró además que hay que tener presente que los estándares de derechos humanos que provienen del derecho internacional son estándares mínimos. Por lo tanto, la tarea que tienen los estados es asegurar ese mínimo y de ahí para arriba, no de ahí para abajo. Por lo tanto, es un mínimo infranqueable para el Estado.

La Corte Suprema en varios fallos anteriores había aplicado principios no escritos, reglas de *ius cogens*, incluso cuando tuvo que aplicar la convención contra la imprescriptibilidad que no estaba ratificada por Chile. La Corte Suprema dijo en ese entonces -2006- que entendía que esa norma convencional no se encontraba vigente en Chile, pero que nada obsta que se reconozca su calidad de reglas o principios vinculantes, imperativos, reglas de *ius cogens.*

Sostuvo entonces que la Corte Suprema ya había aprendido la lección después del caso Almonacid Arellano. Porque tampoco la aprendió por propia bondad y

por propio reconocimiento de sus errores, sino que hubo que recibir un par de fallos en contra de la Corte Interamericana.

La lucha contra la impunidad constituye un principio imperativo del derecho internacional de los derechos humanos. Cualquier interpretación que favorezca la impunidad repugna -el profesor Zapata decía que repugnaba a la conciencia de la derecha la situación del contralor Vigorena- la conciencia de la humanidad, y cualquiera interpretación que favorezca la impunidad debe ser desechada. Si para esto hay un montón de principios: el principio a favor persona, de interpretación evolutiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. O sea, se puede hacer un listado de principios de interpretación que los supremos podrían haber acogido, para no favorecer la impunidad.

La Corte Suprema exige el mismo estándar que un delincuente común. Y aquí, discrepando un poco, la experiencia internacional es abrumadoramente contraria al razonamiento de la Corte Suprema. El Estatuto de Roma es una excepción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de la posibilidad de rebaja de condenas. Todos los tribunales internacionales que se señalan ahí y que han debido fallar sobre criminales o violadores de Derechos Humanos han sido claros en que la condena se cumple completa. El Estatuto de Roma es el único que contempla una regla específica, pero para reducción de pena, ni siquiera para beneficios, lo que es distinto, porque la libertad condicional es un beneficio.

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en su examen respecto de Chile, el 14 de agosto de 2018 expresó que llamaba al Estado de Chile a continuar el enjuiciamiento de causas relativas a violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, y a garantizar que los autores de estos crímenes sean condenados conforme a la gravedad de sus actos, velando por el cumplimiento efectivo de las penas. A su entender, el cumplimiento efectivo de las penas no va de la mano con libertad condicional, no le calza subrayó

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que no solo es un órgano de la Convención Americana, sino también de la Organización de Estados Americanos, por lo tanto nuestra relación con la Comisión es todavía más directa que con la Corte, porque la Comisión forma parte de la OEA desde la creación de la OEA. La Comisión, en su rol promotor de los Derechos Humanos, nos recuerda, el 17 de agosto de 2018, que el sistema interamericano de Derechos Humanos nos ha advertido –no solo a Chile, sino también al continente- que la aplicación de medidas que le resten sentido o eficacia a las penas impuestas en dichos tipos de crímenes, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, erradicar y sancionar. Nuevamente, la libertad condicional es una medida que le resta sentido y eficacia a la pena.

El Estado chileno -señaló el relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- tiene la obligación internacional de no dejar impune este tipo de delitos, absteniéndose de aplicar beneficios típicos de crímenes menos graves que puedan desvirtuar los efectos de las sentencias condenatorias. ¿Qué es la libertad condicional? ¿Es un beneficio? Es un beneficio.

A la vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos recuerda que puede ser compatible con los delitos de lesa humanidad la posibilidad de reducir la pena -pero reducir la pena, que es distinto a la libertad condicional- cuando, por ejemplo, ha habido colaboración efectiva con la justicia, como un criterio. Además, nos indica que a la hora de aplicar posibles reducciones de pena, deben mediar un análisis y requisitos más exigentes en función del bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de

crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, está claro que no corresponde aplicar el mismo estándar que al delito común.

La Corte reitera que la obligación de investigar, juzgar y sancionar se vuelve ilusoria cuando durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción, en apego al principio de proporcionalidad, se plantean reducciones de condena indebida o beneficios que se encuentran establecidos para el régimen de los delitos comunes, sin el análisis particular de la categoría de delitos de lesa humanidad.

En el caso de supervisión de sentencia, del 30 de mayo de 2018, la Corte Interamericana ha dicho que la ejecución de la pena también forma parte de la obligación de juzgar y sancionar. Los ministros dicen en sus fallos que no desconocen el Derecho Internacional, porque este fue reconocido para dejar fuera la amnistía y la prescripción. Eso dicen los fallos. Entonces, ellos reconocieron la calidad de delitos de lesa humanidad, pero en la fase de ejecución de la pena lo tratan como delito común.
¿Qué dice la Corte Interamericana? Que la ejecución de la pena también forma parte de la obligación de juzgar y sancionar y que durante la misma no se debe otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad. Por lo tanto, se asume que no hay solo una manera de impunidad, sino muchas formas de impunidad, entre ellas el indulto. Conviene dejar establecido que el gobierno actual dictó un indulto en su momento, que no se hizo efectivo y pasó con bajo perfil, porque el beneficiado murió antes. Pero los indultos están expresamente proscritos en materia de Derechos Humanos, incluso por razones humanitarias, que fue lo que adujo el Estado de Perú respecto de Alberto Fujimori.

Luego citó lo siguiente: La ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familias. El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano consagrado por múltiples tratados. Como derecho humano, es parte integrante de nuestro bloque constitucional de derechos. Luego, el desconocimiento del derecho humano de acceso a la justicia no en un fallo, sino que en cinco, constituye, en su opinión, una vulneración grave que puede constituir un notable abandono de deberes.

Finalmente, concluyó señalando que se pueden tener muchos sentimientos, afectos y consideración por las personas de los ministros, por su trayectoria e impronta personal, pero también hay que recordar que bajo la firma de a lo menos dos de estos ministros, se creó una institución que ha sido nefasta para la persecución penal de los delitos de lesa humanidad, como es la media prescripción. La media prescripción es una creación interna, nuestra, que no se condice con los estándares de derechos humanos y ha permitido rebajar las condenas considerablemente.

****

4. DON **ÁLVARO FLORES MONARDES (SESIÓN N° 2ª, DE 31 DE AGOSTO DE 2018).**

Adujo representar a la Asociación Nacional de Magistrados de Chile, institución cuya razón de ser es la defensa del principio de independencia judicial, que se entronca con los valores del Estado democrático y, por lo tanto, constituye una reflexión regular de la Asociación evaluar los escenarios donde esa independencia pueda ser amagada.

Agregó que la posición de la Asociación Nacional de Magistrados es y ha sido inequívoca en esta materia, descartando que la suya fuera una defensa corporativa. Siguiendo el mismo lineamiento, planteó el rechazo a la idea de la acusación, una objeción a la institución del juicio político a los jueces, que no implica desconocer su

existencia, sino una objeción desde en el ámbito de esta garantía de independencia y adhesión al principio de separación de poderes.

Se propuso sustentar buena parte de sus observaciones en lo que ha dicho el propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el juicio político, asegurando que ellas no están dirigidas a inhibir la institución de la que se está haciendo uso, sino a determinar la forma en que deben evaluarse esas objeciones en el ámbito de cómo se está ejerciendo esta facultad y hacia dónde puede encauzarse o no.

Sostuvo que hay varias formas de abordar la cuestión de la independencia judicial. Primero, como una especie de estatuto personal de los jueces, pero en ningún caso como una prerrogativa, privilegio o beneficio de estos. La independencia judicial, cuando la ponemos como centro del sistema democrático, opera como una garantía y un derecho ciudadano; y si bien no está reconocida en nuestra Constitución como tal, la verdad es que ella es un presupuesto del debido proceso, y efectivamente ahí está. Sí hay un derecho al debido proceso, a tener un juez imparcial e independiente, y esa imparcialidad debe estar garantizada desde dos puntos de vista.

Primero, debe ser una imparcialidad e independencia percibida subjetivamente, una especie de ética del carácter. Debiéramos aspirar a que nuestros jueces sean personas subjetivamente resistentes a las presiones, tanto internas como externas, cuando tienen que resolver un caso, porque lo relevante para el ciudadano es que ese caso se resuelva de acuerdo con las normas y las particularidades que le son propias. No de acuerdo a eventuales intereses diversos, a presiones o a expectativas sobre nombramientos futuros, sino de acuerdo a cómo entiende el juez, leal y jurídicamente, las normas involucradas. Esa es una primera dimensión.

Pero además las organizaciones de la magistratura en el mundo aspiran a garantizar institucionalmente esa independencia. Así lo ha hecho también la Asociación de Magistrados en Chile, reclamando en ciertas contingencias en que esa independencia está amagada, pues este es un atributo institucional, una condición del debido proceso, un derecho ciudadano que es igual de relevante y exigible cualquiera sea la posición institucional del juez. Es tan relevante que se respete la independencia del juez que está en San Antonio, de la jueza que está en Quellón, del juez que está en Los Andes, como la de un ministro de la Corte Suprema, porque es presupuesto del ejercicio de la función.

Lo anterior es importante vincularlo con qué es el Poder Judicial. Solemos identificar el Poder Judicial como una corporación, en esta especie de división tripartita de los poderes, pero esencialmente el Poder Judicial –y así está recogido en nuestra Constitución Política, artículo 76– es el poder de juzgar, es la función judicial. Por lo tanto, detenta el Poder Judicial cualquier juez que ejerce jurisdicción: el juez de Los Andes, la jueza de Quellón, etcétera.

Por eso, para la Asociación de Magistrados (la independencia) es una cuestión que atraviesa la posición jerárquica que pueda tener el juez, y por eso es tan relevante defenderla en una contingencia específica de amenaza interna o externa, así como es relevante defenderla ahora como principio en el caso de estos tres jueces de la Corte Suprema que están siendo objeto de este proceso de acusación constitucional o juicio político.

El tema es sensible para la Asociación y para los jueces por una cuestión de respeto a una garantía, de conciencia de que se trata, más que de un privilegio, de una cuestión esencial para el funcionamiento de la democracia. Porque además los jueces están conceptualizados como los garantes finales, como la garantía secundaria última de los derechos de los ciudadanos. A eso aspiramos en un sistema democrático: a que las normas finalmente se resuelvan y se diga el sentido y aplicación

regular a partir de la decisión de los jueces, y a que se lean de esas normas ciertos rasgos predictibles de ser aplicados.

Citando al profesor Nash, quien habría augurado que la comisión escucharía a jueces haciendo defensas corporativas y abogando por una falta de control, afirmó que ello no es así. Si hay algo que no ha hecho la Asociación es defender la independencia en el vacío, dijo. Esto no es un tema de ausencia de controles, es defender este principio y demandar, aparejadamente, un sistema real de responsabilidad de los jueces, que hoy día es muy precario en el orden chileno, porque está atipificado; no está atendido hace mucho tiempo y es una deuda de la institucionalidad democrática político-jurídica, desde la Constitución hasta las normas legales complementarias de esta sociedad, para *aggiornar*, para adecuar la organización de la magistratura, de los jueces, a un modelo que garantice independencia, pero como contracara, como contrapartida, además, haga efectivamente responsables a los jueces. Eso, hoy, no existe.

Entonces, reiteró, no es un alegato por ausencia de controles, y tampoco es una defensa corporativa, porque se está defendiendo un principio. Recordó que hace dos meses la Asociación Nacional de Magistrados estuvo defendiendo fuertemente, contra los ataques del Ejecutivo fundamentalmente, al juez de San Antonio respecto de una causa por control de identidad. Ese juez no es asociado, pero está ejerciendo una función democrática, está ejerciendo una potestad legal, asignada por ley, en un proceso específico. Y esas son las reglas de la democracia que van al proceso: proteger las garantías de los ciudadanos. No siempre los jueces son muy populares a raíz de sus resoluciones, pero asumen que es el costo que deben pagar por estar vinculados a la ley. Independencia de un juez vinculado a la ley como la entiende, como la interpreta –y (aplica) al caso concreto– sin ningún interés ajeno. Por eso es importante tener establecida una organización que garantice esta independencia, tanto organizativa como subjetivamente.

¿Cuáles son las objeciones del sistema interamericano al juicio político? Se hará referencia a ellas desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del órgano máximo de interpretación de las normas internacionales a nivel de garantías procesales, porque (en el escrito de acusación) se invoca mucho, cuando se va al fondo de la resolución (dictada por los ministros afectados), una especie de desatención de ciertas normas. Tales normas de garantías procesales operan para enjuiciar a esta institución, por lo que pidió el expositor a los comisionados enjuiciar críticamente la acusación constitucional, porque eso determinaría la forma en que van a ejercer la facultad que ella les confiere.

En conclusión, la Corte Interamericana (de Derechos Humanos) sostendría que esta facultad debe abordarse con máxima prudencia y sin que el concepto de “notable abandono de deberes” pueda entenderse extensible a la revisión de resoluciones judiciales, cual es precisamente la posición de la Asociación.

Advirtió que sobre este punto hubo un error en los profesores que presentaron el asunto ante la comisión, pues aseguraron que el juicio político recogía, más o menos satisfactoriamente, las exigencias de procesabilidad debida en estos casos. Pero ello no es así. Primero, porque la Comisión Interamericana ha dicho que “el control disciplinario a cargo de los parlamentos, denominado ‘juicio político’, presenta riesgos para las garantías de independencia e imparcialidad”, asociado a los riesgos a la institucionalidad democrática, porque tenemos que hacer la conexión, a estas alturas, de que independencia entronca con la idea de separación de poderes como pilar básico de un modelo democrático. Resalta la entidad, además, “los peligros que representa en sí misma la posibilidad de que la y los operadores de justicia sean sancionados por un poder que tiene una naturaleza esencialmente política y que gran parte de las causales utilizadas para dar lugar a tales procesos adolece de amplitud o vaguedad”.

En este punto, destacó el señor Flores que existe una gran amplitud, vaguedad y discordancia permanentes, entre quienes han podido opinar sobre el tema, acerca de qué es el “notable abandono de deberes” y qué aspectos abarca. ¿Por qué? Porque es una norma elástica, vaga, extensa, ajena a las prescripciones de tipicidad exigibles en este tipo de enjuiciamientos, que además tiene asociadas sanciones severas. Una, es una sanción penal: inhabilidad para cargos públicos. No tiene otra naturaleza. Lo que se aplique acá, en caso de prosperar la acusación, es una remoción, la pena máxima en el ámbito del modelo de carrera, como una sanción penal.

Por lo tanto, la exigencia es que haya máxima tipicidad, pero aquí tenemos un concepto vago en el cual va a ser muy difícil ponerse de acuerdo, porque hay discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia. Entonces, el debate es: (¿Qué incumplimientos constituyen notable abandono y de qué deberes?) ¿Deberes formales o adjetivos? ¿Las cuestiones vinculadas al ejercicio: puntualidad, celeridad, diligencia, buen trato profesional y un largo etcétera? ¿O también alcanzan al contenido de las resoluciones, cuestión que la Asociación estima que no es pertinente?

Por otra parte, la Comisión IDH ha dicho que “los procedimientos que regulan los juicios políticos no garantizan el principio de legalidad y las garantías de debido proceso. En consecuencia, la Comisión considera que atendido el alto riesgo que significa la figura del juicio político, en donde existe, se debe asegurar que el control realizado no sea precisamente de índole político, sino jurídico". Supuso el expositor que este es un esfuerzo que están haciendo la comisión y la Cámara: tratar de entender de la mejor manera las razones jurídicas que están detrás de esta acusación, con base en causales que cumplan el principio de legalidad y en procedimientos que revistan las debidas garantías.

Se refirió luego a la situación en Europa continental, donde no existe el juicio político. Son democracias mucho más avanzadas, acotó, que entienden la separación de poderes y la independencia. Ni qué hablar de Inglaterra, que respecto de las resoluciones judiciales plantea derechamente el principio de irresponsabilidad de los jueces, pues hay ahí todo un capital cultural sobre el prestigio de la magistratura. Pero lo que hacen es generar órganos sobre la base del debido proceso y la tipicidad, que enjuician ciertos aspectos de la conducta ministerial de los jueces, pero no las resoluciones. En Estados Unidos en cambio sí hay juicio político, para autoridades federales del orden civil por traición, cohecho y otros abusos, pero no para resoluciones. Entonces, esa es la lógica, ínsita, trascendente al principio de separación de poderes.

Señaló enseguida que en la sesión anterior de la comisión se planteó una falacia, (y es que defender el principio de separación de poderes) no significa inhibir el juicio político o el ejercicio ponderado de esta facultad, porque hay formas para que haya controles y balances. El principio de separación de poderes no es excluyente de la idea de que existan controles, balances y contrapesos. De hecho, muchas instituciones ejercen controles sobre otras en Chile. Hay controles que ejerce el Tribunal Constitucional sobre la potestad normativa de la Corte Suprema y un largo etcétera.

El problema es que la responsabilidad disciplinaria de los jueces, en Chile, está muy mal regulada a nivel constitucional y legal, y sobre eso la Asociación de Magistrados ha hecho un alegato regular. Si se mejora la tipicidad y se clarifica cuáles son los órganos (competentes), podemos avanzar en la lógica de exigir una mayor responsabilidad, en armonía con la cautela de la independencia y con ese otro presupuesto relevante que es la inamovilidad.

Aquí estamos pensando en que se podría alterar, revisando una facultad jurisdiccional, un principio logrado a fines del siglo XIX, básicamente, que es la inamovilidad de los jueces, posrevolución francesa. (Cabe recordar que) los jueces venían

controlados por el Poder Ejecutivo y una forma de neutralizar ese control, una garantía democrática, fue crear esta institución de la inamovilidad. Entonces, las cuestiones de nombramiento y de cesación en el cargo, de remoción (de los jueces) en este caso, son muy sensibles a las cuestiones de Estado de Derecho, a estas garantías de democracia, conquistadas primero en Europa y trasladadas luego a nuestro país, porque somos tributarios de ese modelo constitucional europeo de organización del poder político en general y de la magistratura.

Finalmente, destacó el señor Flores que la Corte Interamericana (de Derechos Humanos) ha reiterado que está prohibido, por el derecho internacional, establecer como causal disciplinaria actuaciones relacionadas con el juicio o criterio jurídico que desarrollen las o los operadores de justicia en alguna resolución.

Podríamos entender, por tanto, que el juicio político puede sobrevivir para otras cuestiones vinculadas a esos deberes ministeriales, que se sitúan fuera del alcance del contenido de las resoluciones judiciales, como está señalado en la prohibición del artículo 76 de la Constitución. Hasta aquí las objeciones que buscan ilustrar de mejor manera la forma de ejercer esta facultad (que es la acusación constitucional).

Planteó, sin embargo, que a partir de estas prescripciones de la Corte IDH, hay tarea pendiente sobre cómo, eventualmente, modificar algunas instituciones que son completamente disfuncionales a la idea de separación de poderes, independencia y garantías de inamovilidad.

Reiterando que la separación de poderes es un elemento esencial en las democracias organizadas como Estado de Derecho y que como herederos del modelo organizacional del *civil law* tenemos que defender una concepción fuerte de este principio, donde no se concibe a los jueces como detentadores del poder político, sino como profesionales sujetos a una estructura a la cual se le debe garantizar la independencia, destacó que en el sistema chileno sí hay control de las resoluciones judiciales y que el control esencial está dado por los recursos jurisdiccionales.

En toda organización moderna de la magistratura, la revisión de las resoluciones judiciales se hace a través de los recursos, lo cual se frasea en los diálogos de los abogados: “tengo derecho al recurso”, “interpondrá un recurso”, “irá de casación a la Corte Suprema”. Pero esa misma lógica nos impone aceptar que la última palabra en el ámbito jurisdiccional, la norma de clausura, está en el vértice de la organización, la tiene la Corte Suprema y no debiera sorprendernos. Eso, que para algunos expertos se denomina "inmunidad funcional", es lo que de alguna manera estamos tratando acá: la idea de que, en el ámbito de la interpretación y de la aplicación del derecho, no hay un recurso superior. Ahí está el cierre. Así se garantiza la paz social.

Recordó lo dicho por el profesor Zapata, quien, siendo partidario de la idea de que sí se puede, advirtió que entrar a ese núcleo podría significar someter esta institución de la independencia, la conducta (ministerial) de los jueces, a la lectura de lo que los operadores políticos o las mayorías contingentes puedan determinar.

Se preguntó, ¿por qué no hacemos un mejor testeo de los jueces? Porque el testeo a los jueces de la Corte Suprema es formal. Y, ¿por qué no los interrogamos regularmente en la comisión de la Cámara sobre estas cuestiones, como se hace, por ejemplo, en el sistema norteamericano? En su opinión, mucho de eso tiene que ver con el pecado de la designación binominalizada: uno de cada sector político. ¿Para qué voy a "apretar" un poco al tuyo y para qué tú vas a "apretar" al mío? Pero podríamos anticipar los criterios o la interpretación que tiene, por ejemplo, sobre la aplicación de los tratados internacionales, sobre la concesión de libertades o sobre la integración de las

fuentes internas e internacionales, como muchos otros temas relevantes para la decisión en esta materia.

A modo de conclusión, señaló que la independencia no es una prerrogativa personal, es un derecho ciudadano que exige establecer un sistema racional y moderno de exigencia de responsabilidad de los jueces.

La acusación constitucional existe, pero en la lógica de la separación de poderes y del principio de independencia, como derecho, es una anomalía institucional. Deberíamos removerla: está presente, pero es una anomalía en esta lógica de reforzamiento. Las críticas del sistema interamericano deben atenderse, particularmente para el ejercicio de la función.

La Comisión y la Cámara no pueden darle al concepto indeterminado de "notable abandono de deberes" un alcance que incluya el contenido de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces de la Corte Suprema. Debemos aceptar, en un sistema de separación de poderes, que la Corte Suprema es el último eslabón de un sistema de control de las resoluciones de los tribunales a través de un sistema de recursos jurisdiccionales y que, una vez que ese eslabón cierra el debate en el orden interno, no pueden revisarse por órganos políticos esas resoluciones conforme a mayorías coyunturales (inmunidad funcional). No pueden revisarse los fundamentos de esa resolución.

Así se garantiza la paz social, quedando a salvo (toda) otra forma de responsabilidad civil, penal, disciplinaria.

****

5. DON **ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN (SESIÓN N° 2ª, DE 31 DE AGOSTO DE 2018).**

Señaló, en primer lugar, que la acusación constitucional presenta siete elementos característicos esenciales:

1°. Es un juicio jurídico-político. De hecho, la doctrina suele hablar más bien de acusación constitucional y no de juicio político.
2°. Hay en ella un ejercicio de funciones jurisdiccionales, particularmente porque el Senado resuelve como jurado, y eso ha sido reconocido también por la doctrina y la jurisprudencia.
3°. Deben respetarse los principios de un justo y racional proceso como lo han señalado incluso los informes de Cámara, y esta es una manifestación, precisamente, de ese deber.
4°. Hay una responsabilidad de carácter constitucional que establece la Carta Fundamental.
5°. Se establecen sanciones que, en virtud del principio de *ultima ratio*, deben aplicarse en la medida en que excepcionalmente concurran esos supuestos o requisitos.
6°. Debe tratarse de un análisis de las causales que están específicamente tasadas en la Constitución Política, en este caso, notable abandono de deberes, y
7°. También, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, lo anterior supone una interpretación restrictiva y no amplia de las causales.

Si se revisa esta acusación, lo esencial, tal como se señala en su página 78, es la infracción personal que les cabría a los ministros, habiendo revocado sentencias de cortes de apelaciones y habiendo dejado sin aplicación controles de convencionalidad en relación con los tratados internacionales.

¿Qué significa, entonces, notable abandono de deberes?, porque ese es el punto que nos convoca. Ya en el siglo XIX, Jorge Huneeus, el gran parlamentario chileno liberal y primer gran autor de derecho constitucional, en su obra "La Constitución ante el Congreso", decía que no le compete al Senado juzgar acerca de la verdadera y genuina aplicación de las leyes que hagan los tribunales, porque ello afectaría la independencia judicial.

En el siglo XX, Mario Bernaschina, también profesor de derecho constitucional de la Universidad de Chile, decía que el Senado no puede rever la sentencia, porque ello supondría invadir las competencias exclusivas de los tribunales de justicia.

Más adelante, en los años 60, Alejandro Silva Bascuñán, en su notable "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo II, decía: ¿qué se entiende por notable abandono? Circunstancia de suma gravedad que demuestra, por actos u omisiones, una torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando o infringiendo los deberes inherentes a la función pública ejercida.

Curiosamente, los procesalistas de esa época, ya en los 40 y 50, Fernando Alessandri Rodríguez, quien además fuera parlamentario, decía que el notable abandono se refería más bien a los deberes, obligaciones y prohibiciones que la ley impone a los jueces. Esto es, deberes objetivos.

En fecha más reciente, Francisco Cumplido, gran constitucionalista, profesor de la Universidad de Chile, sostuvo que el notable abandono supone una grave infracción administrativa: dejar en grado digno de atención o cuidado las obligaciones propias del cargo. Es decir, no basta una simple infracción, y se encuentran excluidos los actos jurisdiccionales.

Hay, por último, un excelente texto de Renée Rivero, actual vicedecana de la Facultad de Derecho, que reúne todas las acusaciones constitucionales. Ella, en un estupendo trabajo que además fue su tesis de magíster, dice: “el magistrado infringe la Constitución cuando de forma impropia, indebida, injusta, excesiva o arbitraria, sin la debida racionalidad que debe imperar un acto, ejerce sus funciones.”.

La causal “notable abandono de deberes” viene de la Constitución de 1833; y no hay mayores antecedentes, salvo el voto de minoría de Egaña, en donde hay un elemento que después fue desarrollado, doctrinaria y jurisprudencialmente, con motivo de la famosa acusación al Presidente Manuel Montt, pero se incorpora después en la Constitución de 1925 y en la actual.

Cuando se analizó esta norma en la comisión de estudio (de la nueva Constitución), aunque no es mucho lo que se profundizó, hubo algunos análisis al respecto. Por ejemplo, un miembro de la comisión dijo: “ejercer torcida administración de justicia que pudiese en un instante haber llegado a transformar a la Corte en un órgano corrompido”. Otro miembro, pensando en el gobierno, dijo: “no puede interpretarse como notable abandono el tomar una resolución distinta de la que piensa el Ejecutivo.” Otro miembro dijo: “la acusación no procederá en caso (alguno) con respecto a fundamentos y contenidos de resoluciones”. El Presidente de la comisión dijo a su vez: “sería de gravedad extraordinaria que por encima de la Corte Suprema hubiera un organismo, todavía de carácter político, llamado a juzgar si los tribunales fallan bien o mal y capacitado para acusarlos constitucionalmente si dictan un fallo que no es de su agrado.”.

Por último, se propuso una indicación, que al final no prosperó, en cuanto a que los fundamentos y contenidos de las resoluciones de los tribunales no pudieran ser revisadas por estos [sic]. Obviamente, (ello) quedó incorporado en el artículo 76 de la Constitución, como se verá a continuación.

Si, a su vez, se revisan los siete u ocho casos de acusaciones constitucionales (formuladas) a partir del retorno de la democracia en 1990, pueden extraerse algunas ideas.

En el famoso caso del exministro Cereceda, en donde hubo tres ministros (acusados) y después solo se le aplicó la sanción al Presidente de la Sala, se invocaron efectivamente temas de carácter internacional como consecuencia del artículo 5° de la Constitución. Pero, en el fondo, la causal específica fue el incumplimiento de deberes por haber dictado sentencia fuera de plazo, más allá de cinco meses. Además, como se sabe, hubo fuertes críticas hacia el desempeño funcionario de ese juez, que incluso fue calificado de venal por algunos de los miembros (de la comisión).

En el caso de Ortiz, Zurita, Navas y Álvarez, en 1996, se dice expresamente que la jurisdicción es exclusiva de los tribunales. Al respecto, hay una serie de referencias: el caso Jordán, de 1997, que fue empatado y hubo temas de carácter más personal, (donde) se dice que tiene que haber gravedad en los hechos objetivos e inequívocos; en 2005, con ocasión del caso Cisnes, Kockisch, Ortiz y Rodríguez, tiene que haber un manifiesto incumplimiento, se dice, (de) la normativa constitucional o legal.

Entonces, si revisamos los últimos años, podemos ver que las comisiones han ido analizando algunas de estas causales, pero en general han hecho suyo lo que dice la doctrina de Alejandro Silva Bascuñán, cual es que (hay notable abandono de deberes) cuando se producen circunstancias de suma gravedad, que demuestran por actos u omisiones la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando e infringiendo los deberes inherentes a la función pública ejercida. Es decir, faltar en forma grave, reiterada y relevante a estos deberes adjetivos y formales de la alta función. Incluso, la propia Cámara de Diputados hace referencia en sus informes a que no puede arrogarse atribuciones para la revisión de los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales, por cuanto (ello) es facultad exclusiva de los tribunales, al hacer un análisis casuístico al respecto.

En relación con el otorgamiento de beneficios carcelarios, en materia internacional hay fuentes jurídicas convencionales y consuetudinarias. La costumbre internacional no consagra la prohibición de entregar beneficios carcelarios a los (condenados por) delitos de lesa humanidad. Una norma semejante tampoco ha sido cristalizada en una norma de carácter convencional.

Entre las fuentes convencionales, se pueden mencionar el Estatuto de Roma, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y los (instrumentos) equivalentes de Naciones Unidas.

La Convención Interamericana no hace alusión a beneficios de carácter carcelario. Chile, luego de su ratificación, ha cumplido la norma que, en su artículo 6°, dispone el establecimiento de sanciones severas para estos delitos. Por su parte, el artículo 4° de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas dispone el establecimiento de penas adecuadas para los delitos, sin mencionar beneficios.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en sus artículos 1° y 3°, establece la obligación de sancionar de acuerdo a los mecanismos constitucionales el delito en cuestión, además de permitir atenuantes en caso de que el victimario colabore. No hay referencias tampoco a la prohibición de beneficios, señalándose expresamente la posibilidad de (considerar) las atenuantes para disminuir la pena. En esta última figura, previa a la determinación de la pena y a los beneficios carcelarios que son posteriores al establecimiento de esta sanción, no hay

razón para que, sin perjuicio del alto reproche moral y jurídico de estos delitos, no sea posible, eventualmente, conceder beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico nacional.

Por tanto, no es cierto que el ordenamiento jurídico internacional disponga que estos delincuentes no sean sujetos de derecho, de acuerdo a lo que establece el artículo 5°.

En cuanto al Estatuto de Roma, en principio, se ha sostenido por algunos que no sería aplicable debido a que sus disposiciones se refieren a la jurisdicción específica de la Corte (Penal Internacional) y para hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, aun así, es posible señalar que estos beneficios tampoco están excluidos en el Estatuto. Se aplica a los procedimientos jurisdiccionales internos y el Estatuto es como una norma interpretativa.

El tratado dispone, en su artículo 110, que solo la Corte podrá reducir la condena y establece ciertos requisitos, de los que expresamente debe cumplirse al menos uno, una vez cumplida parte de la condena. No es correcto, entonces, el argumento (de) que deban darse copulativamente el arrepentimiento, la colaboración con la justicia y la totalidad de los mismos.

Pretender utilizar normas internacionales no aplicables al caso, o elementos conocidos como doctrinas *soft law*, le parece al profesor Navarro un error jurídico que atenta contra el consenso que los Estados han plasmado en los tratados señalados, como la naturaleza de este instrumento internacional que no constituye derecho internacional y, por tanto, no es vinculante.

Por lo demás, el Estado de Chile ha tipificado los delitos, ha seguido procesos en contra (de) los victimarios, ha impuesto condenas y ha establecido un amplio programa de reparación como lo exigen estos instrumentos. El beneficio carcelario es parte del orden interno y no (está) excluido del internacional.

Una adecuada ponderación de estos derechos y deberes, a la luz del artículo 5°, solo pueden conducir razonablemente a que estos beneficios no son ni inconstitucionales, ni tampoco contrarios al orden internacional, concluyó.

La impunidad, por cierto, es diferente al establecimiento de penas y al cumplimiento parcial de las condenas. Sabemos que hay una presentación ante la Comisión Interamericana que podría exigir, eventualmente, modificar la norma interna y, también, el Estado chileno está efectuando modificaciones de carácter interno.

A continuación, pasó a analizar el último capítulo (de la presente acusación) y extrajo algunas conclusiones.

Advirtió que la libertad condicional no importa la reducción o disminución de la pena, lo cual es un punto esencial, pues, tal como lo dice en su artículo 1° el vetusto decreto ley N° 321, que debiera ser objeto de modificaciones y actualizaciones de acuerdo al derecho moderno, la libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena.

La doctrina nacional (así) lo ha confirmado. Incluso, el profesor Enrique Cury señalaba, en su clásico tratado de derecho penal, que “quien está en libertad condicional no ha cesado de cumplir su pena y solo significa que la cumple de una manera distinta". Eduardo Novoa Monreal, gran jurista de los años ‘60 y ’70, dice: “la libertad condicional no es una forma de reducir o acortar la condena, o de remitir una parte de ella, sino que la duración de ella se mantiene, pero en lugar de cumplirse recluido

en un establecimiento se entiende cumplida estando fuera de este en uso de un beneficio legalmente regulado". Esto lo reitera Gustavo Labatut, Alfredo Etcheberry, Jean Pierre Matus, en fin, toda la doctrina clásica de carácter penal. Por último, en la doctrina alemana, Hans-Heinrich Jescheck dice: "la libertad condicional no implica una modificación de la pena, sino que una medida penitenciaria.".

Ahora bien, lo que prohíbe el artículo 110 del Estatuto de Roma es la reducción de las condenas, esto es, la disminución del tiempo de privación de libertad impuesto en la sentencia, sin que previamente se acrediten ciertos requisitos. Esta situación es completamente distinta a la libertad condicional.

Como conclusión, si se revisa el libelo presentado por los parlamentarios, parece que su fundamento es más bien una crítica que se formula respecto de siete resoluciones dictadas por la Sala Penal de la Corte Suprema, en las que, revocando sentencias de la Corte de (Apelaciones de) Santiago, se otorgó el beneficio de la libertad condicional a recurrentes de amparo, cumpliendo la normativa legal interna y dejando sin aplicación el Derecho Internacional. Reiteró el expositor que esta le parecía más bien una crítica a los fundamentos esgrimidos en la decisión, porque el propio fallo invoca razonamientos de derecho internacional y alude al Estatuto de Roma; o sea, no lo ignora.

A modo de conclusión, señaló que la acusación constitucional es un mecanismo sancionatorio de *ultima ratio,* que debe acreditar inequívocamente una causal muy grave, cual es el notable abandono de deberes. Eso supone circunstancias de suma gravedad que demuestren, por actos u omisiones, una torcida intención, un inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando o infringiendo los deberes inherentes a la función pública. El deber incumplido, y por tanto la causal de torcida intención o descuido, debe ser así acreditado; o sea, faltar en forma grave, reiterada y relevante a las obligaciones y deberes inherentes a las altas funciones que establece la Constitución.

Por otra parte, la jurisdicción, de acuerdo con el artículo 76 de la Constitución, es el poder-deber que se radica preferentemente en los tribunales de justicia para resolver, con autoridad de cosa juzgada, en los asuntos que les han sido otorgados. Por eso el artículo 76 de la Constitución dice que ni el Presidente ni el Congreso Nacional pueden ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones, o hacer revivir procesos fenecidos.

Las propias comisiones que se han formado en los últimos 25 años han reiterado que la Cámara no puede arrogarse, en el ejercicio de la facultad (acusatoria), atribuciones para la revisión de los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales. Esa es también la opinión de la doctrina, desde Jorge Huneeus en adelante, tal como se ha revisado someramente.

Si a los jueces se les acusa por haber interpretado de una cierta forma la ley, sea nacional o internacional, pero se ha fundado, quiere decir que hay una divergencia en cuanto a su razonamiento. Eso no puede ser una infracción constitucional y, en opinión de profesor Navarro, supondría un ejercicio equivocado, e incluso abusivo, eventualmente, de la prerrogativa constitucional que establece la separación de poderes y las atribuciones de los tribunales. Como dijo antes, en la propia comisión de estudio (de la Constitución de 1980) se dejó constancia (de que) el poder político, el Ejecutivo, no podía inmiscuirse en las deliberaciones propias de los tribunales de justicia.

Por último, le pareció que, de su sola lectura, se desprende inequívocamente que en las resoluciones los tribunales han aplicado la Constitución, la ley e, incluso, los tratados internacionales y se han hecho cargo de ello. Se podrá estar en

desacuerdo eventualmente, pero eso no da pie para una acusación por notable abandono de deberes.

Citó a Peter Häberle, quien dice que “sin jueces independientes, no hay Estado de derecho”. También la Declaración de los Derechos del Hombre, la cual recuerda que sin separación de poderes y sin tribunales independientes la Constitución es una declaración puramente inaplicable.

Por último, hizo presente que los jueces que han redactado las sentencias han sido –en todo caso– valientes, pues han integrado la Sala Penal y han dictado sentencias ejemplarizadoras, condenando las graves infracciones y atropellos a los derechos fundamentales y los delitos cometidos durante la dictadura militar. Por tanto, han sancionado severamente los delitos de lesa humanidad en sus sentencias y eso, además, ha sido ejemplarizador, como le consta al haber concurrido a numerosos seminarios internacionales donde se habla de la jurisdicción chilena.

No hay, por último, infracción a la Constitución, ni a la ley, ni a los tratados internacionales, afirmó, sin perjuicio de lo cual estimó que es un imperativo categórico que el legislador interno –el Congreso Nacional– regule adecuadamente y de manera actualizada esta legislación (la relativa al otorgamiento de la libertad condicional).

****

6. DON **HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (SESIÓN N° 2ª, DE 31 DE AGOSTO DE 2018).**

Advirtió que plantearía observaciones de carácter netamente jurídico al tema de la acusación constitucional, remitiéndose solamente a normas de derecho y no a consideraciones subjetivas.

En primer lugar, señaló que en la actualidad no se utiliza el concepto de separación de poderes de Montesquieu, porque, tal como la doctrina constitucional y política lo ha determinado, el principio básico es la distribución del poder del Estado en órganos diferentes que cumplen funciones específicas. Nadie podría discutir que hoy el Poder Ejecutivo, además de cumplir funciones de gobierno y administración, cumple funciones colegisladoras. Además, el Poder Legislativo no solo cumple funciones legislativas y de control del gobierno, sino también funciones jurisdiccionales. En efecto, el Senado puede resolver las cuestiones que están expresamente contempladas en el artículo 53 de la Constitución, no solo relacionadas con la acusación constitucional, sino con varias otras como, por ejemplo, con la responsabilidad de los ministros de Estado por daños que hayan causado en el ejercicio de sus funciones.

Por lo demás, si hubiera siempre separación estricta de poderes, no existirían los regímenes parlamentarios europeos ni los regímenes semipresidenciales. O sea, más evidencia, no hay. En definitiva, es el poder constituyente el que determina las instituciones básicas de la Constitución, las interrelaciones entre los distintos órganos, sus competencias y los controles interorgánicos que se establecen. En esto no hay discusión; eso es así.

En segundo lugar, planteó que la acusación constitucional, como la doctrina lo reconoce ampliamente, es una acusación jurídico-política. Por lo tanto, no obedece a la racionalidad de un juicio ni tampoco las causales deben obedecer a la racionalidad de un delito. Los delitos se tipifican legalmente, (pero) no las causales de acusación constitucional, porque estas pueden constituir infracciones, abuso de poder, desviación de poder o, eventualmente, delitos de prevaricación o torcida administración de justicia, lo cual está expresamente previsto en el artículo 79 de la Constitución, pero el

único tribunal del país que no tiene la posibilidad de un procedimiento mediante el cual se le acuse de torcida administración de justicia y de prevaricación es la Corte Suprema. Todos los demás tribunales tienen en este sentido (algún) control. El único órgano que no tiene control es la Corte Suprema.

Por lo tanto, el único control constitucional que se establece para la Corte Suprema es el juicio político o la acusación constitucional. No hay otro. En un Estado de Derecho todo órgano que ejerce poder responde por sus actos y, cuando hay un órgano que no responde por sus actos, estamos fuera del Estado constitucional democrático de derecho. Esos son principios elementales y básicos.

Por otra parte, aquí se ha cuestionado la atribución de la Cámara de Diputados para acusar constitucionalmente, pese a que ella está establecida en la Carta Fundamental. Luego, se ha cuestionado, con mayor fuerza, que el Senado pueda decidir como jurado la acusación constitucional. En esto hay, primero, una falta de competencia para determinar las reglas de interpretación en materia constitucional. Claramente, la Constitución debe ser interpretada en forma unitaria y sistemática, de acuerdo con su objeto y su fin. En segundo lugar, las disposiciones de la Constitución deben ser interpretadas con un efecto útil y debe aplicarse el principio de corrección funcionaria.

También cabe plantear que aquí hay mucha pirotecnia artificiosa, porque bastaría recurrir al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para averiguar qué implica la expresión “revisar” a que se refiere el artículo 76 de la Constitución. Significa someter una cosa –en este caso los fundamentos de un fallo– a un nuevo examen, pero con el objeto determinado de corregirla, enmendarla o repararla. Ese es el sentido y alcance que hay que darle al término “revisar”. Por lo tanto, (es claro) que tanto el Ejecutivo como el Parlamento tienen prohibido constitucionalmente revisar, es decir, enmendar, modificar o alterar el contenido o los fundamentos de un fallo.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a la facultad que tiene el Congreso Nacional, a través de la Cámara de Diputados, según el artículo 52, y del Senado, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, de examinar el fundamento de un fallo, porque en el fondo la acusación constitucional debe tener un sentido útil. Para eso fue establecida y es un principio de lógica elemental que las instituciones existen para que puedan ser utilizadas.

Entonces, si vemos el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "examinar" significa analizar con cuidado, con atención, en este caso una resolución, para determinar si ha habido en esta perspectiva una incompetencia, un abuso, un exceso, una omisión o, eventualmente, un acto de prevaricación o una torcida administración de justicia. Por lo tanto, “examinar” no es “revisar”. En consecuencia, la competencia del Congreso Nacional hay que entenderla en su correcto sentido, de acuerdo con el texto de la Constitución.

Por consiguiente, no hay ningún fundamento para sostener que la Cámara de Diputados y el Senado, a través de una acusación constitucional, revisen (los fallos judiciales), que es el término que tiene prohibido la Constitución para el Parlamento y el Ejecutivo. Lo que tiene prohibido es revisar, examinar con el objeto de modificar, alterar o dejar sin efecto una resolución judicial.

Con esto quiso el profesor Nogueira despejar un tema al que se recurre una y otra vez en forma errada y fuera del léxico en cuanto a la función de la acusación constitucional y a la atribución exclusiva de los tribunales de justicia, de acuerdo con el artículo 76.

En tal sentido, la Constitución, como unidad, implica darle una correcta interpretación a las distintas instituciones que son parte de la misma. El poder del Estado se ejerce a través de distintos órganos, cada uno de los cuales debe entenderse que lo desarrolla dentro de su competencia y conforme a las reglas que la Constitución y la ley determinan.

Finalmente, revisar no es lo mismo que examinar. Como queda claro, revisar lo hacen los propios tribunales respecto de sus propias resoluciones a través de los recursos de apelación, de casación, de queja y todos los demás recursos que manejan muy bien los procesalistas.

Señalado aquello, cabe también explicitar un segundo elemento que ha estado en el debate: la independencia del Poder Judicial. Se expondrán al efecto los estándares interamericanos sobre la materia, en los que habrá coincidencia parcial con los que determinó el profesor y magistrado Flores, pero no completamente, porque este omitió algunos elementos que están en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

En este caso, claramente las disposiciones en juego son el artículo 8 de la Convención Americana y, en el plano mundial, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambas disposiciones son prácticamente iguales; ambas reconocen que hay un derecho a la jurisdicción, el cual no concluye con la dictación de la sentencia, como malamente a veces se señala. El derecho a la jurisdicción, como claramente lo han determinado tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluye cuando se ha cumplido el fallo a través de la ejecución de la pena, porque obviamente, si se dicta sentencia y se establece una pena, esta es para que se cumpla; de lo contrario, hay impunidad.

Por lo tanto, el cumplimiento de la pena es parte del derecho a la jurisdicción. Y todavía más, el derecho a la jurisdicción es una norma imperativa de derecho internacional. Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cantidad enorme de fallos, algunos de los cuales están en el documento que el profesor Nogueira hizo llegar a la comisión de acusación constitucional para que fuera distribuido a todos sus integrantes.

Al mismo tiempo, hay que señalar que, en lo que atañe a la independencia del Poder Judicial, hay tres elementos que están claramente distribuidos y que la Corte ha identificado muy bien, fundamentalmente en casos en que ha tenido que evaluar precisamente la independencia de los tribunales. Dos de esos casos son: el del Tribunal Constitucional del Perú y el del Tribunal Constitucional del Ecuador. En todos ellos, la Corte ha dicho que la independencia de los jueces supone tres elementos. El primero, que cuenten con un adecuado proceso de nombramiento; el segundo, duración establecida para el cargo, y el tercero, garantía contra presiones externas.

En nuestro ordenamiento jurídico, el adecuado proceso de nombramiento está más o menos regulado, lo mismo que la duración establecida para los cargos. Por lo tanto, el elemento al que hay que prestar atención, en su correcta acepción, es la garantía contra presiones externas. En este sentido, hay que tener en consideración los principios básicos de las Naciones Unidas sobre independencia de la judicatura. Si bien (el profesor) Enrique Navarro podrá decir que el *soft law* no es vinculante, el *soft law* contribuye cuando emana de órganos que tienen por función interpretar y aplicar los tratados internacionales y, en este caso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un tratado internacional que cumple con los requisitos que la Constitución indica: ha sido ratificado por el Estado de Chile y se encuentra vigente. Por lo tanto, la interpretación que hace el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en esa

materia, es vinculante para el Estado de Chile. Desde ese punto de vista, cabe señalar que los principios básicos establecen que solo puede ser separado de su cargo un juez por incapacidad o comportamiento que lo inhabilite para el desempeño de sus funciones. En otras palabras, cuando hay un notable abandono de deberes.

A su vez, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Camba, Campos y otros versus Ecuador, determinó que la garantía de la estabilidad e inamovilidad de los jueces no es absoluta; en el Derecho no hay ninguna institución que sea absoluta, ni siquiera los derechos. Todos los derechos tienen límites, incluso el derecho a la vida. Luego, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como indica en su párrafo 191 la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, admite que los jueces sean destituidos por conductas claramente reprochables. Es un estándar vinculante para el Estado de Chile. A su vez, en la observación general N° 32, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que los jueces podrán ser destituidos por razones graves de incompetencia o mala conducta.

Por lo tanto, queda claro que los jueces pueden ser destituidos, que en nuestro ordenamiento constitucional hay controles interorgánicos y que uno de esos controles, respecto de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, es la acusación constitucional. En consecuencia, no hay duda de que la facultad, en la forma en que está establecida constitucionalmente, y de acuerdo con los estándares que fija el sistema interamericano, puede legítimamente ejercerse. No hay ningún inconveniente para hacerlo. Está fijada como estándar interamericano sobre la materia.

No obstante, los jueces no solo deben ser independientes, sino también imparciales. La independencia es precisamente una de las bases que posibilita la imparcialidad, pero la imparcialidad es tan fundamental como la independencia. Normalmente, la independencia se predica desde el tribunal, *ex ante* el análisis de los casos. En cambio, la imparcialidad se predica de la persona de los jueces, en el caso en que están actualmente resolviendo o que han resuelto. En este sentido, "la denominada prueba objetiva de la imparcialidad consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona y sus actos".

Cabe preguntarnos, además, si la Cámara de Diputados plantea una acusación constitucional solamente cuando hay fundadas sospechas de que el acto (del acusado) constituye una vulneración del Derecho. Desde este punto de vista, baste leer el párrafo 117 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Usón Ramírez versus Venezuela (transcrito parcialmente arriba entre comillas), que contiene un estándar vinculante establecido por la CIDH.

Respecto del notable abandono de deberes, planteó el profesor Nogueira que los antecedentes de las constituciones de 1833 y de 1925 no corresponden a la realidad actual, porque todos ellos se hicieron en otro contexto; sin la reforma de 1989 (a la Constitución de 1980), que permitió el tránsito a la democracia, y sin la presencia de la reforma de 2005. Por consiguiente, todas las afirmaciones hechas sin esas consideraciones están, obviamente, descontextualizadas y lo que debemos considerar es el texto vigente de la Constitución, el derecho positivo actualmente vinculante.

Desde ese punto de vista, podemos estar más o menos de acuerdo con algunas versiones que determinan que el vocablo “notable” implica, fundamentalmente, digno de atención y cuidado, y que, obviamente, esa (falta de) atención y cuidado se produce cuando hay un grave incumplimiento de las obligaciones constitucionales. Obviamente, “deber” implica, precisamente, realizar aquello a lo que los jueces están

obligados. Por lo tanto, la causal genérica significa dejar (de cumplir), en grado digno de atención o cuidado, en forma grave, las obligaciones provenientes del cargo, establecidas, en este caso, no solo por la ley, sino también por la Constitución.

Agregó el expositor que la reforma de 1989 introdujo, en el inciso segundo del artículo 5°, una segunda frase: "Es deber de los órganos del Estado..." –y obviamente el Poder Judicial es un órgano del Estado y los jueces son agentes de ejercicio de ese órgano del Estado; por lo tanto, es un deber de ellos, y es un imperativo constitucional– "...respetar..." –y no solo respetar, pues además tienen una obligación activa– "...y promover..." los derechos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es una obligación imperativa, de acuerdo con el derecho constitucional chileno.

Por otra parte, la reforma constitucional de 2005 introdujo el inciso quinto del número 1 del artículo 54 de la Constitución. ¿Qué nos dice esa disposición, que no hace más que internalizar en el texto constitucional las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados? Esa disposición determina que a cualquier órgano del Estado, incluido el poder constituyente derivado, le está impedido suspender, modificar o derogar disposiciones de un tratado, lo cual solo se puede hacer de conformidad con el propio tratado o de acuerdo con las reglas generales del derecho internacional.

Por lo tanto, cuando un juez o un tribunal omite cumplir con las reglas de los tratados internacionales válidamente incorporadas, no solo está vulnerando la Constitución, sino también los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y además los artículos 26, 27 y 31, número 1, de esta. El artículo 26 obliga a cumplir las obligaciones, lo cual constituye un principio de *ius cogens*. A su vez, el artículo 31, número 1, establece el deber de buena fe. Por lo tanto, el Estado firmante debe cumplir las obligaciones de buena fe, de acuerdo al objeto y fin de la norma y, además, sin oponer obstáculos de derecho interno, como lo determina el artículo 27 de la Convención. Aquellas no son solo normas internacionales, sino que también son normas de nuestro derecho chileno, que tienen fuerza vinculante y aplicación preferente en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, ¿es posible aplicar el decreto ley (N° 321) de 1925 en materia de crímenes de lesa humanidad? La respuesta clara y categórica es no, porque esas disposiciones están concebidas para delitos comunes, y existe un elemento lógico básico: ese decreto ley fue concebido en 1925, cuando no existían los delitos de lesa humanidad, que empezaron a tipificarse después de la Segunda Guerra Mundial. Antes de su tipificación, su consideración consuetudinaria por el derecho internacional implicó, en primer lugar, (la creación de) los tribunales de Nürnberg, de Tokio y muchos otros, además de los posteriores, como el de la ex-Yugoslavia, el de los crímenes ocurridos en El Líbano, en África, etcétera.

La pregunta que surge es, ¿por qué no consideraron normas sobre beneficios carcelarios? La regla por la cual no se consideraron es porque no se contemplaron [sic]. En el fondo, solo se pueden aplicar beneficios que están expresamente establecidos. Si no están establecidos, es porque no están contemplados en el ordenamiento jurídico; y no se pueden utilizar consideraciones subjetivas para establecer normas jurídicas.

En ese sentido, los comités de los distintos tratados sobre delitos de lesa humanidad, como el Comité sobre Desaparición Forzada de Personas, el Comité Contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, prohíben aplicar beneficios de carácter carcelario. El único que (no) lo hace es el estatuto del Tribunal Penal Internacional, pero es una excepción que, además, hay que contemplar en derecho,

como corresponde. Es una excepción para ser aplicada en los casos enjuiciados solo por el Tribunal Penal Internacional, no para extenderla.

Y aquí existe otro error: no se aplica el principio básico de interpretación de derechos humanos, que es el principio favor persona, que nuestros tribunales aplicaron con claridad, incluido el Tribunal Constitucional, cuando lo integró en calidad de ministro el señor Enrique Navarro. Existen varios casos en que ha sido aplicado ese principio, y es una obligación aplicarlo, porque está contemplado en el artículo 29, literal b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es una regla de interpretación que obliga a todos los jueces que pertenecen al sistema interamericano de derechos humanos.

El principio favor persona tiene una vertiente interpretativa y una vertiente normativa. La vertiente interpretativa implica que los jueces están obligados a interpretar las normas sobre derechos (humanos) en aquel sentido que potencie y garantice en mejor forma el cumplimiento de los derechos, lo que a su vez implica una segunda regla en esta vertiente, y es que las excepciones son de derecho estricto y solo pueden ser consideradas para el caso específico en que ellas están contempladas. Por lo tanto, si aplicamos el principio favor persona correctamente, las reglas de reducción de la pena del Tribunal Penal Internacional están hechas para ser aplicadas por ese tribunal y no por otros.

Por otro lado, la regla favor persona tiene una vertiente normativa, que implica que, existiendo dos o más normas que se refieren a derechos fundamentales, siempre debemos aplicar aquella que mejor protege y garantiza los derechos. Cabe hacer presente que la libertad condicional no es en definitiva un derecho, sino un beneficio, y que ambos no tienen cómo compararse. Desde ese punto de vista, está claramente estipulado que los beneficios solo se pueden establecer cuando están expresamente contemplados.

Digamos también que Chile incorporó una legislación sobre crímenes de lesa humanidad, debido a que la legislación penal ordinaria no es aplicable a esos crímenes. En el marco de esa legislación, cabe preguntarse si se contempló alguna medida como la libertad condicional u otra. Por cierto que no la contempló, y no lo hizo porque la regla general en materia de crímenes de lesa humanidad es que no hay beneficios.

Cabe preguntarse, además, qué pasó con los presos de Spandau, en Alemania. La cárcel de Spandau se cerró cuando murió el último criminal de guerra nazi, Rudolf Hess. Solo en ese minuto, cuando murió el único preso que quedaba en el recinto, se cerró la cárcel de Spandau. ¿Y por qué? Porque, de acuerdo con las reglas generales del derecho internacional, no existen beneficios para los condenados por crímenes de lesa humanidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha establecido algunos estándares, específicamente, en la resolución de supervisión del fallo Barrios Altos y La Cantuta contra Perú. Esto es importante porque la Sala Penal de la Corte Suprema manipuló el fallo Barrios Altos en varios de sus considerandos y, en una falacia argumental, concluyó que como no estaban expresamente prohibidos, en un sentido contrario, estaba autorizada para aplicar beneficios. Y la verdad es que los beneficios pueden aplicarse (solamente) cuando hay norma jurídica expresa.

Siguiendo la misma perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido reglas específicas en esta materia. A saber:
1.- Dos tercios de cumplimiento de la pena, estándar que no está cumplido por ninguna de las cinco sentencias.

2.- Cooperación pronta y eficaz en la resolución del caso o colaboración en la resolución de otros casos que impliquen crímenes de lesa humanidad.
3.- Reparación del daño causado.
4.- Efectivo arrepentimiento respecto del daño causado.

Cabe agregar como estándar las repercusiones que esa medida (la concesión de beneficios) puede implicar para la sociedad y para las víctimas. Ello, porque aquí se planteó el tema de dos o tres magistrados, sin embargo son decenas de miles de personas (las) que se ven afectadas por dicha situación.

El último elemento a considerar es qué disposiciones se han vulnerado con este acto, porque acá hay otro elemento importante: hay muchas declaraciones donde se destaca la conducta histórica que han tenido los magistrados, pero lo que se enjuicia en una acusación constitucional no es la conducta histórica, sino el (haber incumplido) las obligaciones que están establecidas constitucionalmente. En ese sentido, podemos señalar que lo que se enjuicia es el acto por el cual se acusa constitucionalmente.

Desde ese punto de vista, hay (que considerar) cuatro elementos:
Primero, hay que enjuiciar constitucionalmente si en esta sentencia los magistrados han respetado, garantizado y promovido los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Segundo, si han respetado los principios de *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional que la propia jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema ha señalado que son obligatorios para ella. Hay distintos casos en que ello está establecido.

Finalmente, hay que preguntarse si está respetado el artículo 54, N° 1, inciso quinto, de la Constitución, y el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales, que determina las facultades conservadoras de todos los tribunales de justicia.

Esa es la tarea que le corresponde a la comisión: si ella determina que esas disposiciones, reglas y estándares han sido infringidos, obviamente, tiene la obligación de plantear la (aprobación de la) acusación constitucional; por el contrario, si considera que no se cumplen, tienen la obligación de rechazar el planteamiento de la acusación constitucional.

****

7. DOÑA LORENA PIZARRO SIERRA (SESIÓN N° 3ª, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018).

Refirió que esta es una acusación histórica, casi a 45 años del golpe de Estado cívico-militar, que después de tantos años de dictadura, de violaciones de derechos humanos, de dolor para el país, y de impunidad, esta Cámara, haciendo uso de una facultad constitucional, busca poner freno al accionar no apropiado por parte de tres jueces de la sala penal de la Corte Suprema.

Señaló que cuando su organización se enteró de la determinación obscena de la sala penal de la Corte Suprema les provocó mucha desesperación, no porque fuera la primera vez que ocurría, sino porque se intentaba finiquitar la impunidad como un hecho real en Chile.

Les recordó el actuar del Poder Judicial en los años de la dictadura cívico-militar donde no tuvo ningún contrapeso y fue tan activo su rol en el exterminio que

finalmente fue parte activa del exterminio. Al no acoger nunca un recurso de amparo los tribunales de justicia fueron parte del exterminio.

¡Miren lo que son las paradojas de la vida! Fíjense que la libertad de estos siete agentes son producto de que ahora sí la sala penal acoge un recurso de amparo. Incluso, resulta doloroso.

Entonces, dijo que cuando nos enteramos de esta determinación, que no es la primera vez que ocurre y que siempre han condenado, sienten que ahora, con una nueva composición de esta Cámara de Diputados producto del término del sistema electoral binominal, con una nueva composición más democrática, se puede tener la posibilidad de un respaldo que les permitiera sentir que un poder del Estado se hace cargo de su obligación, porque la acusación contra tres ministros de la sala penal es por notable abandono de deberes, por hacer oídos sordos de lo que dice el artículo 5° de la Constitución, señalando que es obligación promover la defensa de los derechos humanos y también considerar el derecho internacional humanitario. Sin embargo, la resolución hace oídos sordos de ambas condiciones: de lo que señala el artículo 5° respecto de la promoción de los derechos humanos y respecto de lo que la norma internacional obliga. Y aquel incumplimiento por notable abandono de deberes de los ministros de la sala penal, que ha salido a condenar de manera tan intervencionista el gobierno respecto de lo que faculta la Constitución a esta Cámara de Diputados, les hace pensar que existe la posibilidad, de verdad, de detener la impunidad y que algún poder del Estado ponga freno a lo que ha sido una constante desde el año 90. Y quisieran que cuando se hable de impunidad, que es igual a la no repetición del genocidio, no tener que recurrir a lo que hoy es la oposición al gobierno de derecha.

La defensa de los derechos humanos y la obligación que tiene cada diputado y diputada, independiente del sector que represente, es una obligación, y el derecho internacional es claro en este sentido. Es tan claro, que existen resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como en el “caso Almonacid-Arellano”.

Acotó que no es abogada, sino educadora de párvulos, pero ha tenido que aprender durante todos estos años cómo este país hace oídos sordos del derecho internacional humanitario, exponiendo a las futuras generaciones a volver a vivir el exterminio.

Expresó que esta obligación por la que hoy día se está acusando a la sala penal también es una responsabilidad de ustedes, los diputados. Y votar la aprobación en la Sala y luego en el Senado la destitución de los ministros, es, necesariamente, dar cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos.

Qué tremendo que la humanidad, después del holocausto nazi, haya tomado conciencia de la importancia del respeto a los derechos humanos, del respeto a la vida. Y eso es lo que está en juego.

Dijo que han pasado casi 45 años desde el golpe de Estado cívico-militar, y cuando se habla de estos pobres viejitos a los que se les genera todo un ambiente de impunidad, no sé si la discusión está en quién envejece más rápido, si sus familiares o los genocidas, porque de su lado también han ido envejeciendo, y también han ido falleciendo las compañeras. ¿Saben cuál es la diferencia? Que las nuestras fallecen con el dolor de no encontrar a su familiar desaparecido.

Entonces, cuando lee que la resolución que entrega la sala penal de la Corte Suprema, por ejemplo respecto del caso de Alonso Rojas, joven de 24 años, y su esposa Nicza Báez, sobreviviente de este exterminio, por irreprochable conducta anterior,

le parece que es una ofensa, porque, finalmente, lo que se está enfrentando es que el informe de la Comisión de Libertades señala que no tienen conciencia del mal causado. Yo no sabe cuándo ellos van a tener conciencia del mal causado, si hay miles de miles de víctimas secuestradas, desaparecidas, asesinadas, torturadas. Es más, uno de ellos señala que cumple con el deber militar. Es muy fácil, sobre todo cuando una no tiene los medios de comunicación a su alcance, generar un ambiente de victimización de quienes no lo son, de quienes se sienten salvadores de Chile, de quienes se sienten que cumplieron la labor, que es un mandato que se les dio y, por lo tanto, merecen honores.

Y cuando esto se instala en un país como Chile, como una lógica de convivencia, qué peligroso resulta torcer la memoria, porque significa que el país que construimos es un país que tiene totalmente alterada las nociones del respeto a la vida, de la defensa de los derechos humanos y de la construcción de una democracia verdadera.

Fíjense que, incluso, el argumento que están esgrimiendo es el Estatuto de Roma para señalar que ellos no cumplen con las condiciones que establece el Estatuto de Roma.

Estuvo acá el viernes y escuchó a los profesores Nash y Zapata, quienes se refirieron a otros estándares, mucho más altos: ellos hablaron de Núremberg, hablaron de cómo allí los criminales murieron en la cárcel. Su organización quiere volver a esos estándares. Nadie tiene dudas de que los condenados en el penal de Punta Peuco tienen más que garantizado sus derechos. Ojalá toda la población penal tuviese esa condición carcelaria. Los de Punta Peuco sí la tienen, y siempre han dicho que vayan a una cárcel común, no porque quieran que tengan una condición carcelaria distinta, sino porque no están de acuerdo con que tengan una cárcel especial, que es símbolo de la impunidad.

Y hoy día el Parlamento tiene la posibilidad de poner un freno a la impunidad, y poner freno a la impunidad es decir: nunca más; poner freno a la impunidad también es señalar que cuando un poder del Estado no cumple su función, como la sala penal, las autoridades no presionan a otro poder del Estado, como se ha hecho con el Parlamento, casi anunciando que va a haber un apocalipsis en Chile porque se presenta esta acusación constitucional y no se ve el fondo del asunto, esto es que la impunidad sí nos hace vivir en permanente riesgo de ese apocalipsis, porque eso es una dictadura, eso es una dictadura cívico-militar, y eso es lo que no puede volver a ocurrir.

Por lo tanto, también esta Comisión debe desestimar cualquier acción que pretenda señalar que por cumplir un mandato constitucional se está generando una situación de desestabilización, porque eso es limitar la democracia, porque eso es salir con resabios dictatoriales, donde el control lo tiene absolutamente un poder y el resto no existe.

Ojalá hubiese existido el Parlamento chileno en los años de la dictadura: cuántas vidas se habrían salvado si se hubiese acusado constitucionalmente a todos los ministros de la Corte Suprema que jamás, salvo un caso, acogieron un recurso de amparo.

Recalcó que cuando se habla de este tema se habla de seres humanos, se habla de vidas, se habla de personas que por pensar distinto fueron perseguidas, asesinadas, torturadas, y en su caso, incluso, no fueron capaces de entregarnos sus cuerpos. Todavía los buscan manifestó!

Pero resulta que estos siete señores, solo como ejemplo, jamás colaboraron para saber qué pasó con nuestros familiares. Es más, sienten que cumplieron con el deber militar. Ese no puede ser el país que construimos.

Lamentablemente, esta resolución no se puede resarcir, no tiene vuelta atrás, pero no hay que permitir que siga ocurriendo. No se puede permitir. Hablar de nunca más significa no más una dictadura, no más un golpe de Estado, porque no acepto el gobierno que me gusta.

Indicó que a todas luces, a ellas no les gusta el gobierno que existe, pero dice que si alguien intentase dar un golpe de Estado a este gobierno, serían las primeras en oponerse, porque cuando se habla de este tema no es relativizarlo.

Los derechos humanos y la democracia se defienden y se respeta. Lo que hizo la Sala Penal fue precisamente lo contrario, porque esa es su función, esa es la función de los ministros y de las ministras: garantizar la verdad total y la justicia plena en sus juicios. Y luego de que estos sujetos son condenados y condenadas, asegurar el cumplimiento del derecho internacional humanitario, que es muy claro. Para qué lo va a detallar si en esta Comisión lo explicaron contundentemente dos de los tres invitados -cree que incluso los tres- lo que es el derecho internacional humanitario en estos temas.

El tema de fondo es si se va a seguir permitiendo que los criminales en Chile hayan vivido toda su vida en la impunidad, y a partir de 2013 recién haya empezado, la mayoría, a cumplir condenas.

Expresó que uno de los liberados había entrado en enero o febrero de este año a cumplir condena, pero resulta que en junio le dicen: váyase para su casa, porque las vidas que usted mató, asesinó, o secuestró, no valen. Aquí más valen las presiones políticas. Eso no puede ser el país que construyamos democráticamente.

Sostuvo que ojalá la acusación constitucional tuviese el voto unánime de la Cámara de Diputados, porque más allá de cualquier pensamiento, o ideología política, lo que se estaría poniendo en el centro es el respeto a la vida y a la defensa de los derechos humanos.

Hoy, después de 45 años de ocurrido el golpe de Estado cívico-militar, se imagina que nadie bien nacido, nadie que tenga conciencia ética, va a ser capaz de justificar o relativizar lo que pasó durante la dictadura. Nadie puede decir –ni siquiera va a defender el gobierno de Salvador Allende, porque no es el tema- que algo justifica un golpe de Estado y las violaciones a los derechos humanos.

Pues bien, para que eso no ocurra, la obligación es detener la impunidad y asegurar verdad y justicia, tardíamente, pero nunca van a perder la esperanza de que alguna vez un Poder del Estado cumpla con la obligación que debe cumplir, esto es, acoger el derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, cursar esta acusación constitucional y, a continuación, la destitución de los ministros que están acusados.

****

8. DOÑA ALICIA LIRA MATUS (SESIÓN N° 3ª, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018).

Aclaró que para no ser injusta, cree que es importante reseñar que el apoyo incondicional de lo que fue y de lo que es la acusación constitucional viene de

todas las agrupaciones a nivel nacional, desde Iquique al sur de Chile, para dar la imagen de que hay un apoyo inmenso de hombres y mujeres que, en el norte, en el sur, en Valdivia, en Temuco, han luchado, pero que por distancia y por tiempo no están acá, sin embargo están presentes y eso es lo importante.

En primer lugar, 1996 fue un año muy relevante para el mundo de los derechos humanos, porque fue la primera acusación constitucional que se realiza contra un juez, la que fue triunfadora. Recordó que estuvieron hasta las dos de la madrugada en el Congreso y después celebraron. Aprovechó de honrar la memoria de don Andrés Aylwin, quien estuvo presente, como también lo estuvo Hugo Gutiérrez y Hugo Campos, quien se amaneció con ellos hasta que salió el fallo, lo que fue realmente reivindicador. Fue reivindicador, no en el sentido vengativo, ni porque se persiguió una idea, sino porque cuando se prevarica la justicia, o cuando se niega la justicia, es bueno que los Poderes del Estado se pongan en alerta y cumplan su rol.

Por lo tanto, 1996 fue muy emocionante porque por muchos años, en dictadura cívico-militar, estuvieron inmersas sin verdad, sin justicia y sin investigación. Los primeros años en democracia no fueron fáciles de lograr justicia.

Destacó que quiere ponerle rostro a la sonrisa, a la vida, a los sueños de sus familiares. Después de ese triunfo siguieron trabajando y cuando hoy se victimiza en forma muy vergonzosa a los criminales que están en Punta Peuco, cuando no piensan en aquellos familiares que siguen en la búsqueda, o en aquellos familiares como Otilia Vargas, que murió sin saber de sus cinco hijos, tres de ellos ejecutados; como Ofelia Moreno, con cinco familiares ejecutados en el sector de Rinconada de Maipú, quien ahora está en estado vegetal hace como tres años. Se Está hablando de eso, de vidas porque, además, estos crímenes son tan alevosos, tan graves, porque no fueron por maldad, no fueron porque alguien perdió la paciencia, sino que fueron premeditados y por razones políticas. Es my importante: la maldad de planificar, de secuestrar, de ejecutar, de torturar.

Relató, por ejemplo, que tenían el caso cuando se indulta a Cardemil. El pobre viejito se le indulta; sin embargo, de la gente que asesinó Cardemil, hay una mujer, que es Beatriz Díaz Agüero, embarazada, que fue ametrallada por la espalda cuando la hicieron correr; asimismo, pensando en mujeres como Mónica Pacheco, embarazada, ejecutada junto a sus cinco familiares en el sector de Rinconada de Maipú.

Entonces, han tenido justicia a medias, por lo cual, para ellos, para las víctimas y los familiares fue muy importante y reivindicativo.

Su agrupación, en 2010, presentó 1.164 querellas por hombres y mujeres por quienes nunca antes se había presentado querella. Por eso, los jueces tenían, entre los mal llamado casos emblemáticos, algunos casos que tenía la Vicaría de la Solidaridad, pero la mayoría, se está hablando de más de 2.000 ejecutados políticos, por 1.164 nunca se presentó querella.

Acotó que el hombre común, la mujer dueña de casa, el comerciante ambulante, el trabajador de la feria; entonces, como lo reseñó, recién el 2010 se empieza a trabajar, a raíz de que la agrupación presenta esta querella, a raíz de que hay un veto aditivo que ponen los parlamentarios en el programa de derechos humanos, porque querían poner algunos casos más emblemáticos, porque manosean mucho la palabra emblemático. Entonces, dijeron que desde el campesino hasta su querido Salvador Allende tienen derecho a la verdad y a la justicia, por lo cual, ellos vivieron décadas de impunidad. Recordó al señor Cardemil, que fue indultado, pero no salió en libertad porque falleció antes, quien recién en 2013 fue procesado y el crimen era de 1973.

Reiteró el apoyo de los parlamentarios de oposición a las agrupaciones, pero con un fin ético, moral y político, porque aquí el Estado cometió los atroces crímenes y asesinatos.

Además, recordó en Talca a Claudia Valenzuela Calderón, una niña de 6 años, que la ejecutan al interior de su casa junto a su madre y a su padre. Afortunadamente, su hermanita menor quedó escondida bajo de una cama y se salvó.

Es posible, cuando el señor Dolmestch dice que si no se compatibiliza sí pueden tener beneficios, que bajo la gravedad de esos crímenes se pueda beneficiar con beneficios carcelarios a criminales de esa magnitud, cuando no ha habido ninguna sanción.

Además, el hecho de que el Estado chileno fuese condenado en el caso del profesor Almonacid Arellano, por tener una ley de amnistía, por aplicar la prescripción y por denegación de justicia.

¿Qué es lo que hizo el Estado? ¿Ha reparado eso? No, los proyectos de ley duermen en el Congreso y el señor Dolmestch tiene la patudez de pasar por encima de la condena y marcar jurisprudencia, con la media de prescripción.

La media prescripción es denegación de justicia en crímenes de lesa humanidad, pero también trae lo que se conoce como penas remitidas. Hay centenares de criminales condenados por crímenes atroces, pero como les rebajaron la pena y les dieron penas remitidas, se fueron para sus casas y no pasaron ni un solo día en Punta Peuco.

Entonces, cuando se reacciona y ven este temor, porque hay un lado que está moviéndose y otro con la actitud del Presidente para indultar, se dice: “Bueno, qué está pasando.”. O sea, nuevamente los quieren llevar a esta reconciliación forzada que desde el año 90 los han tratado de imponer, sin pensar en los familiares y en las víctimas, pero tampoco en una cosa más importante: en el país, en la sociedad.

Precisó que tienen claro que este no es solo un problema de las víctimas de los familiares, sino de la sociedad en su conjunto. Por eso y felizmente, la sociedad está muy pendiente de esta querella. Contó que están participando en distintas actividades, porque, insistió, no es un problema personal con los jueces, no es si le caen simpáticos o no, no es si le caen bien o mal, sino que son sus propios fallos los que hablan. Y los que ha dado la sala penal son realmente dolorosos e injustos, porque constituyen una falta de justicia para los familiares de las víctimas.

Por ello, observó, han insistido en lo que significan los crímenes de lesa humanidad. Nadie dice: “Por qué la sala penal pasó por encima de la comisión de vigilancia que aconseja que estas personas no están aptas para salir con beneficios, porque no tienen empatía con las víctimas, no han entregado información.”.

Los jueces han pasado por encima de los convenios y tratados internacionales, como bien lo han expuesto, en particular el señor Humberto Noguera dio una paliza contundente a los dos antecesores que expusieron, y no lo dice ella, sino los propios tratados.

Recordó que cuando el señor Dolmestch fue nombrado presidente de la Corte Suprema fueron a saludarlo, porque por principio hay que saludar a la autoridad por si después hay que hacer lobby. Incluso, en aquella ocasión que fue bastante cordial, le planteó en forma muy honesta que se alegraba por su salida de la sala penal, realmente por su media prescripción, y él dijo que un día le íbamos a agradecer el hecho de que

aplicara la media prescripción. Yo le dije: “Bueno, me gustaría que le viera la cara a las víctimas -hablando de los presos políticos-, a los familiares. Qué agradecer, ¿la justicia en la medida de lo posible?”. Él se ha enmarcado en ese sentido, incluso preocupado siempre de los pobres de Punta Peuco.

Agregó que les ha demostrado que los jueces no han sido parciales, como debieran ser, porque sería distinto si usaran los argumentos nacionales e internacionales en orden de velar por la verdad y la justicia en los crímenes de lesa humanidad.

Es más, ni siquiera les da pudor reconocer que los fallos son por crímenes comunes, no son por crímenes de lesa humanidad. Si los fallos fueran por crímenes de lesa humanidad, cada uno tendría que partir de 30 años hacia arriba, dependiendo de la gravedad del crimen, del delito que cometieron. Hay un grupo grande de presos, como el terrible siniestro personaje Krassnoff, que participaron en distintos crímenes en la DINA y en la CNI, por la forma en que asesinaron a las personas.

Prosiguió diciendo que se sabe que los beneficios carcelarios son para los presos comunes. Primero, en el mundo no existe la media prescripción; incluso, cuando uno sale fuera del país y explica esta situación, hay que ser como Humbertito y explicar qué es la media prescripción y repetir para que lo entiendan, porque no lo entienden, no saben lo que es la media prescripción.

Segundo, dice claro que los criminales de lesa humanidad no tienen el beneficio, no es un derecho; por tanto, tienen que cumplir por lo menos la tercera o cuarta parte de la pena y aquí en ningún caso se ha cumplido ni menos respetado.

¿Por qué reaccionan ahora? Primero, porque fue violento cuando se dio a unos degolladores la libertad condicional, no solo para los familiares, sino para la sociedad, para el chileno que realmente sabe lo que pasó, el terrorismo de Estado; el que sabe que los gobiernos, en su totalidad, no han tenido la voluntad política real en términos de buscar los mecanismos, al contrario, la interpretación del Código Penal para que los crímenes de lesa humanidad sean reconocidos no estaría durmiendo casi 16 o 17 años en el Congreso.

Los jueces no toman en cuenta que no tienen ningún grado de arrepentimiento, no han aportado nada. Por eso los casos se han dilatado en el tiempo y hoy pillan una triquiñuela más terrible aún para los familiares de las víctimas, que es el Tribunal Constitucional; o sea, si aquí se demora 20 años, en el Tribunal Constitucional también, y ahí nadie dice nada.

Por otra parte, ellos reivindican, es cosa de ver el lanzamiento del libro de Álvaro Corbalán, las palabras que escribe Krassnoff, cómo se viste con su uniforme; o sea, ellos hicieron bien a la patria al matar a tantos comunistas, porque el país estaba lleno comunistas, aquí no hay compañeros socialistas, miristas o democratacristianos, ¡no!, eran todos comunistas. O sea, el fascismo mismo.

Por eso, precisó que ponen el énfasis en que estos fueron crímenes de lesa humanidad: el Estado implementó la forma de exterminar por razones políticas a hombres, mujeres y jóvenes.

Recordó que en 1990 se paró el acuerdo marco de impunidad, porque aparecieron las osamentas de Pisagua; en 1995, lograron parar, en el gobierno de Aylwin, el acuerdo Otero Echeverría; en 1999, el señor Eduardo Frei trató de sacar del Poder Judicial el tema de derechos humanos y formó la mesa de diálogo, donde el señor Héctor Salazar jugó un rol muy importante por ser abogado de derechos humanos; en 2005, el

señor Lagos, en el informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, pone 50 años de secreto para los criminales, para que las víctimas no puedan saber quiénes fueron.

De eso estamos hablando: las formas en que han tratado de aminorar, cambiar o dar vuelta la hoja han sido infinitas. Sin embargo, su agrupación en 2006 fue con Amnistía Internacional y con la Fundación Ideas para terminar con la pena de muerte en Chile. Hicieron una campaña y trabajaron para que hoy no exista la pena de muerte; lo hicieron a través de Amnistía, de la Fundación Ideas y de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos.

Esto quiere decir que no quieren la muerte de nadie, que no odian a nadie, y están tan infinitamente llenas de cariño de sus familiares, de su lucha, de su dignidad y consecuencia, que no necesitan eso. Donde van se paran, porque también les interesa su país como tal y que haya una sociedad más igualitaria.

Concluye diciendo que aquí cree que hay una responsabilidad enorme de los parlamentarios de votar favorablemente, pues tiene que marcar un precedente, porque es importante. No les metan miedo, porque cuando se avanza un poco en el tema de los derechos humanos les llueven las penas del infierno, porque se dice que ellos están poniendo en peligro la estabilidad y generando odio en la sociedad. Eso no es así; mientras más verdad y más justicia hayan es más sano para la sociedad. Además, tenemos el derecho no solamente porque asesinaron o desaparecieron nuestros familiares, sino porque hemos dado una lucha constante. Esta agrupación existe desde 1976. Durante los primeros años de la dictadura cívico-militar, tuvo que defender la vida, inició movilizaciones nacionales e internacionales e ir a las cárceles de Chile donde estaban los prisioneros políticos.

Después, en democracia, se tuvo que dar la pelea para la reparación, la memoria y la verdad y la justicia. Sin embargo, a 28 años de espera, es vergonzoso que en el país aún sigamos con más de 1.500 causas abiertas.

Eso es lo que hoy ha llevado a buscar la forma de esta reconciliación, que buscan desesperadamente para imponer la impunidad, no importando a costa de qué, ni de los tratados internacionales, ni de la ética, ni de la moral, ni del dolor ni de la tragedia de este país.

****

9**. DON ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER (SESIÓN N° 3ª, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Señaló que hará una exposición jurídica de Derecho Constitucional sobre su parecer acerca del escrito de 91 páginas en que se plantea la acusación para la remoción eventual de tres ministros de la Corte Suprema.

Sostuvo que comenzará recordando algunas afirmaciones del escrito y después se referirá a los cerca de cinco o seis supuestos jurídicos que considera la acusación para acreditar, a juicio de los acusadores, que existe un notable abandono de deberes.

Recordó que en el texto de la acusación se afirma que existe un notable abandono de deberes en los términos establecidos en el artículo 52, número 2, letra c) de la Constitución Política de la República, porque los ministros no habrían efectuado el control de convencionalidad a que les obligaría el sistema jurídico al resolver recursos de amparo.

El otorgamiento de la libertad condicional sin sujetarse a los requisitos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos habría desencadenado la infracción al deber de aplicar el control de convencionalidad, que es un concepto muy interesante, propio del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional. Con ello se habrían infringido gravemente obligaciones de tratados internacionales, lo cual configuraría la infracción constitucional de notable abandono de deberes.

Acotó que, como es sabido, se trata de recursos de amparo recaídos en delitos de lesa humanidad cuya sentencia se está cumpliendo, y se solicitan beneficios de cumplimiento condicional. Juegan aquí el artículo 110 del estatuto de la Corte Penal Internacional, del Estatuto de Roma, y el decreto ley N° 321 de 1925, artículo 2, sobre libertades condicionales.

Acto seguido, se refiere a los supuestos en que descansa la acusación.

El primero de ellos consiste en que existe una norma precisa de Derecho Penal Internacional aplicable a este caso específico.

El segundo supuesto consiste en que esa norma específica de Derecho Penal Internacional, que exige plazos estrictos de cumplimiento de una condena para otorgar la libertad condicional y la colaboración del solicitante -el condenado- con la Corte, que genéricamente algunos han calificado como arrepentimiento, pero, como circunstancia adicional, constituye ius cogens, un supuesto de Derecho Internacional Público; es una norma de tal relevancia que prima por sobre cualquier otro precepto legal o constitucional de orden internacional.

El tercer supuesto consiste en que la norma de ius cogens prima por sobre el decreto ley N° 325 y cualquier otra norma interna que disponga otra cosa.

El cuarto, muy importante para efectos de lo que le ha pedido la comisión, consiste en que ese precepto del Derecho Penal Internacional -que insistió tiene jerarquía de ius cogens y prima por sobre cualquier otro precepto del orden nacional- debe ser necesariamente aplicado por cualquier juez de la República, en especial por magistrados de la Corte Suprema, por jueces de la República, en cualquier asunto que conozcan –especialmente en recursos de amparo- y no en procedimientos especiales creados al efecto de un control de convencionalidad. Por ejemplo, no por el Tribunal Constitucional ni por la Corte Suprema conociendo recursos especiales, sino por cualquier juez de la República al conocer cualquier asunto. Ese es el supuesto en el cual se afirma también la acusación constitucional.

El último supuesto señala que la única forma de cumplir con el Derecho Internacional de Derechos Humanos es aceptar esa forma de control difusa, total y extendida de control de convencionalidad. Es decir, cualquier juez de la República, conociendo cualquier asunto, debe aplicar el Derecho Internacional de Derechos Humanos por sobre cualquier precepto nacional.

Estos son los cuatro supuestos desde el punto de vista técnico. Es importante desentrañar el grado de seriedad y de gravedad que tendría este supuesto notable abandono de deberes.

Afirmó que sobre estos cuatro supuestos hay muchísima discusión en doctrina y en jurisprudencia. No está asentado, no hay certeza alguna en muchos de estos supuestos, en términos jurídicos doctrinarios, incluso en jurisprudencia.

A continuación, explicó por qué se da esta situación. Después se verá si hay plausibilidad para un notable abandono de deberes

En primer lugar, la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ha sido discutida durante 25 años en el Derecho Público chileno; por tanto, es un tema que no está resuelto por la Constitución. Naturalmente, tenemos esa famosa frase que se cita mucho en la acusación, que es muy correcta y que proviene de 1989, que los órganos del Estado deben promover y respetar tales derechos contenidos en la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ese mandato se impone a todos los órganos del Estado. Por eso, una de las tesis es que todos los órganos del Estado, no sólo los jueces, sino ministros de Estado, alcaldes, etcétera, deben aplicar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Pero eso es una tesis.

La jerarquía de los Tratados Internacionales, incluso, los de Derechos Humanos, ha sido un tema muy debatido, la acusación cita profusamente al prestigioso profesor Humberto Nogueira, quien ha sostenido toda la vida que esos tratados son supraconstitucional. El Tribunal Constitucional resolvió en 2002, que son infraconstitucionales, incluso los de derechos humanos, precisamente, al conocer el requerimiento contra el Tratado de Roma, Rol N° 346, abril de 2002, entre los considerandos 59 y 70, sostuvo que son infraconstitucionales y, por eso -si usted recuerda señor Presidente y señores diputados-, el Congreso tuvo que incluir un artículo transitorio especial en la Constitución para aprobar la Corte Penal Internacional. Los países europeos también reformaron sus constituciones para acoger la Corte Penal Internacional, por diversas razones que no son el tema de hoy.

Primer supuesto, que los tratados internacionales tienen primacía por sobre cualquier precepto nacional es un tema en discusión que la Constitución aún no ha resuelto. Sin embargo, otros países como Argentina sí lo han hecho, con toda precisión.

Entonces, ya se tiene un primer problema.

El segundo problema, ¿existe un precepto de Derecho Penal Internacional aplicable con precisión a este caso? Este es un tema para penalistas, no para él. Al efecto, que simplemente lee la entrevista al prestigiado profesor Alfredo Etcheberry, quien sostuvo que el artículo citado -N° 110 del Estatuto de Roma- no es aplicable, porque habla de la reducción de la pena y él fue nada menos que el representante chileno para la negociación del Tratado de Roma de 1998.

Añadió que también he leído a quienes sostienen que el Derecho Penal Internacional no prohíbe el otorgamiento de beneficios durante el cumplimiento de la pena. Recordó que el artículo 110 afirma que la reducción de la pena o los beneficios después de dos tercios se aplica a las sanciones impuestas por la propia corte. Este es un tema de penalistas, pero constató que hay una discusión, no un precepto preciso que realmente tenga una sola interpretación, que sería lo exigible cuando se va a acusar de notable abandono de deberes.

Ahora, se refiere a un tema mucho más interesante todavía. Existen dos discusiones en temas que son supuestos de la acusación. El tema más interesante de todos es cómo se ejerce el Control de Convencionalidad en Chile. Acá hay al menos cuatro modelos que se discuten en doctrina y no está resuelto qué es exactamente lo que se debe hacer.

El primer modelo, que estima es indiscutible, es que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y la Convención Americana de Derechos Humanos obligan al Estado y, por tanto, es este quien debe adoptar las medidas legislativas de política pública que permitan implementar dicho tratado. Ahora bien, si hay un precepto del Derecho Interno que infringe ese tratado es deber del Estado

-el Estado no se puede eximir de su obligación de cumplir- remover ese precepto y ajustarlo, lo que ocurrió con el caso de la censura, artículo 19, N° 4, de la Constitución, que contenía un precepto que autorizada la censura en materia cinematográfica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que era una infracción a su tratado y nuestro país tuvo que ajustar su Constitución y eliminó la censura.

El primer modelo sostiene que esta es la forma de hacer el control de convencionalidad y no directamente todos los funcionarios ni todos los jueces de la República están obligados a aplicar tratados internacionales por un problema de certeza jurídica, de armonía del sistema jurídico. Ello, porque pensemos que el control de convencionalidad obliga a contrastar un Tratado Internacional de Derechos Humanos con un precepto interno que podría estar en contradicción, que aparentemente es el caso.

Un segundo modelo sostiene que la obligación del Estado de aplicar el Control de Convencionalidad radica en algún tribunal especial que haga ese control, sea con efectos generales, por ejemplo, el Tribunal Constitucional o particulares, un recurso de aplicabilidad.

En el caso de la acusación, por ejemplo, si se sostiene que el artículo 2, del decreto ley N° 285.225, de 1925, en realidad tiene un conflicto con el Tratado de Roma, este modelo sugiere que los interesados en ese recurso de amparo debieron haber recurrido al Tribunal Constitucional solicitando la inaplicabilidad de ese precepto por contradecir un tratado internacional que tiene rango constitucional o que descansa en preceptos constitucionales que lo ampara.

Entonces, el Tribunal Constitucional habría hecho inaplicable el artículo 2 y, en ese caso, al juez de la Corte Suprema no le queda otra opción que aplicar el Derecho Internacional, pero sí tiene un precepto interno que dice una cosa distinta como el artículo 2, del decreto ley N° 285, que exige simplemente el cumplimiento de la mitad de la pena, que no distingue entre delito de lesa humanidad y delitos comunes. Insisto, no distingue.

El modelo habría sido el control de convencionalidad, que consiste en recursos especiales previstos para ese efecto.

Un tercer modelo de la doctrina propone que el Control de Convencionalidad se haga por todos los tribunales nacionales que deben aplicar el derecho internacional por sobre el derecho nacional, que se le oponga, directamente y sin procedimiento especial. Es un tercer modelo, obviamente más amplio, más intenso, más liberal, por así decirlo.

El último de los modelos, que es el que sugiere la acusación, que es el más amplio, el más extendido, pero también el más resistido y menos consensuado, es que el control de convencionalidad deben realizarlo todos los órganos del Estado en cualquier nivel de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial; en todos los procedimientos y en todas las actuaciones que les corresponda actuar, valga la redundancia.

Este es un modelo que está lejos de ser un consenso; la Constitución no ha resuelto, salvo esa frase genérica del artículo 5º, inciso segundo, que obliga a promover y respetar los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Entonces, ¿qué es lo que observa?. Indicó que ve que los temas más centrales de la acusación se construyen sobre supuestos que no son realmente una obligación vinculante precisa del derecho nacional, porque se debe recordar que esta acusación está pidiendo a ministros de la Corte Suprema que desatiendan una ley vigente

de la República, subordinándola a un precepto de un tratado internacional, previsto, según algunos penalistas, para otros efectos, sin procedimiento alguno y directamente.

En síntesis, le parece que no hay una definición explícita y completa en el derecho chileno sobre el control de convencionalidad. Precisó que le consta que hay diferencias de apreciación entre los más altos tribunales de la República. Ejemplo de ello es que el año pasado un ciudadano húngaro interpuso un recurso de protección contra un funcionario del Registro Civil, porque el funcionario le pidió sus antecedentes de permanencia como extranjero. El ciudadano húngaro quería casarse, por lo que el funcionario del Registro Civil tomó la Ley de Extranjería, que exige para cualquier actuación del Registro Civil, los papeles en regla de la permanencia, por lo que le negó el derecho al matrimonio.

El funcionario recurrió de protección a la Corte de Apelaciones, y finalmente resolvió la Corte Suprema sosteniendo que ese decreto ley de extranjería, que es de 1975, está derogado por los tratados internacionales; lo que constituye derogación tácita, también denominada inconstitucionalidad sobrevenida, es decir, la posterior llegada de la Constitución derogó el decreto ley respectivo, pero en este caso se invocaba tratados internacionales.

Eso produjo una discrepancia fuerte con el Tribunal Constitucional, porque este sostiene que para dejar sin efecto un precepto legal, de orden nacional, como ese decreto ley de extranjería, debe hacerse a través del recurso de inaplicabilidad.

El ciudadano húngaro finalmente fue amparado por la Corte Suprema y pudo celebrar su matrimonio. Sin embargo, el punto de fondo es que el control de convencionalidad es un tema debatido incluso entre los órganos jurisdiccionales más altos de la República.

Por tanto, la acusación se funda en un supuesto al que le pone toda la presión constitucional, que incluso nuestros propios órganos jurisdiccionales están en desacuerdo.

Esto ha sucedido también con leyes internas, como el decreto ley N° 2.695 de pequeña propiedad raíz. Por tanto, no hay una claridad y el año 2005 las reformas constitucionales no precisaron este asunto.

Señaló que si se piensa que aquí se trata de remover a tres ministros porque han infringido un precepto ius cogens preciso, etcétera, también hay que pensar que una cosa es el precepto ius cogens que impone la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que la Corte Suprema lo ha aplicado por sobre el derecho interno, eso es efectivo, y la acusación lo desarrolla y hace gala. Incluso, el ministro Sergio Muñoz también en algunos escritos, es citado precisamente en esta afirmación. Sin embargo, una cosa es el precepto que impone la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y otra cosa es el precepto que exige dos tercios sino la mitad de la pena para beneficio de cumplimiento condicional de un delito de lesa humanidad aplicado por un tribunal nacional, y no por la corte, que son cosas distintas. Ahora, uno se puede preguntar cómo se controla esa convencionalidad. La respuesta es que tenemos, no va a decir una anarquía, pero sí una discusión muy intensa en la doctrina y entre los tribunales mismos.

Comentó que observa os pequeñas inconsistencias en la acusación porque a pesar de que se afirma que la convencionalidad debe controlarse difusamente, es decir, un control difuso amplio, se cita el caso de Gelman versus Uruguay, de 2011, donde se dice que este control debe hacerse por todos los jueces “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

correspondientes". Es decir, la Corte Americana de Derechos Humanos dice que se controle la convencionalidad, pero dentro del marco de sus competencias procesales; lo que nos hace volver al problema de cuáles son las competencias procesales de un magistrado de la Corte Suprema, quien no tiene un mandato preciso de cómo hacer el control de convencionalidad de normas que puede estimar plausiblemente que no son estrictamente ius cogens.

Luego, se refirió a una segunda inconsistencia. Pese a que la acusación promueve el control de convencionalidad directo por parte de toda autoridad pública, reconoce que en realidad obliga al Estado a adecuar su legislación interna, provocando la expulsión de las normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto quiere decir que la propia acusación gira en torno a estas formas de control de convencionalidad; todos los jueces, pero el Estado expulsando las normas que se contrapongan a los tratados internacionales. Entonces, de nuevo se tiene la gran pregunta: ¿Han infringido gravemente sus deberes los magistrados de la Corte Suprema cuando el propio país no se pone de acuerdo respecto de cómo se hace este control?

En síntesis, estimó que no están resueltos ni asentados, en doctrina ni jurisprudencia en derecho chileno, los cuatro supuestos jurídicos sobre el control de convencionalidad que hace la acusación.

Subrayó que no puede imputarse el más grave ilícito constitucional previsto para los magistrados, a jueces que han emitido uno bien optando por una vía interpretativa legítima en medio de esta incerteza doctrinaria que estoy describiendo. Es más, le parece que una acusación promovida en este contexto produce un grave efecto a la independencia de Poder Judicial, porque a diferencia de lo que plantea la acusación -todos conocen el artículo 76 de la Constitución que prohíbe al Congreso Nacional a avocarse a procesos pendientes, revivir procesos fenecidos, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones, etcétera. No es necesario, para afectar gravemente la independencia por del Poder Judicial, revocarle una sentencia. Naturalmente, si el Congreso Nacional dejara sin efecto una sentencia estaríamos en el fin de los tiempos jurídicos.

Nadie pretendió eso. La acusación inteligentemente afirma que no pretende eso y, a su vez, afirma que los beneficiados seguirán en libertad. Pero esto evita el tema central, porque cuando se promueve en este grado de certeza una acusación constitucional que imputa el más grave de los ilícitos a un magistrado, naturalmente se desencadena un efecto intimidante que si bien no revoca la sentencia que se dictó, naturalmente influye o puede influir o es plausible que influya en las sentencias futuras.

Esto no les gusta al derecho constitucional, tanto no le gusta que entregó algunos parámetros extranjeros. Por ejemplo, las Naciones Unidas se ha preocupado de este tema y existió un relator especial de este organismo que estudió el tema, investigó ciertos países y llegó a algunas conclusiones, como relator especial de la ONU sobre independencia de los tribunales, ha dicho que no puede fundarse una remoción de un juez en "el contenido de sus sentencias, veredictos u opiniones o votos judiciales, como tampoco en errores judiciales o crítica a la Corte." Ha dicho que sólo puede fundarse, naturalmente en delitos, pero también en un mal comportamiento grave e inexcusable que cause en el Poder Judicial un desprestigio -gross inexcusable misbehavior-.

Al respecto, en 2009 se produjo un caso relacionado con el presidente de la corte de Gibraltar; en este ejemplo estoy yendo a la mancomunidad británica que tiene un catálogo de mejores prácticas judiciales para su independencia. Ahí se resolvió que la independencia judicial es tan importante que la remoción de un juez sólo puede

justificarse en que las faltas del juez son tan graves que se destruye la confianza en la habilidad del juez para desempeñar su función judicial.

No es suficiente si la conducta del juez es impopular en un gran sector de la opinión pública.

Para los británicos el estándar de la pérdida total de confianza es muy alto. O sea, la comunidad británica no permite remociones por situaciones como las que estamos viendo aquí, una interpretación en un marco de supuestos inciertos y que puede ser muy impopular en grandes sectores del país. Eso se entiende. Los delitos de lesa humanidad son gravísimos. Cree que la Corte Penal Internacional es un avance en el derecho humanitario mundial. Eso no está en discusión. Y el Estado de Chile debe hacer todo lo posible por que esos estándares se reflejen en su legislación interna, pero distinto es ir a la búsqueda de la remoción de un juez cuando tengo este marco jurídico.

Subrayó que le da la impresión de que estas recomendaciones son muy útiles de tener presente hoy día. Por ejemplo, dos cosas más. La ONU, la Comisión de Venecia y la Comunidad Británica piden que la remoción de jueces, antes de presentarse la acusación, tenga un procedimiento especial de investigación; una especie de fiscalía previa a la Cámara, haciendo ejercicio de su facultad, donde pueda ser escuchado el magistrado y pueda aportar pruebas antes de la interposición de la acusación, porque se sabe que la interposición de la acusación, que no tiene mayorías calificadas especiales, produce la suspensión si es aprobada.

Los órganos internacionales también piden que la remoción sea aprobada por amplias mayorías parlamentarias, normalmente por dos tercios de los legisladores.

Esto, como se sabe, es seguido en Alemania, por ejemplo, o en los Estados Unidos para los jueces federales.

Finalizó expresando que esta Cámara y esta Comisión deben tener presente los estándares internacionales en un asunto que ha sido uno de los más delicados de obtener en el derecho constitucional comparado, que es la protección a la independencia de los jueces y su blindaje ante la presión política que pueda provenir transitoriamente de mayorías parlamentarias.

****

10. DON **GABRIEL ZALIASNIK SCHILKRUT (SESIÓN N° 4ª, DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Expresó que resulta particularmente atingente, a la luz del debate o de los antecedentes necesarios para el debate, que subyacen al texto de acusación constitucional que está en estudio, desde el momento en que probablemente han escuchado en distintas audiencias muchas opiniones en materia de derecho constitucional, de derecho internacional y de derecho internacional de los derechos humanos, pero probablemente en la base última del cuestionamiento que subyace en la acusación constitucional se encuentre el viejo y querido, pero no siempre bien ponderado, derecho penal, y el derecho penal entendido no como un derecho de imposición de castigos, sino como se entiende normalmente en la cátedra: un derecho más indulgente, que fija los límites al castigo.

Señaló aquello porque cuando se discute respecto de la concesión de libertades condicionales o sobre la tipificación de delitos, lo que deben ponderar los jueces llamados a resolver en la respectiva audiencia de un tribunal es dónde está el

límite, los contornos que hacen justo el castigo dentro de un Estado de derecho. No pueden sustraerse a los marcos de ese Estado de derecho.

Siguiendo un poco la tradición de Von Liszt, el derecho penal opera justamente donde la política quiere imponer sus términos contra los delincuentes. Actúa como una barrera, como una cortapisa, con principios que vienen a limitar. Probablemente eso no pueda escapar al estudio de los casos que han sido cuestionados y que han servido de base para pretender cuestionar, de una u otra forma, la decisión de nuestros magistrados de la Excelentísima Corte Suprema.

Ahora bien, indicó que se atreve a relevar en la exposición que va a mencionar ciertas fallas, las que he llamado geológicas o tectónicas que tiene la acusación constitucional. Es decir, hay algunas situaciones que en definitiva hacen que la acusación constitucional sea en alguna medida una paradoja, contraintuitiva, porque lo que curiosamente se está cuestionando es la aplicación de la ley. No se cuestiona la interpretación llamada a hacer por los tribunales.

Lo primero que los magistrados de la Excelentísima Corte Suprema han hecho es aplicar el decreto ley N° 321, referido a la concesión de libertad condicional. No han desaplicado el decreto ley N° 321, más adelante se va a ver si a la luz de pactos internacionales, del Estatuto de Roma –como algunos pretenden- podrían pasar por encima, eventualmente, con normas consuetudinarias o de otro tipo, de lo que dice el decreto ley N° 321; pero convengamos que los magistrados de la República han aplicado la ley. Si no nos gusta esa ley precisó, en paralelo está en comisión mixta el estudio para modificar aquellos puntos o aspectos que parecen tener defectos o falencias.

Entonces, hay fallas geológicas o basales en la acusación constitucional. En primer lugar, porque no es cierto que la concesión de una libertad condicional implique impunidad, como se ha dicho, sino que justamente lo contrario, la libertad condicional es esencialmente un cumplimiento de la condena y su concesión es necesaria dentro de nuestro sistema.

En segundo lugar, existe una situación en la que los ministros cuestionados, como anticipó, más que vulnerar el derecho, lo que han hecho es aplicarlo, por lo que no se puede hablar de una falta de justicia.

En tercer lugar, a su juicio -sabe que puede sonar un poco duro, pero está dentro de la libertad con que quiere exponer el tema-, hay una falacia argumental en el sustrato de la acusación constitucional desde el momento en que se pretende aplicar a rajatabla el Estatuto de Roma y suponer que a partir de él, como si fuera una especie de salto con garrocha, se puede llegar a extrapolar, no normas que se encuentran en el mencionado Estatuto como tal, sino que las reglas de pruebas y procedimientos fijadas con posterioridad, a través de un reenvío que existe en el artículo 110 del Estatuto de Roma, para hacerlo aplicable a nuestra legislación.

Observó que esa falacia argumental, a la luz del derecho penal, no del más flexible derecho internacional o derecho internacional de los derechos humanos, parece ser una interpretación por vía de analogía contra reos, por vía de analogía o de criterio más desfavorable en la aplicación para los imputados, algo que desde la óptica del derecho penal, en definitiva, no se puede aceptar.

Esto está intrínsecamente vinculado a la exigencia subjetiva que se ha querido plantear en cuanto a que para la procedencia de la libertad condicional debiera considerarse la existencia de arrepentimiento. Más adelante se va a detener en este punto, pero las reglas de pruebas y de procedimientos del Estatuto de Roma, en su regla 223, lo que hace no es aludir al arrepentimiento sino que utiliza un concepto más amplio

para efectos de ser ponderado como uno de los factores por los cuales podría eventualmente rebajarse la pena impuesta por el Tribunal Penal Internacional, desde luego una situación distinta de la que nos ocupa, cual es la libertad condicional a la luz del decreto ley N° 321, en el que se sigue cumpliendo la pena solo que en condiciones de "reinserción" o reintegro a la sociedad de la persona.

Tampoco cree que el orden interamericano pueda obstar para el criterio de plausibilidad con el que han fallado los jueces. Sostuvo que se hará cargo de esto.

Por último, no existe una jurisprudencia sorpresiva, novedosa, distinta de nuestros tribunales superiores de justicia, es decir, los fallos; los seis o siete casos objetos de esta acusación constitucional, de fines de julio de 2018, no son los primeros en los que nuestra Excelentísima Corte Suprema se pronuncia en ese sentido. Es más, deja a disposición de la Comisión cinco o seis fallos anteriores, de los años 2016-2017, suscritos por los ministros titulares de esa época, también de la Segunda Sala de la Corte Penal: Milton Juica, Haroldo Brito, el propio ministro Dolmestch, etcétera, que están exactamente en la misma línea de la jurisprudencia que ahora parece ser cuestionada.

Por qué señaló, como falla geológica, que la libertad condicional no es o no constituye impunidad. Para entender lo que está hablando lo primero que se debe tener claro, algo que ya anticipaba, es que la libertad condicional no es una forma de escapar de la pena sino que inequívocamente representa precisamente el cumplimiento de la pena y, por lo tanto, la libertad condicional, bajo ningún presupuesto, puede entenderse como ausencia de castigo o como impunidad. El decreto ley N° 321, de 1925, dice con total claridad y expresamente que la libertad condicional no es una extinción ni modificación de la duración de la pena sino que un modo particular de hacerla cumplir.

Recordó una pequeña anécdota o situación, porque existe un déficit legislativo que se le está endosando a los tribunales superiores de justicia.

Cualquiera que vaya a la Biblioteca del Congreso Nacional y obtenga una copia del referido decreto ley verá que, incluso, hasta su lenguaje, el español que utiliza, no es propio de nuestros tiempos. Se ocupa la palabra estingue con "s", no con "x"; se ocupa la palabra lei con "i" latina, no con "y" griega, por dar un ejemplo. Es decir, no ha habido un esfuerzo legislativo sustancial, pese a algunas modificaciones que se han hecho, para poner al día nuestra legislación.

Entonces, la pregunta que subyace es si corresponde, si es pertinente que nuestros tribunales superiores de justicia se hagan cargo de este déficit legislativo en distintos aspectos. Es verdad que nuestros tribunales superiores de justicia lo han hecho en otros aspectos, lo hicieron en materia de prescripción, al entender inaplicable la prescripción en materia de delitos de lesa humanidad. Es efectivo que lo han hecho en materia de amnistía, al hacer inaplicable la ley de amnistía, pero existían otros fundamentos y razones de *ius cogens*, de derecho consuetudinario internacional que permitían establecer eso.

Pero, ¿es posible sostener que nuestros tribunales superiores de justicia, y en particular los tres ministros acusados constitucionalmente, al hacer una interpretación plausible, aplicando el decreto ley N° 321 en los términos obsoletos en que está previsto dentro de nuestra legislación, pudieran haber desatendido sus obligaciones ministeriales como tales y no haber construido –porque eso es lo que se pretende establecer- una interpretación jurídica que permitiera subsanar los déficits legislativos de que adolece el decreto ley N° 321? Le parece que esa exigencia va mucho más allá de la pretensión razonable que corresponde respecto de un tribunal superior de justicia, cuando el Poder Legislativo ha tenido en sus manos la posibilidad de resolver esa situación con mucha antelación.

El decreto ley N° 321 está construido sobre la base del modelo irlandés, o lo que se llama el sistema de Crofton, que supone la posibilidad de reinsertar socialmente a cualquier delincuente que se encuentre en una de las hipótesis que hacen previsible la imposición del beneficio del derecho a la libertad condicional que –insistió- no supone un mecanismo de impunidad, sino que es un mecanismo más dentro del engranaje del mecanismo de prescripción. De hecho, por algo nadie ha planteado siquiera la idea de suprimir el beneficio de la libertad condicional en su conjunto como un todo, o sea, es muy rara una legislación que contemple siquiera aquella idea dentro del sistema. Por lo tanto, no hay forma de entender que *per se* la concesión de la libertad condicional pueda implicar impunidad.

Se refirió a una segunda situación. La engarza con dos situaciones concretas. Técnicamente, se entendería que podría haber una suerte de notable abandono de deberes si no se hubiese aplicado la ley como corresponde o frente a situaciones especialmente graves, en la medida en lo que el primer ministro francés Briand llamó “parodia de justicia”, porque después de la Primera Guerra Mundial, en el marco del Tratado de Versalles, se le exigió a Alemania enjuiciar a criminales de guerra de la Primera Guerra Mundial, pero lo que se hizo fue llevar adelante juicios bastante cosméticos, con el objeto de dar formal cumplimiento a las obligaciones del tratado, mas no realmente para alcanzar justicia.

¿Podemos, acaso, sostener que nuestra Corte Suprema y que los tres ministros, de larga y dilatada trayectoria en materia de fallos emblemáticos en materia de derechos humanos, pudieran haberse prestado para una suerte de parodia o de comedia de justicia por haber aplicado el decreto ley N° 321 en los términos que el legislador ha mantenido consistentemente? El legislador modificó otras cosas. Por ejemplo, incorporó dos tercios de cumplimiento de la condena como requisito para el otorgamiento de la libertad condicional en el caso de otros delitos, pero no lo incorporó para el delito de secuestro. Pudo hacerlo, pero no lo hizo. Entonces, ¿podemos sostener que exista un déficit por parte de nuestros tribunales? Le parece que se está más bien ante un déficit de la política.

Estimó que no es posible no enganchar esto con la historia. Por eso dijo que hay algo de falacia argumental cuando se pretende acudir al Estatuto de Roma, y sabe que esto, para sus colegas en materia derecho internacional público o de derecho internacional de los derechos humanos, puede sonarles un poco rudo, si se quiere, pero en muchos aspectos los criterios y principios del derecho penal son más estrictos y menos flexibles que los principios en materia de derecho internacional y de derecho internacional de los derechos humanos. Esto no lo sostiene él, sino Alejandro Aponte Cardona, un profesor colombiano muy destacado que fue uno de los tantos impulsores del Estatuto de Roma en cuanto a su ratificación en los países de América.

Recordó que Chile no ratificó el Estatuto de Roma durante muchos años. Lo suscribió en 1998 y su ratificación fue postergada por un largo periodo de tiempo. Hubo muchos cuestionamientos y dudas sobre las razones por las cuales Chile debía ratificarlo, por ejemplo, si afectaba la soberanía, etcétera. La sociedad civil, con el apoyo de la Unión Europea, de una fundación muy conocida llamada Oxfam International y del Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género - Humanas, realizó un esfuerzo con la comunidad académica para influenciar positivamente, para que Chile ratificara el tratado, allá por los años 2009 o 2010.

Eso es interesante porque, en el marco del esfuerzo que se efectuó en ese momento, se hizo circular entre los académicos este texto que, entre otros, recogía las ponencias del profesor Aponte, que buscaba desmitificar muchos temas relacionados con el Estatuto de Roma.

Esa publicación fue parte del proyecto destinado a generar condiciones políticas jurídicas y ciudadanas para la ratificación del Estatuto de Roma por parte de Chile, financiado por la Unión Europea y Oxfam, y elaborado con la asistencia de la Unión Europea. Entre los textos que circularon para explicar los alcances del Estatuto de Roma y las formas de interpretarlos, se hallaba uno del profesor Aponte titulado “Los principios generales del derecho penal internacional”.

Citó solamente unas partes puntuales: “Es imperioso en este sentido seguir preservando la diferencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y su carácter más abierto, flexible, y el derecho penal, con su carácter hoy más que nunca incuestionable de *ultima ratio*, restrictivo por excelencia, selectivo en sus sanciones…”

En su parte final expresa: “La aplicación instrumental de normas penales mezcladas con discursos politizados a nombre de los derechos humanos puede causar efectos más negativos a la postre sobre nuestra precaria aún cultura democrática. Las mejores razones de la conciencia ética para el castigo, aún de los más graves, serán también las mejores razones para reservar la respuesta penal en sus cauces, por definición restrictivos y limitados”.

¿Qué dice el Estatuto de Roma? Acá se sostiene que la fuente de la cual emanaría la obligación de los ministros de la excelentísima Corte Suprema de realizar una interpretación más amplia, más radical y más abierta del restrictivo decreto ley N° 321, se encontraría en el Estatuto de Roma.

Comentó que el Estatuto de Roma, en los artículos 110 y siguientes, cuando se refiere a la ejecución de la pena, está haciendo alusión a aquellos criminales penales sancionados por el propio Tribunal Penal Internacional, pero no puedo pasar por alto esta curiosa y amplia interpretación, que va extraordinariamente más lejos que el propio Estatuto de Roma, que en su artículo 1º, 22 y siguientes, en su parte tercera, se refiere a los principios generales del derecho penal.

Citó: “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Este es el principio de favorabilidad, que está consagrado en el mismo Estatuto de Roma que se pretende que los ministros de la Corte Suprema hubiesen podido omitir, no ponderar o no considerar en una variable o interpretación que se pretende. Aparecen allí también los principios *Nulla poena sine lege,* la *Irretroactividad ratione personae*, etcétera, pero cree que merece la atención de esta Comisión el artículo 110, cuando examina la reducción de una pena, lo hace suponiendo que existe una pena impuesta y señala las condiciones por las cuales se puede reducir la pena. Hay algunos precedentes en virtud de los cuales se ha discutido aquello en materia internacional.

Dice: “Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte…” “Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones…”. Agrega: “…uno o más de los siguientes factores”. Ni siquiera dice que son todos los factores. Luego dice: “c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba…”.

Entonces, son las Reglas de Procedimiento y Prueba, dictadas con posterioridad por el propio Tribunal Penal Internacional, las que recogen ahora otras exigencias. Esa es una primera consideración.

En el párrafo de introducción a estas reglas se indica expresamente que, a los efectos de los procesos en los países respectivos, las Reglas de Procedimiento y

Prueba de la Corte Penal Internacional no afectarán a las normas procesales aplicables en un tribunal o en un sistema jurídico nacional.

Hay un principio de deferencia de las propias reglas de procedimiento y de prueba al sistema nacional. Se debe interpretar junto con el Estatuto de Roma, pero no es parte del Estatuto de Roma, que fue firmado y ratificado por Chile.

En las reglas que ahora se quiere hacer una exención se les dice que hay que ir al artículo 223, que señala que se podrán examinar, además de lo que estaba en el artículo 110, los siguientes elementos: conducta del condenado durante su detención -esta es la primera de ellas, porque puede ser cualquiera de estas- que revele una auténtica disociación con el crimen. Acá se detiene nuevamente.

Cuando se refiere a la disociación con el crimen no se habla de arrepentimiento. Enfatizó que quiere ser muy riguroso en esto, porque el Estatuto de Roma bien pudo decir “el arrepentimiento”.

Es sabido que el tema del arrepentimiento genera una particular problemática dentro de los estudiosos del derecho penal. Es decir, pretender que la persona declare este arrepentimiento, por ejemplo, una persona que ha negado su participación en cualquier hecho punible tenga que reconocer aquello, es algo que genera ciertas tensiones dogmáticas, si se quiere, que no son tan fáciles de resolver. Eso recuerda a los autos de fe, al Tribunal de la Inquisición. El Santo Oficio quedaba en Callao, Lima, no en Valparaíso.

Acá se habla de disociación del delito, que bien puede darse, en la hipótesis, de una persona que sin admitir su participación en un hecho delictivo puntual pueda repugnarle en la comisión de delitos de lesa humanidad; pueda estar en contra y repugnarle la comisión de determinados hechos delictivos, lo que no significa que esa persona tenga que manifestar ese específico arrepentimiento por ese hecho en el que ha negado su participación.

Hizo hincapié que con esto no quiere que se vayan a malentender por un instante sus palabras ni minimizar la gravedad de los hechos y los delitos que vivió Chile después de 1973. Se debe dar por descontado eso. Se está en un debate informado, en un debate académico, en el cual nadie puede estar conforme con esto.

La pregunta es si se va a desoír los principios del Derecho Penal aplicados en el Estatuto de Roma para buscar una interpretación completamente desfavorable -en este caso para los imputados determinados- en razón de que no se aviene la interpretación gramatical y rigurosa de un decreto ley que está previsto en esos términos por el legislador, que no ha sido modificado, teniendo la oportunidad de hacerlo, para efectos de cuestionar lo resuelto por nuestros tribunales superiores de justicia.

Acudir a las reglas de procedimiento del artículo 123, que vienen de una norma de reenvío del artículo 110 del Estatuto de Roma, previsto para quienes son sancionados por la Corte Penal Internacional, donde hay norma expresa o mención expresa de que no debería afectar las normas procesales internas del país en su aplicación, donde no existe todavía una regla consuetudinaria internacional única para estos efectos, para hacer una interpretación extensiva y amplia, completamente proscrita en materia de Derecho Penal de la aplicación del decreto ley N° 321, francamente le parece que pasa a ser una suerte de falacia argumental, una cosa que no se puede aceptar. Subrayó que lo dice con todo respeto y reconociendo todas las prerrogativas que puedan tener los diputados a la hora de presentar acusaciones constitucionales si estiman que las situaciones pudieran llegar a ameritar condiciones de estudios, pero a la hora de

aterrizar esa acusación constitucional al caso concreto se observa que parece no avenir o no conversar bien con las normas que se han invocado.

Por último, aborda la existencia de fallos de los tribunales chilenos en el mismo sentido, que no fueron objeto de cuestionamiento alguno.

Ahora bien, esto es relevante porque sospechar un posible notable abandono deberes -a lo menos que haya un indicio de notable abandono deberes- uno podría hacerlo a partir de la existencia de un sorpresivo cambio de jurisprudencia. No quiere decir que un cambio de jurisprudencia por sí mismo implique o pueda tener una consecuencia de esa envergadura, pero se puede convenir en que tiene que ser completamente distinta, completamente sorpresiva.

Mencionó una serie de fallos que ha tenido a la vista, los casos de Ambler Hinojosa, el de libertad de José Aguirre y el de Héctor Rivera Bozzo, los tres de 2016; los casos de Conrado Sesnic y el de Víctor Donoso Barrera, ambos de 2017, en los cuales la Excelentísima Corte Suprema, ocupando prácticamente los mismos términos de los fallos objetos de esta acusación constitucional, aplican intrínsecamente la misma razón o los mismos criterios.

Quizás no revocan en algunos de estos casos; en algunos confirman por la vía de conocer de una apelación de amparo, pero si bien confirman, lo hacen introduciendo los mismos argumentos, o muy similares, a los que ahora han sido puestos en entredicho a propósito de estos seis fallos.

Entonces, si no se tiene ese cambio de criterio en una forma sorpresiva le parece que se desnuda cierta fragilidad en el cuestionamiento que se hace al fallo en esta oportunidad de nuestra Excelentísima Corte Suprema. Aclaró que no se va a hacer cargo si esto significa invadir atribuciones de otros poderes porque es celoso de las competencias de los diputados, así como es celoso de las competencias de los tribunales.

Por lo tanto, acotó, le interesa relevar la importancia de mirar esto a la luz del derecho penal. ¿Por qué? Para él es un honor estar sesionando en la Sala Juan Bustos, porque cualquiera que lee los textos del profesor Juan Bustos -también fue una víctima de la dictadura- sabe que él hubiera estado sentado en este estrado defendiendo la aplicación de los principios limitadores del poder punitivo, incluso hasta para el más grave de los delitos y para el más grave de los adversarios. Es decir, existen ciertos contornos que son los que definen nuestro Estado de derecho.

Al finalizar, hizo mención a un texto del libro “El hombre que amaba a los perros”, de Leonardo Padura, a propósito de la vida de Trotski, porque cree que viene muy a cuenta. Allí se describe un pequeño pueblo en Cuba llamado Baracoa. Dice: En Baracoa había una calle llamada Farola, pero no tenía luz; había un cerro llamado Yunque, pero no se podía forjar nada en él, y había un río llamado Miel, pero el agua que escurría era amarga o salada.

Es decir, aquí de alguna manera hay una acusación constitucional como el pueblo de Baracoa, donde no alumbra, no se puede forjar sobre ella y tiene un sabor amargo en alguna medida.

Honestamente, desde un punto de vista de una opinión netamente académica, en su calidad de profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, invitó a considerar estas argumentaciones y los documentos y antecedentes que ha entregado, para efectos de desestimar la acusación constitucional, porque estima que no se dan los presupuestos para cuestionar a ministros de tan vasta trayectoria precisamente en el ámbito de los derechos humanos.

11. DON **JOSÉ MIGUEL ALDUNATE HUIDOBRO** (**SESIÓN N° 4ª, DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Indicó que viene en representación del Observatorio Judicial, una institución naciente que tiene como principal objetivo mirar el comportamiento y las decisiones del Poder Judicial, analizarlas y, la mayor parte las veces, criticarlas. Al mismo tiempo, les preocupa mucho el rol institucional de los jueces, de promover el respeto a sus atribuciones y al rol que cumplen en una República.

Por eso, explicó que han querido desarrollar cinco consideraciones acerca de por qué creen que habría que rechazar esta acusación constitucional. Las anuncia en primer lugar y luego detalla cada una de ellas.

La primera es una que ha salido en todas partes y que tiene que ver con que el Congreso Nacional estaría cometiendo una intromisión en las facultades de los tribunales de justicia. Este no es un argumento nuevo, pero cuando lo haga su análisis quiere entrar a cómo se defiende la acusación de antemano de eso y por qué le parece que es una defensa que está errada.

Lo segundo es que la acusación se fundamenta en un concepto de notable abandono de deberes que está construido sobre una dicotomía entre notable abandono de deberes sustantivos y deberes adjetivos, de dónde saca conclusiones falsas que no se condicen en lo absoluto con la historia de las acusaciones constitucionales en esta Cámara.

Lo tercero es que si uno analiza correctamente cómo debe entenderse el notable abandono de deberes, y lo compara, en una concepción correcta de eso, con el actuar de los ministros de la Corte Suprema se da cuenta que aquí no hay notable abandono deberes, que no es posible sostenerlo.

En cuarto lugar se refiere y hacer una reflexión en torno a uno de los pilares del texto de la acusación que es este deber del control de convencionalidad, que en realidad es un deber bastante dudoso por parte de los tribunales de justicia.

En quinto lugar aborda muy sucintamente la responsabilidad internacional de Chile que, según la acusación constitucional, estaría provocando el actuar de los tribunales.

Se refirió al primer argumento. Se ha dicho que el ejercicio de la acusación constitucional no faculta para revisar el contenido ni el fundamento de las resoluciones de los tribunales de justicia, y que hacerlo supone una intromisión del Congreso Nacional en las atribuciones del Poder Judicial, y que por supuesto supone una infracción de los principios de separación de poder e independencia judicial.

El texto de la acusación se anticipa a este argumento, saben que el argumento viene, y dice que en el fondo ellos no pretenden en ningún caso enmendar ni corregir el texto de la sentencia. Dice que el Congreso no dictará una sentencia de reemplazo ni anulará las dictadas. Concluye diciendo que los genocidas a los que se les concedió la libertad condicional seguirán lejos de la cárcel especial de Punta Peuco.

Aquí la respuesta más obvia es que eso no es suficiente, porque efectivamente uno de los elementos de la independencia judicial es la cosa juzgada y, evidentemente, si no se respeta la cosa juzgada, no se respeta la independencia judicial. Sin embargo, no es el único elemento.

El otro elemento, tanto más importante, además de que toda la literatura de independencia judicial siempre invoca esto inmediatamente, es la inamovilidad de los jueces. Si se amenaza a un juez con que si se aparta de la interpretación de la ley que propone el Congreso va a ser destituido, ese juez ya no se puede sentir libre de fallar conforme a su propio criterio, por mucho que piense que su sentencia va a quedar firme luego de la acusación constitucional y luego de haber sido destituido. Por lo tanto, esto desestima completamente la manera en que se desentiende la acusación constitucional de este argumento.

Lo segundo es esta dicotomía que sostiene el texto de la acusación entre los deberes formales y los deberes adjetivos. Dice que en las acusaciones constitucionales se ha entendido falsamente que solamente se refieren a deberes adjetivos y no a deberes sustantivos, lo que en el fondo generaría ministros de la Corte que son políticamente irresponsables, lo que es inaceptable. El texto de la acusación dice que la comprensión de que el Congreso sólo puede limitarse al control político de aspectos formales y administrativos de la función judicial, resulta inconsistente y desprecia sin duda la naturaleza del juicio constitucional. Entendida así, la acusación constitucional deviene un mecanismo baladí, inútil y completamente ineficaz.

Esta conclusión es falsa porque nunca, ni la doctrina ni la práctica legislativa, ha obtenido esta conclusión de la distinción entre deberes adjetivos y deberes sustantivos. Al contrario, la práctica del Congreso bajo la Constitución de 1833, bajo la Constitución de 1925 y la de 1980, siempre ha sido entender que el notable abandono de deberes incluye a ambos deberes, adjetivos y sustantivos. Sin embargo, aquí es donde el texto de la acusación omite caracterizar -y estima que lo hace deliberadamente- cómo debe ser este notable abandono de deberes sustantivos, es decir, qué deberes sustantivos son los que califican para que se configure el notable abandono de deberes.

El informe de la Comisión de Acusación Constitucional contra el ministro Héctor Carreño, que se refiere expresamente al concepto de notable abandono de deberes, en la historia de las acusaciones constitucionales entre 1990 y 2014, señala que la mayor parte de las veces las comisiones han ocupado el concepto de Alejandro Silva Bascuñán, que obviamente habla, por una parte, de los deberes adjetivos, pero también señala que se está ante la causal cuando se producen circunstancias de suma gravedad que demuestran, por actos u omisiones, la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando o infringiendo los deberes inherentes a la función pública ejercida. Por lo tanto, no basta con que los jueces fallen una norma en un sentido o en otro, o incluso que dejen de aplicar una norma internacional, o que la interprete de una manera que a los parlamentarios les parezca injusta, porque si ese fuera el estándar, y aquí se vuelve de nuevo al primer problema, obviamente al final la última instancia de interpretación de la ley sería el Congreso, y no la Corte Suprema, y por eso la tradición de la Cámara, y por eso siempre se ha entendido, que se requiere algo más, que se requiere justamente esto: la torcida intención, el inexplicable descuido y la sorprendente ineptitud.

Agregó que llama mucho la atención que el texto cite el discurso de Domingo Santa María, de 1868, contra Manuel Montt, en donde deliberadamente se omite la parte más interesante de ese discurso, porque en ese discurso efectivamente se hace esta distinción, y de ahí viene probablemente el origen de esa distinción de deberes adjetivos y deberes sustantivos. Sin embargo, Domingo Santa María, luego de describir las tareas formales de los jueces: llegar a la hora, cumplir con las visitas, etcétera, señala que, junto con estas funciones, los tribunales tienen otra tarea más grave y delicada, cual es aplicar la ley, es decir, los deberes sustantivos, y dirimir mediante esa aplicación las contiendas judiciales que ante ellos se ventilan.

En esta aplicación de la ley, un tribunal también puede delinquir siempre que haga una falsa aplicación -pero esto es lo importante-, pero no por error de conceptos, sino a sabiendas, con dañada y torcida intención; en una palabra, el tribunal puede prevaricar. O sea, desde un inicio, el notable abandono de deberes, por diferencias con el contenido de sentencia, requirió algo más que una mera diferencia entre lo que opina la Corte y la acusación institucional.

Entonces, arguyó si uno entiende así el notable abandono de deberes se da cuenta que en el caso concreto no se verifica. Por una parte, es obvio que no se verifica un caso de incumplimientos formales, pero, por otra parte, es muy difícil sostener que hay una intención torcida o un discurso inexcusable. De hecho, en casi ninguna parte del texto de la acusación se encuentra una afirmación de ese tipo; solamente hacia el final, y diría casi de pasada, el texto señala que los acusados de forma deliberada y consciente incumplen y abandonan sus deberes al impedir el acceso a la justicia en la ejecución de penas de delitos de lesa humanidad, otorgando beneficios indebidos en ese contexto, lo que se traduce, en concreto, en una forma de impunidad.

Pero luego, en ningún momento demuestran que haya, ni ofrecen ninguna forma de prueba, ni abundan en qué consiste esta manera deliberada y consciente de incumplir los deberes de acceso a la justicia. Simplemente, parece que ellos asumen que la Corte está obligada a tener un determinado criterio, y si no lo tiene, entonces se concluye que debe haber una intencionalidad de burlar el derecho, lo que es completamente contradictorio con el principio general de culpabilidad que tiene todo el derecho y que concretamente, en materia de derecho constitucional, y en lo que se refiere a acusaciones constitucionales, también se exige, y se exige que haya una responsabilidad personal de los ministros.

Además, sin entrar a ver si ellos formularon estos argumentos, sino que uno empieza a tratar de encontrar estos argumentos, surge la pregunta de por qué los ministros fallan esto. ¿Dónde está esa intención deliberada de generar impunidad? ¿Qué buscaron? ¿Por qué tres ministros, que se sabe que tienen credencial democrática impecable, habrían querido promover una forma de impunidad de manera deliberada y consciente? Obviamente, la acusación guarda silencio sobre esto, porque no hay respuesta.

La única respuesta posible es que los ministros aplicaron la ley de una manera distinta a como lo pretende la acusación, nada más. O sea, difieren del criterio jurídico de la Corte. Es lo único que tienen como fundamento para afirmar esto.

Y aquí se llega a uno de los elementos centrales: ¿cuál es ese criterio jurídico? Porque todo el texto de la acusación está fundamentado en el incumplimiento del deber de control de convencionalidad por los tribunales de justicia.

El supuesto implícito de la acusación es que los ministros tienen que conocer este principio y tienen que adscribir este principio, el cual sería universalmente aceptado e incontrovertido en la doctrina y en la jurisprudencia.

Pero ese supuesto es falso. En realidad, el control de convencionalidad es una construcción jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no ha tenido un apoyo unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Citó a Constanza Núñez, quien es bastante proclive al control de convencionalidad; sin embargo, eso no le impide reconocer que la incorporación teórica y práctica del control de convencionalidad en Chile ha seguido un camino lento y con obstáculos y su aplicación ha estado marcada por la persistencia y la discusión acerca de la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Expuso que Liliana Galdámez, en un artículo sobre el control de convencionalidad en el Tribunal Constitucional, señala que en Chile todavía la jurisprudencia ni la doctrina acaban de terminar con el debate sobre el valor de los tratados, cuando aparece un segundo debate vinculado al anterior, y que tampoco tiene solución mayoritaria (el control de convencionalidad). Es más, hay autores -lo que se ve es que observan los tribunales chilenos y la doctrina chilena no han aceptado tan claramente el control de convencionalidad- que incluso desaconsejan derechamente aceptar este control.

Max Silva, de la Universidad de Talca, señala que la manera en que ha sido planteado el control de convencionalidad en sede interna, genera una serie de problemas e incógnitas de cara a la actuación de los jueces nacionales. Incluso, si se sigue al pie de la letra el modo en que algunos pretenden su implementación, por momentos se hace difícil llevarlo a la práctica, todo lo cual podría hacer relativamente ilusoria su vigencia.

Diego Moreno, profesor español, cuando se refiere al caso de Chile, señala que la doctrina del control de convencionalidad no tiene ningún basamento normativo sólido. No en vano fue “descubierta” recién en 2006, siendo que la Corte comenzó a funcionar en los años 80. Los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que la Corte citó en el caso Almonacid como sustento normativo al control de convencionalidad a lo sumo hacen surgir la responsabilidad internacional del Estado, pero en modo alguno “exigen” ningún tipo de “control de convencionalidad” a los jueces nacionales. Como es natural, esto hacer surgir serias dudas sobre la legitimidad de la doctrina.

Expresó que con esto, no quiere decir que aquellos que están a favor del control de convencionalidad deban estar a favor de la acusación o aquellos que están en contra, lo mismo.

No se trata de si estamos a favor o en contra el control de convencionalidad, sino que se trata de que no ha sido aceptado por los tribunales chilenos de manera unánime. Incluso, las personas que promueven este tipo de control aceptan esto.

Entonces, la consecuencia que se saca de ahí, y que también es un principio general del derecho, es que, para que exista una obligación, esta debe ser indubitada. A nadie se le puede exigir algo que es dudoso. Una obligación que es dudosa, no es exigible.

Por eso, es natural y se entiende que los autores de la acusación pretendan hacer pasar como algo incontrovertido lo que es una doctrina muy controversial en la jurisprudencia nacional. Y se pueden encontrar sentencias en ambos sentidos. Obviamente, hay sentencias que aplican los tratados internacionales y hay sentencias que no los aplican.

De esa manera, ellos pretenden fundar la destitución de los ministros, pero al mismo tiempo buscan forzar la aceptación del control de convencionalidad por la vía de la acusación constitucional, que no es el camino. La pregunta es a quién habría que convencer de que el control de convencionalidad es un principio que debiese ser general del derecho. Bueno, a los propios jueces, o una modificación legislativa o constitucional. Pero suponer que el deber de control de convencionalidad ya existe, cuando no existe, y luego acusar a ministros porque no lo cumplieron, equivale a dar por ganada la batalla antes de haberla peleado. Es prácticamente una petición de principios.

Finalmente, vinculado con esto, y como consecuencia de lo anterior, la pregunta es quién genera la responsabilidad internacional del Estado. La pregunta es

porque el control de convencionalidad, como lo entiende buena parte de la doctrina, está referido al Estado y no a los tribunales nacionales, donde es altamente controversial. Y dado que es al Estado, lo obvio es que sea el legislador quien ajuste la legislación nacional a los estándares internacionales.

De hecho, en 2018, la presidenta Bachelet envió al Congreso un proyecto de ley para modificar la legislación nacional en materia de cumplimiento de crímenes por derechos humanos. En el mensaje reconoce que el Estado de Chile mantiene la deuda de normar la ejecución de las penas de aquellas personas condenadas por delitos tipificados en la ley N°20.357, como también por aquellos que en conformidad al derecho internacional constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena, como los ocurridos en la pasada dictadura que afectó a nuestro país. Lo anterior, a fin de evitar que la concesión u otorgamiento indebido de beneficios o gracias genere eventualmente una forma de impunidad, en atención a que se trata de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

La pregunta más obvia que surge, luego de atender este proyecto de ley de enero de 2018, es por qué el gobierno envía este proyecto de ley si es meridianamente claro que los tribunales de justicia no pueden otorgar beneficios carcelarios en atención a lo que establece el Tratado de Roma. Si es tan claro, ¿por qué el gobierno envía un proyecto de ley?

Es más, el propio mensaje señala que es tarea del legislador; o sea, concede el punto de que es tarea del legislador hacer una ponderación jurídica razonada al determinar los requisitos de la procedencia de estos beneficios, y no de los jueces.

La segunda consideración respecto del argumento de la responsabilidad internacional de Chile, es cuál debe ser la manera correcta de entender el rol de los jueces. Esto también es muy importante, porque es un principio que viene desde Kant, la idea de que uno actúa injustamente cuando trata a alguien como un medio para un fin y no reconoce su carácter de fin en sí mismo.

Si los jueces dejan de fallar en atención a la normativa que rige para las partes en el caso que estaba conociendo y se empiezan a preocupar de fines ulteriores, como es la responsabilidad internacional del país, inmediatamente instrumentalizan el juicio, y convierten el juicio, que es otorgación de justicia para el caso particular, lo convierten en política internacional. Entonces, ya queda instrumentalizado.

De hecho, la acusación constitucional por notable abandono de deberes de los ministros Eliodoro Ortiz, Enrique Zurita, Guillermo Navas y Hernán Álvarez llegó exactamente a esta misma conclusión. Lo citó y dice que “constituiría una situación preocupante y contraria a la más mínima norma de justicia e igualdad ante la ley, que implicancias políticas internacionales fueren consideradas por los tribunales al momento de hacer justicia”, pues ello conduciría “no a hacer justicia, sino que a imponer la "razón de estado" sobre los derechos de los litigantes”.

Por todas esas razones, cree que si se aprueba la acusación constitucional, el Congreso Nacional habrá eludido sus propios deberes y habrá culpado de ello a otro poder del Estado que en realidad no era quien estaba llamado a cumplir.

****

Luego, se reproducen de manera íntegra dos informes sobre la presente acusación constitucional remitidos por escrito a esta Comisión.

1. De la abogada académica doña **Myrna Villegas Díaz**:

“SOBRE LA ACUSACION CONSTITUCIONAL EN CONTRA DE MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA

Myrna Villegas Díaz
Profesora asociada
Departamento de Ciencias penales
Facultad de Derecho. Universidad de Chile

Santiago, 10 de septiembre de 2018

Honorables Sres. Leonardo Soto Ferrada, Presidente y miembros de la Comisión encargada de informar la procedencia de la acusación constitucional deducida en contra de Magistrados de la Corte Suprema.

Por su intermedio, señor Presidente, agradezco la invitación que me ha sido extendida para manifestar mi opinión en esta oportunidad, como penalista estudiosa de las relaciones entre esta disciplina y los derechos humanos. Es por tanto desde estas áreas que se emitirán fundamentalmente las palabras que siguen.

La acusación constitucional afirma que la conducta de los Ministros al permitir la libertad condicional a siete condenados por graves violaciones a derechos humanos revive una herida abierta en la sociedad y abre una peligrosa puerta para que otros condenados por este tipo de violaciones a derechos humanos puedan salir en libertad lo que debilitaría el derecho de acceso a la justicia a las víctimas. El núcleo de la conducta desplegada por los ministros consistiría en no haber realizado un control de convencionalidad a este respecto lo que implicaría un abandono notable de sus deberes.

Podemos identificar a lo menos tres cuestiones, un aspecto subjetivo (la herida abierta), uno objetivo (la conducta desplegada y si constituye o no notable abandono de deberes) y sus consecuencias. Respecto de lo primero, aspecto subjetivo, y sus consecuencias, en efecto, no puede desconocerse que se ha punzado en una herida (que nunca ha estado cerrada), y es una peligrosa puerta abierta para que la impunidad se consagre definitivamente de no mediar pronta actuación por parte de los poderes públicos, entre ellos, el legislativo.

Empero, para determinar si existe o no un “notable” abandono de deberes, es mi parecer que debe examinarse con mayor acuciosidad el núcleo central de la acusación constitucional, esto es, el contenido de los fallos y su relación con los estándares internacionales de derechos humanos y los fines de la pena. Es preciso considerar también si esta misma conducta ha sido una constante en las actuaciones de la sala penal de la Corte Suprema, y en la conducta de los aludidos ministros.
Esto porque si bien el control de convencionalidad es un mandato que deriva del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos, también es cierto que la gran mayoría de los jueces de nuestro país no lo aplica, de donde se sigue que entonces la gran mayoría de los y las magistradas deberían ser a su vez juzgados por esta falta ante las instancias que correspondan. No se trata de trivializar ni justificar dicha falta, sino de mostrar que el control de convencionalidad no ha sido internalizado aun en nuestra magistratura, siendo urgente que lo haga.

No entraré, en consecuencia, en si el mecanismo usado (acusación constitucional) afecta o no la independencia del poder judicial, pues ese mecanismo existe, ha sido aplicado en otras oportunidades, y en mi opinión es sano para una democracia el realizar sus procesos de abstersión interna en pro de la defensa del Estado de derecho, el cual comprende, por cierto, el respeto a estándares internacionales de derechos humanos.

1. Los estándares de derechos humanos y los fallos que otorgaron las libertades condicionales

El derecho de acceso a la justicia para las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares implica a lo menos dos obligaciones para el Estado: investigar e imponer sanciones que sean proporcionales a la gravedad de los hechos. Esta es la forma a través de la cual se garantiza una justicia efectiva para las víctimas, pero también da una garantía de no repetición de este tipo de hechos[68]. En el caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia la CIDH indicó que el principio de proporcionalidad debe darse en forma tal *"que no beneficie sólo al imputado, sino que constituya un derecho de la víctima de graves violaciones de derechos humanos"* siendo incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, *"la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que puedan significar una mera apariencia de justicia"* [69]. Esto permite afirmar entonces que las sanciones deben ser efectivas y no simbólicas.

El otorgamiento de libertad condicional a personas que cometieron graves violaciones a derechos humanos en nuestro país ha sido motivo de preocupación para este mismo organismo, quien mediante comunicado recordó al Estado que tratándose de penas impuestas por graves violaciones a los derechos humanos, existe "un deber estatal de abstenerse de recurrir a figuras que pretendan suprimir los efectos de la sentencia"[70].

Por otra parte, y en estricta relación con los delitos por los cuales fueron condenados los beneficiados, debe considerarse la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes, que dispone en su art. 4.2 que *"todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad".*
A su vez la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas en su art. 7 señala que: *"[l]os Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad"*[71].

Por último y en relación a las víctimas que fueron ejecutadas, los Principios Relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en su primer principio, señala que *"[l]os gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos"*[72].
Las resoluciones de la Corte Suprema que otorgaron libertad condicional tienen los mismos razonamientos[73], que distinguiremos en dos:

- La primacía de normativa interna por sobre internacional

[68] Minuta INDH Sobre Indulto (2013), disponible en http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/113/minuta-indulto.pdf?sequence=1
[69] Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), parr.191.
[70] http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/185.asp
[71] FERNANDEZ. Karina (2017) Libertad condicional de los condenados por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos. Londres 38, espacio de memorias www.londres38.cl – londres@londres38.cl
[72] Idem.
[73] Sentencias de la Iltma Corte Suprema de 30 de julio 2018, Roles N°s 16.817-18, 16.822-18, 16.821-2018, 16.820-18, 16.819-2018, 16.961-2018.

- Los fines de la pena y reinserción social en casos de graves violaciones a derechos humanos.

1.1. Respecto de la primacía de la normativa interna por sobre la normativa internacional.

En este punto cabe hacer presente dos cuestiones, una, es que el derecho internacional de los derechos humanos es, como ha dicho entre nosotros, Cecilia Medina, una especie de crisol en el cual confluye toda su normativa, de manera tal que no puede ratificarse un tratado y desconocer derechos contenidos en otro respecto del cual no exista dicha ratificación. Por ello es que no es correcto interpretar la normativa nacional en contradicción con los estándares internacionales de derechos humanos.

En lo concreto, la Corte Suprema- afirma la acusación constitucional- desconoce el Estatuto de Roma, por cuanto todo lo en él previsto respecto de las restricciones al otorgamiento de reducciones de pena para crímenes de lesa humanidad son solo aplicables a las condenas que se hayan dictado en virtud del mismo Estatuto, lo cual no es el caso.

El art. 110 del Estatuto indica que el recluso debe cumplir la pena en su totalidad, pero cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la condena, o 25 años en caso de cadena perpetua, la Corte puede examinar la pena para evaluar si esta puede reducirse, lo cual solo se produce por decisión de la Corte después de escuchar al recluso.

El razonamiento de la Corte Suprema es correcto en este sentido, pues en efecto, lo prescrito por el Estatuto es solo respecto de las condenas que se dictan de conformidad con éste.

Sin embargo, en mi opinión, esto no es suficiente como para fundamentar un beneficio que implique la puesta en libertad tratándose de crímenes de lesa humanidad, así como tampoco interpretar la normativa interna en forma contraria a estos estándares haciéndola primar por sobre las normas internacionales de derechos humanos.

Primero, porque los argumentos de la Corte Suprema son contradictorios, de un lado esgrime la inaplicabilidad del art. 110 del Estatuto, pero de otro lado se hace cargo detalladamente de explicar el por qué no les son aplicables restricciones mayores al otorgamiento de estas libertades, tales como las que establece el mismo Estatuto, y así entre los argumentos que entrega están:

a. que en la legislación nacional hubo una iniciativa para restringir esta clase de beneficios en la ley N°20.931 de 5 julio 2016, de agenda corta anti delincuencia, mediante la cual se aumentó el tiempo mínimo de la pena que se debe servir para acceder a la libertad condicional, y que en ella no se incluyeron los delitos del Estatuto de Roma, ni los de la Ley N° 20.357 de 18 de julio de 2009 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

b. Que no se ha modificado el DL N° 321 ni su Reglamento para introducir nuevos requisitos o elementos para otorgar la libertad, como por ejemplo, el previsto en el Estatuto de Roma que dice relación con la cooperación del recluso, como sí se incorporaron en el artículo 109 ter del Reglamento de Establecimiento Penitenciarios mediante el Decreto 924 de 22 de febrero de 2016, que respecto de delitos “perpetrados en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos, por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”, exige además de los requisitos generales para

poder autorizar alguno de los permisos de salida que dicho ordenamiento prevé, que se acredite "por cualquier medio idóneo que han aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza".

Termina uno de los fallos indicando que "sin ser recogidas expresamente por nuestro ordenamiento constitucional o legal, las restricciones previstas en el artículo 110 del Estatuto de Roma no resultan atingentes para dirimir el otorgamiento de la libertad condicional, siendo necesaria su incorporación por vía legal desde que importan una restricción al derecho a recuperar la libertad ambulatoria que surge del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 2° del D.L. N° 321, como se desprende de lo prescrito en el artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución Política de la República"[74]

El error argumentativo es doble, pues siguiendo el mismo criterio de estricto apego a la legalidad nacional vigente, no era necesario hacer referencia alguna al Estatuto. Bastaba con indicar que no era aplicable porque este se refiere solo a las condenas que se hayan dictado en virtud del procedimiento que establece el mismo estatuto. El segundo error es que, en concepto de la Corte, las restricciones para el otorgamiento de beneficios para condenados por delitos de lesa humanidad se encuentran previstas solo para el acceso a beneficios intra penitenciarios, concretamente, para la obtención de beneficios que suponen una restricción a la libertad ambulatoria muchísimo mayor que la puesta en libertad bajo condición. Resultando ilógico que para poder obtener, por ejemplo, una salida dominical, el recluso de este tipo de delitos debe haber colaborado con las investigaciones de causas criminales por delitos de la misma naturaleza. En cambio para obtener la libertad condicional, no debe hacerlo, simplemente porque el DL N° 321 no ha sido modificado a este respecto.

El tercer error es suponer que, por el hecho de no haber sido incluidos estos delitos en la ley de agenda corta, respecto del aumento de penas para el otorgamiento de beneficios, esto implica que debe aplicarse sin más el DL N° 321 sobre libertad condicional[75].

En definitiva, en estos fallos, la Corte Suprema hace primar un Decreto Ley por sobre la normativa internacional ya citada (convenio contra la tortura, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y en general el corpus iuris interamericano de derechos humanos), que establece la necesidad de aplicar sanciones efectivas y no meramente simbólicas, incumpliendo con ello la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que *"confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno",* convenio suscrito y ratificado por Chile.

Si bien es cierto no existe acuerdo ni en doctrina, ni político respecto de esta primacía, debe considerarse que al menos tienen un rango especial en la Constitución, y que, en todo caso, en los fallos, como afirma la acusación constitucional, debió hacerse un control de convencionalidad.

Esta obligación fue puesta de relieve por la CIDH en el *"caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile"* [76]. Es por ello que los jueces deben adecuar sus resoluciones al corpus iuris de

[74] SCS de 30.07.2018, Rol N° 16.817-2018. Ideas similares en los otros fallos citados (ver nota n°
[75] Los requisitos que éste establece para el otorgamiento de la libertad condicional son:
1° Haber cumplido la mitad de la condena, salvo que se tratare de homicidio y otros delitos graves, entre los cuales no está el secuestro, que es el delito clásico por el cual se investigan las desapariciones forzadas.
2° Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena,
3° Haber aprendido bien un oficio,
4° Haber asistido en forma regular y provechosa a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten.
[76] Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26-09-2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

derechos humanos interamericano, que incluye también la jurisprudencia de la CIDH, la cual ha sido enfática en la necesidad de penas que no signifiquen la impunidad.

Ahora bien, en este punto cabe hacer una precisión, el caso Almonacid Arellano en efecto era una denegación del acceso a la justicia para las víctimas desde el momento en que su núcleo era la amnistía para estos delitos, de manera tal que no podían siquiera investigarse. No es el caso de los fallos que motivaron la acusación constitucional, pues en ellos los delitos fueron investigados y sancionados, pero el derecho de acceso a la justicia de las víctimas se vio menoscabado en el momento de la condena al aplicar penas muy bajas en relación a la naturaleza y gravedad de los delitos que se cometieron, siendo el otorgamiento de la libertad condicional un derivado de ello.

1.2. Los fines de la pena en los casos de graves violaciones a derechos humanos.

El otro razonamiento que esgrimen los fallos hace referencia a la innecesariedad de que se hayan cumplido los fines de reinserción social, lo cual, evidentemente queda demostrado con la ausencia de toma de conciencia por parte de los beneficiados acerca de la gravedad de los delitos que cometieron. Contienen también una prevención que indica que los fines de reinserción social ya se frustraron y que un mayor tiempo de privación de libertad no va a cambiar esta situación dada la edad de los condenados, y que habiéndose cumplido los requisitos del DL N° 321, entre otros el buen comportamiento, debe otorgarse la libertad.

A mi juicio este es otro error argumentativo, pues el beneficio de libertad condicional es precisamente la culminación, en cuanto beneficio extra penitenciario, de todo un proceso de reinserción social del sujeto que ha venido dándose desde la obtención de los beneficios intra penitenciarios, un camino que todo juez y penalista conoce: salida dominical, salida diaria, libertad condicional. Y que por lo demás, ha sido puesto de relieve por la misma Corte Suprema. De esta forma, indicar que el requisito de reinserción social no es exigible, que en este caso debería manifestarse mediante la colaboración con la justicia, y que finalmente no interesa porque el sujeto no va a reinsertarse, en mi opinión es contradecir el fundamento mismo de la libertad condicional.

Sin embargo, voy a coincidir en el hecho de que efectivamente el paso del tiempo no va a cambiar la situación, y que estos sujetos probablemente nunca se reinsertarán. Porque tratándose de delincuentes por convicción como son los criminales de lesa humanidad, no parece existir posibilidades reales de arrepentimiento. Por lo demás, lo que el sujeto sienta en su fuero interno no tiene relevancia penal, salvo en cuanto esto pudiere manifestarse en una colaboración con la justicia, la que operaría simplemente como una exigencia político criminal del legislador a fin de contribuir al esclarecimiento de estas graves violaciones a derechos humanos.

En los casos indicados, no existió esta colaboración, tampoco hay una toma de conciencia respecto de la gravedad de las conductas cometidas, por esta razón, en estos casos, es todavía más patente que las penas, a mi parecer, no tienen otra finalidad que la retribución, y por lo mismo ellas deben ser proporcionales a la gravedad del delito, y ser efectivas. No procede, a mi juicio, desde el punto de vista dogmático jurídico, ningún beneficio que suponga el dejar de cumplir la pena en un recinto penitenciario.

La pena, especialmente respecto de crímenes graves como éstos, debe orientarse hacia la recuperación de la vigencia del derecho (Hegel). La negación por parte del delincuente de las normas que prohíben el homicidio, la tortura, el secuestro y la desaparición forzada, debe a su vez ser negada mediante la privación de libertad del sujeto, el cumplimiento efectivo de la pena y la imposibilidad de acceder a beneficios que supongan su puesta en libertad, pues solo así se reafirma la vigencia del derecho. Solo así reafirmamos el

compromiso que como Estados asumimos tras la Segunda Guerra Mundial como garantía de no repetición de tales actos.

Afinando este argumento clásico, la pena retributiva tiene también, como señala Feinbeg, una función de expresión de desaprobación social frente a un determinado hecho, que se justifica solo por el merecimiento de pena, sin buscar una consecuencia o efecto ulterior como podría ser la reinserción social del mismo sujeto, o el efecto de intimidación general o de reafirmación de la expectativa de cumplimiento de las normas por el resto de la sociedad[77].

La pena en este caso, es una acción comunicativa, cuya "fuerza ilocucionaria" en cuanto reproche jurídico penal, parafraseando a Mañalich, "se da si esa determinada emisión lingüística tiene lugar en las circunstancias apropiadas"[78]. Otorgar beneficios que supongan una puesta en libertad a sujetos que han cometido delitos de lesa humanidad, implica privar de esa fuerza ilocucionaria al reproche jurídico penal que supone la comisión de delitos de lesa humanidad. Debilita el principio de merecimiento de pena, y también el de necesidad de pena.

En definitiva, la pena, en cuanto consecuencia jurídica del delito, es la irrogación de un mal como respuesta o reproche a la infracción a la norma. Los efectos que la pena pueda producir sea en la sociedad, a través de la intimidación o la reafirmación de la expectativa de cumplimiento de la norma, o la reinserción social, no tienen que ver conceptualmente con la pena misma.

Por cierto, muy deseable es que el Estado disponga de un sistema de penas que permitan esta reinserción social, pues así tiene en sus manos una herramienta de aseguramiento de cumplimiento de las normas en el futuro. Y en este caso, es posible introducir ciertos incentivos y es ahí donde encuentran sentido las penas sustitutivas, los beneficios intra penitenciarios y extra penitenciarios que supongan una puesta en libertad de los condenados. Y a esto es precisamente a lo que tienden los organismos de derechos humanos, cuando se han referido a que todos los condenados deben tener acceso a este tipo de beneficios. Pero, son especialmente enfáticos en señalar que "*se requiere una regulación especial para los casos de los condenados por delitos de lesa humanidad, que pondere, junto a la finalidad de la pena, el derecho a la verdad y justicia, la reparación de las víctimas y la gravedad de los delitos*"[79].

Pero ni siquiera esto se ha dado en los casos en cuestión, pues los condenados no han dado muestras de los efectos que el Estado pretende con las penas, no han colaborado con la justicia a fin de que las víctimas y sus familiares puedan dar con el paradero de los desaparecidos, ni tampoco han ayudado a identificar a los responsables de las ejecuciones y torturas, por lo que a su respecto los efectos de reinserción social no se han producido, de manera tal que, en mi opinión, ya no hay fundamento para el otorgamiento de beneficio.

Esta falta de colaboración con la justicia, exigencia, como se ha dicho político criminal, agrava la situación de menoscabo del derecho de acceso a la justicia, la que, como se ha dicho se produce en un momento anterior a la libertad condicional, esto es, por la falta de proporcionalidad entre las penas que se han asignado y la gravedad de los delitos. Se trata de penas excesivamente bajas en relación a la gravedad de los mismos. A mi entender éste es el punto en el cual se produce la infracción al derecho de acceso a la

[77] MAÑALICH, Juan Pablo (2010), Terror, pena y amnistía, Santiago de Chile: Flandes Indiano, p.78
[78] MAÑALICH (2010), p.84
[79] Com. DD.HH. (2006). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. E/CN.4/2006/9. Cit. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías-WEIDENSLAUFER VON K., Christine.(2017), "Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera", BCN, Departamento de estudios, extensión y publicaciones / 31 de mayo de 2017, p.

justicia consagrado genéricamente en la Convención Americana (art. 25) y al pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14). Porque a la fecha de las condenas existían herramientas para otorgar penas proporcionadas a la gravedad del delito. Circunstancias agravantes de responsabilidad penal sobran en el Código Penal: abuso de superioridad de fuerza y/o armas, nocturnidad, alevosía, premeditación conocida, prevalerse del carácter público del culpable, ignominia, auxilio de gente armada o de personas que proporcionen o aseguren impunidad, etc. Todas ellas debidamente conjugadas claro está según los casos.

Por último, las razones humanitarias que se esgrimen en algunos casos, relativas a la edad de los sujetos, al igual que ocurre con la colaboración con la justicia, son razones que no tienen que ver con el injusto, ni con la consecuencia jurídica. Tales razones, político criminales, solo tienen sentido, en mi opinión, en aquellos casos en los que las condiciones carcelarias en las cuales se encuentren hace imposible que se pueda respetar al derecho a la dignidad y la salud. No es el caso. Punta Peuco es un recinto que cuenta con una infraestructura muy superior al resto de los recintos penitenciarios en nuestro país.

Además, tampoco es una regla general que tratándose de esta clase de condenados deba propenderse a su liberación por razones humanitarias, esto es algo, que como bien reflejan Meza-Lopehandía y Weidenslaufer[80], es algo que se ha abordado en forma muy escasa en el derecho internacional, que lo refiere a los enjuiciamientos en Nicaragua de los agentes de la dictadura de Anastasio Somoza por parte del gobierno sandinista. Aquí la CIDH hizo presente al gobierno nicaragüense, la posibilidad de conceder indultos o conmutar penas por arresto domiciliario "a los mutilados, inválidos, gravemente enfermos y ancianos, cualquiera que sea la pena a que hayan sido condenados"[81]. Sin embargo, cabe tener presente que las condenas fueron emitidas en juicios que fueron considerados irregulares y contrarios al debido proceso por parte de la misma CIDH.

Es más, posteriormente la misma CIDH indicó que se encontraba ante un dilema pues "debía conciliar las necesidades de justicia con las del debido proceso"[82].

De esta forma el otorgamiento de beneficios para condenados por razones humanitarias "puede entenderse en este caso como una solución de compromiso ante la compleja situación que enfrentaba Nicaragua"[83].

2. Sobre el "notable" abandono de deberes.

La reflexión sobre este punto, a mi juicio, requiere examinar a lo menos tres aspectos: a) cual ha sido el comportamiento de la sala penal de la Corte Suprema en relación a las garantías de los imputados y condenados, b) Si los ministros aludidos en otras causas donde se vulneran derechos humanos se han mostrado reticentes a dar cumplimiento a la normativa internacional de derechos humanos y c) si existe un consenso respecto de la negación de beneficios respecto de criminales de lesa humanidad.

En general, es mi parecer que la Sala Penal de la Corte Suprema tiene una conducta que respeta las garantías y derecho de los imputados y condenados. Esto ha sido puesto de relieve por abogados de derechos humanos mediante carta a la prensa de la que esta Comisión ha tomado conocimiento. Debe recordarse que si bien las violaciones de derechos humanos a que hace referencia el libelo acusatorio son las más graves que se

[80] MEZA-LOPEHANDÍA - WEIDENSLAUFER VON K.(2017),p. 8
[81] CIDH. (1981). Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua . Disponible en: http://bcn.cl/1vi4e (mayo, 2017), cit. MEZA-LOPEHANDÍA - WEIDENSLAUFER VON K.(2017),p. 8
[82] Idem.
[83] Idem.

han producido en la historia de nuestro país, no son todas ni las únicas posibles, y que se siguen produciendo casi a diario otras violaciones a derechos humanos.

En este sentido, no es de extrañar que, en esta ocasión, la decisión de la Sala Penal haya ido en el mismo sentido "pro condenado", considerando especialmente la edad de los condenados. Por ende no es una conducta "anómala" en su actuar general. Solo que, esta vez, a mi juicio, se erró al acoger un criterio netamente objetivo y de apego estricto al tenor literal de la ley, pues no se consideró la especial gravedad de los crímenes siendo procedente el control de convencionalidad.

Así por ejemplo, en el caso de la comunera mapuche que debió dar a luz engrillada, la sala penal al acoger el amparo enfatizó de manera transversal en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos[84]. Asimismo impidió el sobreseimiento de la investigación sobre supuestos apremios ilegítimos a un comunero mapuche, acogiendo la queja presentada por el querellante[85], y ha acogido recursos de amparo en favor de niños mapuche víctimas en procedimientos de registro policial[86].

En causas por crímenes de lesa humanidad, algunos de estos mismos ministros se pronunciaron en contra de ella. Eso ocurrió respecto de la primera solicitud del condenado González Betancourt, condenado a presidio perpetuo en el Caso Degollados. En ella sostuvo que *"la comisión puede negar la libertad condicional aún encontrándose cumplidas las exigencias objetivas, cuando justifique no haber adquirido convicción respecto de que el condenado esté corregido y rehabilitado para la vida social"*[87], en tanto que las recomendaciones que hiciera el Tribunal de Conducta serían solo consultivas. Este mismo criterio se aplicó por la Tercera Sala, con otros ministros, respecto de la solicitud de los condenados Estay Reyna (alias El Fanta) y Fuentes Salazar en el mismo caso Degollados[88].

También en el caso de uno de los condenados por el asesinato de los hermanos Vergara Toledo, en agosto de 2017 la Corte rechazó la libertad condicional, por tratarse de un crimen de lesa humanidad y encontrarse el sujeto muy próximo al cumplimiento de la pena[89]. En este caso se cumplían los 2/3 de la pena que exige el Estatuto de Roma, pese a lo cual fue denegada la libertad condicional, sin pronunciarse sobre la ausencia de conciencia respecto del mal causado con el delito por parte del condenado.

Ahora bien, no existe consenso a nivel de la misma Corte Suprema, en la naturaleza del instituto de la libertad condicional, lo cual trasunta en la manera a través de la cual la magistratura se enfrenta a las solicitudes que se le presentan.

---

[84] SCS de 01-12-2016, Rol N° 92.795-16. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. **Carlos Künsemüller** L., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. **Manuel Valderrama** R., y los Abogados Integrantes Sres. Jaime Rodríguez E., y Carlos Pizarro W.

[85] SCS de 08.02.2017, Rol N° 76.331-2016 Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. **Carlos Künsemüller** L., Sr. Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Jean Pierre Matus.

[86] Véase por ejemplo, SCS de 30-05-2018, Rol N°10868-2018, Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Cerda F., Jorge Dahm O. y las abogadas integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y María Cristina Gajardo.

[87] SCS de 21-09-2015, Rol N° 14.265-2015, Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. **Carlos Künsemüller** L., Sr. Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y los abogados integrantes Jean Pierre Matus y Jaime Rodriguez E.

[88] SCS de 19-10-2015, Rol N° 13.852-2015, Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A, Sra. Rosa Egnem S. y Sr. Carlos Aranguiz Z., el Ministro suplente Sr. Alfredo Pffeifer R. y el Fiscal Judicial Sr. Juan Escobar Z.

[89] SCS de 05-09-2017, Rol N° 38.176-2017. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. **Carlos Künsemüller** L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. **Manuel Antonio Valderrama R**, Sr. Jorge Dahm O.

La disyuntiva sobre si la libertad condicional es un derecho o un beneficio, proviene del mismo DL N°321 cuyo art. 2 lo consagra como un “derecho”, y su artículo 3 al hacer referencia al homicidio calificado, le considera un “beneficio”, existiendo buenas razones para indicar tanto lo uno como lo otro. De un lado, y para afirmar que la libertad condicional es un “derecho”, la misma Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”* (art. 5.6) lo cual permitiría afirmar que de cumplirse las condiciones de reinserción social, la libertad debería ser concedida.

De otro lado, para afirmar que la libertad condicional es un “beneficio”, la propia historia del DL N°321 y sus modificaciones, dan cuenta que la voluntad del legislador fue considerarlo un beneficio. Señaló el legislador: *“no es un derecho sino un beneficio condicional al cumplimiento de ciertas condiciones. Así se ha aplicado en la práctica aun cuando el decreto ley N°321 en sus artículos 2° y 3° utilice la expresión "derecho". Aún más, como beneficio y no como derecho lo entendió el Ejecutivo cuando reglamentó por derecho supremo N°2442, de1926, la libertad condicional. Atendidas estas razones en el texto que se viene proponiéndose sustituyó la expresión "tendrán derecho" por "se les podrá conceder el beneficio"*[90].

Esto ha determinado que la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al otorgamiento de las libertades condicionales no sea unánime, existiendo dos posturas[91], una que discurre sobre la idea de que la libertad condicional es un derecho, y en ese sentido, con apego al estricto tenor literal del art. 2 del DL N°321, al darse cumplimiento a los requisitos objetivos establecidos por la ley nacional, sería un “deber” el otorgarla. La otra postura indica que el carácter de delitos de lesa humanidad tiene efectos en el otorgamiento de la libertad condicional, lo que queda a discreción del Comité de Libertad Condicional, el cual podría elevar los tiempos mínimos de cumplimiento de pena para tomar la decisión, de conformidad con el Estatuto de Roma, y desliza también en forma implícita, la exigencia de conciencia en el condenado respecto del crimen cometido y su alejamiento de éste.

No contribuye a clarificar esta situación la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana por cuanto, hasta donde llega mi conocimiento, no hay pronunciamientos explícitos sobre el otorgamiento de beneficios a condenados por delitos de lesa humanidad, el corpus iuris interamericano más bien se ha centrado en lo que es la “denegación” de justicia por aplicación por ejemplo del DL N° 2.191 sobre amnistía o indultos, es decir, cuando se impide la investigación y/o sanción. Salvo en el caso ya mencionado del enjuiciamiento de los agentes de la dictadura de Somoza en Nicaragua.

Sin perjuicio de eso, como se ha dicho antes, la CIDH sí ha hecho presente mediante comunicado, que “[…] si bien aún en casos de graves violaciones a los derechos humanos el derecho internacional admite que ciertas circunstancias puedan generar una reducción de la pena, como por ejemplo la colaboración efectiva con la justicia mediante información que permita el esclarecimiento del crimen, de acuerdo con los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, tales circunstancias *requieren un análisis y requisitos más exigentes* en función del bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos, y la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos *no puede*

[90] Informe de la II Comisión legislativa, en MEZA- LOPEHANDÍA G., Matías. “Libertad condicional de condenados por delitos de lesa humanidad en Chile. (Análisis de la jurisprudencia reciente (2015-2018)”. BCN. Asesoría Técnica Parlamentaria, Agosto de 2018, pp.5 y 6. Disponible en internet.

[91] Sobre este punto recomiendo vivamente el texto de MEZA- LOPEHANDÍA G., Matías. “Libertad condicional de condenados por delitos de lesa humanidad en Chile. (Análisis de la jurisprudencia reciente (2015-2018)”. BCN. Asesoría Técnica Parlamentaria, Agosto de 2018. Disponible en internet.

verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción, en apego al principio de proporcionalidad"[92].

3. Conclusiones

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no hace referencias explicitas mediante su normativa y jurisprudencia al otorgamiento de beneficios penitenciarios para condenados por crímenes de lesa humanidad, como sí lo ha hecho respecto de la obligación de investigar y sancionar con penas proporcionales a la gravedad de los hechos.

2. Sobre el otorgamiento de las libertades condicionales y el ejercicio del control de convencionalidad, han existido dos posturas dentro de la Corte Suprema, una que considera que la libertad condicional es un beneficio y en tal sentido, su concesión queda a discreción del Comité de libertad Condicional el que debe evaluar si se ha cumplido o no la finalidad resocializadora, incluyendo una exigencia mayor en los tiempos mínimos de cumplimiento de la pena en coincidencia con lo preceptuado en el Estatuto de Roma considerando el carácter de crimen de lesa humanidad. La otra postura es la objetiva, que estima que solo deben cumplirse los requisitos legales descritos en el DL N°321. Por tanto, se trata de un tema que es discutido y no hay aunamiento de criterios, aún cuando esta informante tienda a coincidir con la primera de estas posturas.

3. El menoscabo al derecho de acceso a la justicia para las víctimas se produce en el momento en que se condena a los sujetos a penas desproporcionadamente bajas en relación a los delitos que han cometido, siendo el otorgamiento de la libertad condicional, en las actuales condiciones legislativas, simplemente un derivado de ello. El control de convencionalidad debería operar siempre *ex ante* a la concesión de beneficios. Y en rigor, quien primero debe hacer este control de convencionalidad para ajustar la medida de la pena a la gravedad del delito es el juez que falla la causa.

4. En otros fallos de la Sala penal de la Corte Suprema, integrada por los aludidos Ministros, y respecto de otras violaciones a derechos humanos más contemporáneas, sí han respetado derechos humanos. Así también en otras oportunidades han denegado libertades condicionales a condenados por delitos de lesa humanidad. Por ende, no parece existir una conducta permanente en el tiempo de desconocimiento a los estándares internacionales de derechos humanos, lo cual sería prudente considerar al momento de decidir si existe o no notable abandono de deberes.

5. Con todo, otorgar libertades condicionales a criminales de lesa humanidad, en opinión de esta profesora informante, priva de su fuerza ilocucionaria al reproche jurídico penal que suponen los delitos de lesa humanidad, hace fracasar los fines de la pena y debilita los principios de merecimiento y necesidad de pena.

6. Las razones humanitarias determinadas por la edad de los condenados unido a la ausencia de resocialización, es un argumento que debe potenciar un cumplimiento efectivo de la pena, y no una puesta en libertad, considerando especialmente que el recinto penitenciario de Punta Peuco cuenta con una infraestructura que es plenamente acorde con el respeto de los derechos de todos los privados de libertad. No obstante, debo reconocer que la concesión de

[92] http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/185.asp

beneficios por “razones humanitarias” es también un tema discutido en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el cual desgraciadamente no hay consenso.

Es todo cuanto puedo informar,

Saluda muy atentamente al Sr. Presidente y a los Honorables miembros de la Comisión**.**

Myrna Villegas Díaz”.

****

2. De la abogada académica doña **Liliana Galdámez Zelada:**

“INFORME SOBRE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL A MINISTROS DE LA EXCMA CORTE SUPREMA.

Liliana Galdámez Zelada[93]

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Por la presente, vengo en comentar la acusación constitucional que un grupo de Diputados del Congreso Nacional ha presentado contra tres ministros de la Excma. Corte Suprema, Ministros Hugo Dolmestch, Carlos Kunsemüller y Manuel Valderrama.

Este informe desarrolla un análisis acerca del tratamiento que la jurisprudencia y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha invocado para el tratamiento de graves y masivas violaciones a los derechos humanos en Chile.

1.- Las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura militar han sido abordadas en el ordenamiento chileno, principalmente en la jurisprudencia, desde una doble perspectiva, en el conocimiento de actos constitutivos de violaciones graves, se emplean dos clases de normas: nacionales e internacionales. Las primeras, en relación a la tipificación del delito y la determinación de la pena; las segundas, para fundamentar la inaplicabilidad de la prescripción y la amnistía y para reforzar el deber de prevenir, juzgar, sancionar y reparar estos crímenes. Como se desprende de la jurisprudencia examinada, los hechos que conocen los tribunales siempre son juzgados a la luz de normas nacionales, mientras que el Derecho Internacional es invocado para fundamentar en esta normativa la imposibilidad de que esos hechos puedan ser objeto de amnistía y prescripción y para reforzar el deber de prevenir, juzgar y sancionar estos delitos.

Para entender la conexión que se establece entre el DI y el nacional, es fundamental analizar dos asuntos que han sido considerados por los jueces. En primer lugar, la fuerza obligatoria y la *preeminencia* de los tratados que han sido ratificados y que están vigentes, y, en el caso de la imprescriptibilidad, la obligatoriedad de las normas del *ius cogens*, que son imperativas, independientemente de su ratificación por parte del Estado. En segundo lugar, es importante destacar la vinculación que establecen los jueces entre el delito de lesa humanidad y sus consecuencias en lo que se refiere al deber de investigarlos y sancionarlos siempre, es decir, la imposibilidad de que sean amnistiados y declarados prescritos.

[93] Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesora e investigadora en el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Las Convenciones de Ginebra y el hecho de que ellas hubieran sido ratificadas por el Estado antes de la fecha de los hechos, son un elemento fundamental para justificar su aplicación y en argumento para limitar la aplicación de la amnistía.

En este sentido, en el caso Chena[94] el Decreto Ley No 5 fue uno de los antecedentes que los jueces consideraron para probar la existencia de un conflicto armado interno [95].
Además del Decreto Ley, los jueces tuvieron presente que en la época de los hechos se desarrolló una importante actividad legislativa que daba cuenta del conflicto que vivió Chile, período durante el cual el país fue gobernado a través de *bandos,* que en la lógica castrense eran dictados en el marco de un conflicto de carácter bélico[96].

---

[94] Caso Chena, Rol 3125–04, proceso por ejecución extralegal de Manuel Tomás Rojas Fuentes ocurrida en diciembre de 1973. Originalmente en esta causa se sobreseyó total y definitivamente, en virtud de encontrarse extinguida por amnistía la responsabilidad del procesado Víctor Raúl Pinto Pérez. La Corte Suprema, conociendo del proceso en recurso de casación en el fondo, resolvió acogerlo, ordenó invalidar el fallo impugnado y emitió sentencia de reemplazo que ordenó seguir adelante con la investigación. Sentencia de 13 de marzo de 2007.

[95] "luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente constituido hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley Nº 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró…que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley Nº 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación". Caso Chena, Considerando Sexto, Rol 3125–04.

[96] Caso Chena, Rol 3125–04: "El primero de ellos (DL No3) de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, invocando el Libro I, Título III del señalado cuerpo de leyes, decretó que "la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia" (artículo único). A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido "las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, "con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra" (fundamento 2°). Manifestando su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician "en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe"(Considerando Octavo).

Asimismo, la sentencia señala en su considerando Noveno: "Que, en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 – 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: "... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando 'de hecho ella existiere'. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho". Luego continúa que: "el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está 'frente al enemigo', debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan 'emprendido los servicios de seguridad' en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho 'enemigo', a estar al 'frente del enemigo' implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...".

"Por lo tanto, la existencia de un 'enemigo interno' es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido ("Plan Lanceta", "Plan Ariete", "Plan Cobra", aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo "Lautaro", "Plan Trueno", etcétera). Y es más, el mismo 'enemigo' habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), 'Vanguardia Organizada del Pueblo' (VOP), 'Brigada Ramona Parra', 'Brigada Elmo Catalán', 'Frente de Trabajadores Revolucionarios' (FTR) y 'Movimiento Obrero Campesino' (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del 'enemigo interno' señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...".

"Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los

En casos por graves violaciones a los derechos humanos los jueces concluyeron que a la época de los hechos el territorio chileno se encontraba de facto y jurídicamente en estado de guerra interna, equivalente al *conflicto armado no internacional* en los términos del artículo 3 común de los Convenio que, por tanto, eran aplicables[97].

En cuanto a las consecuencias de ese marco jurídico de excepción, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones extralegales y la tortura, estas figuras corresponden al tipo de actos que en las convenciones califican como *infracciones graves*.
Igualmente, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de enero de 2008[98], por los delitos de secuestro y secuestro calificado, para referirse a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, los sentenciadores invocaron su Preámbulo[99], y señalaron que a pesar de que Chile no ha ratificado la Convención, la obligación que ella contiene es una norma del *ius cogens*, imperativa y obligatoria independientemente de la voluntad del estado chileno[100].

Según se ha examinado, los jueces han dado aplicabilidad a dos fuentes del Derecho Internacional, los tratados ratificados y vigentes y las normas del *ius cogens*.

En este sentido, los jueces de tribunales superiores de justicia, consideraron que los crímenes ocurridos durante la dictadura militar, correspondían a la noción de los crímenes

---

acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile" (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: "Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra", tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).
Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 – 73) concluyó que "... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación– por el artículo 418 del Código de Justicia Militar…".

[97] "pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana". Caso Chena, considerando Décimo Sexto.
En el mismo sentido: Corte Suprema: Rol 469–98, sentencia de 09.09.98; Rol 5169 sentencia de 28.07.04; Rol 517–04, sentencia de 17.11.2004; Rol 559–04 sentencia de 13.12.06; Rol 45–2006 sentencia de 27.06.07; Rol 6188–06 sentencia de 13.11.2007. Corte de Apelaciones de Santiago: Rol 13.447–2006 sentencia de 13.11.2007; Rol 1579–07 sentencia de 18.12.2007; Rol 3806–06 sentencia de 27.07.2007; Rol 7668–2006 sentencia de 16.08.07; Rol 11801–06 sentencia de 18.12.07.

[98] 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.

[99] "Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves. Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacional". Episodio Carlos Cuevas, Rol 13.447–06, sentencia de la Corte de Apelaciones de santiago de 10.01.08

[100] "surge en la actualidad con categoría de norma de *ius cogens*, o principios generales del derecho penal internacional, cuya obligatoriedad en derecho interno se encuentra mandada por la Constitución Política de la República (artículo 5, inciso segundo), de modo tal que el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, así como el aseguramiento objetivo y expreso de los derechos humanos resulta indiscutible e imperativo para los tribunales nacionales. A lo anterior se agrega que los Convenios de Ginebra, citados en el fallo de primer grado, imponen como un deber del Estado la persecución de los crímenes de guerra. Finalmente, cabe advertir que resulta plenamente atinente la incorporación de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, ratificada y vigente en nuestro país desde el año 1981, instrumento internacional que aclaró el acatamiento por el ordenamiento legal interno del principio *ius cogens*, definiéndolo en el artículo 53 como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter". Episodio Carlos Cuevas, Rol 13.447–06, sentencia de la Corte de Apelaciones de santiago de 10.01.08.

de lesa humanidad, así la sentencia Rol 2.182–98[101] concluyó que "Los delitos establecidos son delitos de lesa humanidad…Que, asimismo, tal como este Juez ha razonado en sentencias anteriores…los delitos referidos, de acuerdo a la situación de hecho o contexto en que éstos se dieron, esto es, mediante un ataque planificado y sistemático de agentes del Estado para causar miedo o terror en contra de un grupo de la población civil, por medio del cual se causa la muerte de las víctimas, precisamente pertenecientes a ese grupo de dicha población civil, determina que se está en estos casos en presencia de crímenes de lesa humanidad. En efecto, el reconocimiento de los delitos en el Derecho Penal Interno, no autoriza olvidarlos en el Derecho internacional Penal de los Derechos Humanos, concedido para todas las personas por el supremo derecho de ser tales. Así, la expresión lesa humanidad fue usada en el Derecho Penal Internacional contemporáneo por los Tribunales Penales Internacionales de Nüremberg y Tokio, puesto que los estatutos de éstos establecían las conductas constitutivas como delitos de lesa humanidad.

En efecto, los delitos son constitutivos al mismo tiempo de homicidios calificados y asesinatos con caracteres genocidas o contra la humanidad, los que de común tienen la acción de dar muerte mediante las circunstancias antes analizadas, diferenciándose entre ellos por los motivos y contexto en que dichas muertes se provocan, debiéndose precisar respecto de ese delito contemplado en el Derecho Penal Internacional, que estaba ya descrito a la fecha de los hechos por vía de Tratado Internacional de 1948, aprobado por Chile en 1952… Que, tal razonamiento, es decir, que los delitos de autos son delitos de lesa humanidad, parte de la base que el Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno sólo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho Derecho Internacional de los Derechas Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los Tratados Internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile".

Los jueces identifican los crímenes de lesa humanidad, siguiendo la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas, entre los que se incluye: "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"[102].

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 ese hecho impide que respecto a esos crímenes pueda aplicarse amnistía o prescripción[103].
En este planteamiento tuvo una incidencia importante, en tanto fortaleció este criterio, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006). En este caso la Corte IDH ordenó al Estado proseguir la investigación y le prohibió invocar amnistía y prescripción para eximirse de la obligación. La sentencia señala: *la prohibición*

[101] Causa seguida por el Ministro de Fuero Jorge Zepeda Arancibia por los delitos de homicidio calificado en las personas de Ofelia Villarroel Latín, de Donato Quispe Choque, y de Adrián del Carmen Sepúlveda Farias, hechos ocurridos en Santiago, al interior de la empresa "Manufacturas Textil Sumar, en el mes de septiembre de 1973, fue condenado Ricardo Ovalle Hidalgo cuya sentencia fue confirmada por la Corte De apelaciones "con declaración que el procesado Hernán Reinaldo Ricardo Ovalle Hidalgo queda condenado, como cómplice de los delitos de homicidio calificado perpetrados en las personas de Ofelia Rebeca Villarroel Latín, Donato Quispe Choque y Adrián del Carmen Sepúlveda Arias, a sufrir la pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetúa para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena" .
[102] Caso Chena considerando Vigésimo Nono
[103]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;

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.

Respecto a la amnistía, la sentencia de la Corte IDH consideró que ella no puede aplicarse a los delitos de guerra, pues fueron cometidos por agentes del Estado en el marco del ejercicio de un poder no sujeto a controles, ilícitos respecto de los cuales no es posible invocar la ley nacional para eludir el cumplimiento de obligaciones contenidas, tanto en tratados como en los principios generales de derecho *reconocidos por las naciones civilizadas*.

El fallo de la Corte y sus criterios han sido desarrollados por los tribunales nacionales, y han permitido articular dos argumentos para oponerse a la aplicación de la amnistía y la prescripción[104].

2.- Respecto a las actuaciones del legislador en esta materia, llegado el momento de analizar su tratamiento a los derechos contenidos en tratados ratificados y vigentes, se ponen en evidencia las paradojas de los derechos fundamentales ya que, "tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo necesita de colaboración legislativa"[105]. *Los derechos fundamentales son, a la vez, límite frente a la ley y un objeto de regulación de la misma*, de tal manera que la ley puede ser una amenaza, y también una garantía que se expresa en las reservas de ley. Si se analiza el artículo 5 de la Constitución chilena esta cuestión se observa con nitidez: los derechos esenciales limitan el ejercicio de la soberanía por tanto, constituyen una "vinculación negativa" al mismo tiempo que "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos" es decir la "vinculación positiva".

Las dos vertientes, la positiva y la negativa, dan lugar a actividad legislativa vinculada a un derecho fundamental en al menos dos órdenes: en primer lugar, la actividad legislativa destinada a hacer operativa la variedad de pretensiones inherente a los derechos fundamentales. En un segundo lugar, la actividad legislativa que deriva de la "indeterminación" de ciertos enunciados constitucionales, como en la norma que se analiza, que también puede ser resuelta por la actividad del el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, sin perjuicio de que en ocasiones sea necesaria una respuesta general elaborada desde la necesaria actividad del legislador. En el caso chileno, estas actividades no se han desarrollado en lo que se refiere a la protección de la tutela judicial efectiva de los crímenes graves contra los derechos humanos.

Según la información que registra la página web del Senado chileno, desde 1992 y hasta 2008, han ingresado a trámite a lo menos 17 proyectos de ley que se vinculan a distintas temáticas sobre derechos humanos, entre ellos: esclarecimiento histórico; reforma constitucional para favorecer la educación en derechos humanos; limitaciones a las leyes de amnistía, a la institución de la prescripción y concesión del indulto en caso de graves violaciones a los derechos humanos[106]; aprobación de la Convención sobre

---

[104] Caso Chena Considerando Vigésimo Primero: "Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales u oficiosos del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales…"

[105] Diez–Picazo Luis María. Sistema de …op.cit. pp.99.

[106] Boletín 1657, 19 de julio de 1995, Dicta normas para la aplicación de la amnistía, restringe procedencia al sobreseimiento temporal, establece procedimiento judicial para determinar el paradero de las personas detenidas y desaparecidas o de sus restos. Archivado 20.06.2001. Moción presentada por los senadores: Sergio Diez, Hernán Larraín, Carlos Letelier, Miguel Otero y Sebastián Piñera.

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. De todos ellos y hasta la fecha, ninguno ha llegado a convertirse en ley[107].
Según los archivos consultados[108], el primer proyecto que se dirigió a establecer un límite a los delitos susceptibles de ser amparados por el decreto ley 2191 de 1978, data de abril de 1992[109]. Este proyecto se planteó bajo la figura de una norma interpretativa de dicho decreto, y establecía dos cuestiones: excluía de la aplicación de la amnistía a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y señalaba que en los casos donde se hubiera dictado el sobreseimiento definitivo, conceder un recurso extraordinario de revisión para que fuera dejado sin efecto. El proyecto fue archivado en mayo de 2001.

En este caso la vía que el legislador propuso no era anular la ley, aunque más adelante se presentaron proyectos en ese sentido, no restaba eficacia al decreto ley, sino que lo interpretaba explicitando la imposibilidad que su aplicación a determinados crímenes[110].

---

[107] Senado de la República, proyectos de leyes: Boletín 656–07, 7 de abril de 1992, Interpreta decreto ley 2191 de 1978 sobre amnistía. Archivado 09.05.2001; Boletín 1681–07, 22 de agosto de 1995, Proyecto de ley que dicta normas para contribuir al esclarecimiento de la verdad en torno al destino de los detenidos desaparecidos y otros casos sobre derechos humanos. Archivado 09.07.1997; Boletín 1718–07, de 11 de octubre de 1995, Interpreta artículos 1 y 3 del Dl 2191 sobre amnistía, tratándose de delitos que el Derecho Internacional califica de lesa humanidad. Archivado 05.07.2000; Boletín 1265–10, de 6 de julio de 1994, Aprueba la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, en primer trámite constitucional desde 04.03.2008; Boletín 3317–07, de 26 de agosto de 2003, Proyecto de ley que tipifica delito de desaparición forzada de personas. Archivado 13.03.2006; Boletín 3345–07 de 9 de septiembre de 2003, Interpreta y adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, refundido con Bol 3595. Etapa: discusión general; Boletín 3959, de 30 de agosto de 2005. Interpreta artículo 93 de Código Penal en materia de prescripción de la acción penal en caso de delitos especialmente sancionados por el Derecho Internacional. Etapa: discusión general; Boletín 3980–07 de 7 de septiembre de 2005, Modifica ley 18.05 que fija normas sobre indultos particulares adecuando sus normas a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, con el fin de que no se pueda conceder indulto a las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad. Etapa: primer informe de la comisión de Constitución; Boletín 4162–07, de 21 de abril de 2006. Proyecto de ley que declara nulidad del DL 2191 de 1978. Etapa: Primer informe de la Comisión de Derechos Humanos; Boletín 5918–07 de 11 de junio de 2008, Interpreta artículo 93 del Código Penal, excluyendo de la extinción de la responsabilidad penal por amnistía, indulto o prescripción a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Etapa: Primer informe de la Comisión de Constitución; Boletín 4768–07 de 2 de enero de 2007, Establece Jerarquía Constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile. Etapa: informe de la Comisión de Constitución; Boletín 4727–07 de 13 de diciembre de 2006, Impide la dictación del sobreseimiento definitivo en caso de muerte del imputado por delitos que no pueden prescribir o amnistiarse. Etapa: primer informe de la comisión de Constitución; Boletín 3491–07. de 7 abril de 2004. Proyecto de reforma constitucional destinado a permitir el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales. Etapa: discusión general; Boletín 2912(refundido con el 3191); Boletín 2659–17 de 18 de enero de 2001. Modifica ley 18.962 Orgánica Constitucional de enseñanza para promover derechos humanos. Etapa: primer informe comisión. Boletín 2305–07. Archivado.

[108] Página web del Congreso de Chile: senado.cl visitada la semana del 13 al 17 de octubre de 2008.

[109] "Artículo Primero.– Declárase interpretando los artículos 1º y 3º del Decreto Ley Nº 2.191, sobre amnístia, publicado el 19 de Abril del año 1978, que el correcto sentido y alcance de estas disposiciones en relación con el efecto de extinguir la responsabilidad penal no favorecen en caso alguno, y consecuentemente no son aplicables, a los autores, cómplices o encubridores de los delitos con resultado de muerte o lesiones graves y personas desaparecidas cometidos por funcionarios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, equiparados o asimilados, o que hubieren actuado por el Poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno y que constituyen ilícitos penales de secuestro y sustracción de menores de ejecución permanente, aplicación de tormentos o violencias innecesarias con resultado de muerte o de lesiones graves y homicidio previsto en los artículos 141, 142, 150 y 391 del Código Penal y 330 del Código de Justicia Militar.
Artículo Segundo.– En los casos previstos por el artículo anterior, y en que se hubiere decretado sobreseimiento definitivo ejecutoriado, en aplicación del Decreto Ley Nº 2.191 sobre amnistía, el Ministerio Público, los perjudicados y ofendidos por dichos delitos podrán recurrir, en el plazo de un año a partir de la publicación de esta ley, ante la Corte Suprema para que esta revise y anule dichas resoluciones por error de derecho al calificar e interpretar los artículos 1º y 3º del Decreto Ley Nº 2.191, en relación al artículo 408 Nº5 del Código de Procedimiento Penal y 93 Nº 3 del Código Penal. Interpuesto este recurso extraordinario de revisión ante la Corte Suprema, se dará traslado al Fiscal si el recurrente no hubiere sido el Ministerio Público, y en seguida se mandará traer la causa en relación, y vista en forma extraordinaria se fallará sin más trámites. Anuladas las resoluciones, la Corte Suprema ordenará reabrir los procesos remitiéndolos al Tribunal competente". Boletín 654–07. Moción iniciada por los senadores: Jaime Gazmuri, Rolando Calderón, Ricardo Núñez y Hernán Vodanovic.

[110] Los autores de la moción señalaron: "Esta amnistía en definitiva resulta ineficaz jurídicamente ante hechos que son calificados de criminales por la ley internacional. Ello debido a que la ley interna debe ser interpretada en armonía con el Derecho Internacional y su interpretación debe ser hecha de modo que no pugne con los compromisos internacionales del Estado. La amnistía de 1978 no puede entenderse referida a los delitos sancionados por la ley internacional. Tampoco debe entenderse que nos encontramos frente a un conflicto entre dos normas jurídicas". Ibidem.

También hubo intentos para anular la ley de amnistía, así lo registra el Boletín 4162–07 de abril de 2006[111]. El proyecto sugiere varios comentarios que demuestran las muchas dificultades y enfoques envueltos en este asunto. La propuesta se asemeja a lo que se declaró en Argentina, es decir, la nulidad del decreto ley en su conjunto afecta toda clase de delitos y no sólo los más graves; la propuesta plantea declarar inaplicable a este caso el principio pro reo, generándose con ello otras dificultades dogmáticas que permiten anticipar su falta de viabilidad.

El caso que abrió el debate y lo trasladó al sistema interamericano de protección a los derechos humanos, fue el caso Almonacid Arellano vs. Chile de 2006[112].

En este caso, y aunque el centro de la discusión se ubicó en la aplicación del DL de Amnistía, la Corte amplió la prohibición de aplicar otras eximentes de la responsabilidad penal como la prescripción y el indulto a crímenes de lesa humanidad y ordenó a los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por el Estado a partir de los tratados ratificados y vigentes.

La Corte dispuso que, de acuerdo con el desarrollo del derecho de gentes, cuando un Estado ha ratificado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para cumplir ese convenio por lo que el Estado estaba obligado a adaptar su derecho a lo establecido en la CADH[113].

En Chile la imposibilidad de llegar a un consenso legislativo se ha traducido en múltiples y sucesivos ensayos para abordar el problema del enjuiciamiento de las violaciones graves sin que hasta ahora se haya producido el consenso necesario que se exprese en la aprobación de alguno de los proyectos que se han discutido.

Uno de los intentos más completos y coherentes con el ordenamiento interno fue el presentado por el Diputado y profesor Juan Bustos y fue el Proyecto de ley que interpreta el artículo 93 del Código Penal 114**,** proyecto que finalmente no prosperó.

---

[111] "Art. 1°.– Declárase insanablemente nulo por inconstitucional, el Decreto ley N°2191 de 19 de abril de 1978.Art. 2°.– El Decreto ley N°2.191, carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penales, civiles, administrativas y militares emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 18 del Código Penal.Art. 3°.– Se declara que son inamnistiables e imprescriptibles todos aquellos crímenes y simples delitos perpetrados por funcionarios públicos o particulares durante un período de interrupción constitucional, que cometidos individual o masivamente puedan ser calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, de conformidad a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como por los Principios Generales del Derecho Internacional"

[112] Luis Alfredo Almonacid Arellano, profesor de enseñanza básica y militante del partido comunista, fue ejecutado el 16 de septiembre de 1973 por agentes de Carabineros de Chile, quienes le dispararon en presencia de miembros de su familia mientras era detenido en las afueras de su domicilio. La Corte Marcial confirmó el 25 de marzo de 1998 la resolución del Segundo Juzgado Militar que aplicó el DL de Amnistía y sobreseyó definitivamente la causa. La Corte Suprema consideró extemporáneo el recurso de casación y ordenó el archivo del expediente.

[113] "Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[en] el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente…En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados..." Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

114 El artículo 93 actual señala: "La responsabilidad penal se extingue: " 1.° Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria.

2.° Por el cumplimiento de la condena

3.° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4.° Por indulto. La gracia de indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes.

5.° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.

También ha habido debates en el Senado, alguno de ellos sobre contenido, pero lo que ha tenido relevancia y en definitiva ha definido la discusión, han sido las objeciones de forma, relacionadas con la iniciativa parlamentaria en esta clase de materias.

En efecto, luego de recibir el proyecto que interpreta el art. 93 del Código Penal, aprobado por la Cámara de Diputados, el Presidente de la Cámara de senadores en decisión ratificada por la mayoría de sus miembros, declaró que el proyecto de interpretación del art. 93, era "inadmisible" por inconstitucional. La objeción obedeció a que conforme a la Constitución, el proyecto debió iniciarse en ésa Cámara y no en la de Diputados.

Según las Actas Oficiales de la Cámara del Senado, sesión de 4 de junio de 2008, el Senador de la Unión Demócrata UDI Jorge Arancibia, una vez iniciada la presentación del proyecto, solicitó que se rechazara por inadmisible ya que según el artículo 65 de la Constitución[115] las leyes que se relacionan con amnistías e indultos generales sólo pueden tener origen en la Cámara del Senado[116].

3.- Los crímenes de lesa humanidad ocurridos en Chile entre 1973 y 1990 han sido abordados por los jueces en una doble perspectiva, aplicando fuentes del derecho interno y aplicando Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional.

En lo que se refiere a la aplicación de beneficios carcelarios a responsables de graves violaciones a los derechos humanos, la doctrina que la propia Corte Suprema viene desarrollando y consolidando desde hace ya unos años, indica que también en esta cuestión debiera aplicarse la lógica de una doble fuente, es decir, la principal norma que se pudo tener a la vista es el artículo 110 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en orden a establecer requisitos especiales considerando la naturaleza de los crímenes. Tal y como ha ocurrido con el tratamiento de la amnistía y la prescripción, en estos casos aun ante la ausencia de normas nacionales, pudo tenerse presente el estándar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional impone a los estados, más aún pues este tratado se encuentra vigente y ha sido ratificado por Chile.

4.- Finalmente, respecto al argumento que considera que esta acusación pone en riesgo la democracia y la independencia del Poder Judicial, es de notar que la acusación constitucional constituye un instrumento al servicio de los mecanismos de frenos y contrapesos que operan en democracia y que permite que los poderes del Estado puedan controlar su mutua actuación entre sí. No se trata de la injerencia de un poder en la esfera de otro, sino de utilizar los mecanismos que la propia Constitución establece para controlar las actuaciones de los poderes del Estado. La democracia no está en juego, es el ejercicio democrático el que habilita este tipo de acciones. Quedará en consideración del Congreso en sus respectivas cámaras definir el destino de esta acusación, donde

---

6.° Por la prescripción de la acción penal.
7.° Por la prescripción de la pena".

115 Artículo 65 de la Constitución: "Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros…Las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales sólo pueden tener origen en el Senado…".

116 "El artículo 65 de la Carta Fundamental, al señalar cuáles son las materias de ley…indica las que deben tener su origen en una u otra Cámara… a continuación, señala: "Las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales sólo pueden tener origen en el Senado.". Aquí hay una materia –la que dice relación a la amnistía, y no a otras materias– que debe iniciarse en esta Alta Cámara. La Constitución no distingue si son leyes de forma o de fondo, o sustantivas o adjetivas, pues simplemente dice: "Las leyes sobre amnistía". Estamos frente a un proyecto de artículo único que en lo fundamental fija el sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal, en cuanto a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal no serán aplicables a tales y cuales delitos. Independiente de la discusión de fondo, aquí se trata de normas que afectan a la amnistía y al indulto…Debo decir que este tema no es menor, porque probablemente va a crear una dificultad con la Cámara de Diputados, pues, al haber un trámite constitucional en curso, esto puede generar un conflicto adicional. Pero el Derecho es el Derecho, señor Presidente. Conforme a lo establecido en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en cualquier estado de tramitación de una norma o proyecto, es obligación del Presidente del Senado declarar su inconstitucionalidad. Es lo que corresponde". Senador Larraín. Sesión 24 de 4 de junio de 2008.

como he señalado, pese a las omisiones del legislador es el mismo poder judicial el que ha desarrollado la doctrina que ha permitido conocer juzgar y sancionar estos crímenes. Tanto el derecho interno como el DIDH, propician una justicia donde se concrete la proporcionalidad entre la gravedad del ilícito, la pena establecida y el riguroso control del acceso a beneficios carcelarios.”.

****

ii. **EXPOSICIONES DE LOS ABOGADOS REPRESENTANTES DE LOS TRES MINISTROS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA AFECTADOS POR EL LIBELO ACUSATORIO.**

A continuación se transcriben las intervenciones de los abogados señores Davor Harasic, Jorge Correa y Alfredo Etcheberry, que actúan en representación y se refieren, en suma, a cada una de las defensas de los tres ministros de la Excma. Corte Suprema afectados, señores Hugo Dolmetsch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller, respectivamente.

1, DON **DAVOR HARASIC YAKSIC (SESIÓN N° 5ª, DE 7 SEPTIEMBRE DE 2018).**

Planteó, en representación del ministro señor Hugo Dolmestch, la cuestión previa de que la acusación no cumple con los requisitos que la Constitución Política establece, solicitando a la comisión tener presentes sus argumentos y declarar la inadmisibilidad de la acusación constitucional.

Adujo que la cuestión previa es de tal entidad, que por respeto a la judicatura y a la función jurisdiccional, se referiría exclusivamente a ella, en la confianza de que, dados el tenor de la acusación constitucional y la improcedencia de la misma, sería innecesario entrar al fondo de esta.

Observó, en primer lugar, que la acusación constitucional contiene dos capítulos. El primero está referido a la supuesta falta de aplicación, por parte de los acusados, del control de convencionalidad. Se dice que ellos no habrían analizado las normas del derecho internacional para aplicarlas en las siete sentencias que son materia de la acusación. Y en el segundo capítulo, a su juicio más increíble aún que el primero, se les imputa haber permitido la impunidad en estos siete casos que, por cierto, nadie discute que se trata de crímenes de lesa humanidad.

Destacó que la acusación dice relación con un hecho incontrovertible, cual es que se han dictado siete sentencias, a cuya dictación ha concurrido su representado y en las cuales se les ha concedido la libertad condicional a siete personas condenadas por delitos de lesa humanidad. Al respecto, aclaró que la libertad condicional es una forma sustitutiva de (cumplimiento de la) pena, y no una absolución, por lo cual sostuvo categóricamente que la acusación presentada es inconstitucional.

Expuso a continuación los motivos por los cuales solicita, como cuestión previa, que se declare la improcedencia de la acusación y que esta se tenga por no presentada.

El primero es que la acusación constitucional es un mecanismo de control absolutamente excepcional y subsidiario; es decir, aquello que todos están de acuerdo en calificar como la *ultima ratio* dentro de un sistema de responsabilidades de las más altas autoridades del país. Eso significa, necesaria e indiscutidamente, que si existen otras vías para enfrentar el problema hay que preferir siempre aquellas, antes de la *ultima*

ratio, que se llama así porque se usa, se echa mano de ella tan solo si no existen otras vías para esos efectos.

Insistió en que la acusación constitucional tiene dos características. La primera es la excepcionalidad de este mecanismo de control, por el tipo de personas y por las causales que la hacen procedente, y la segunda es la subsidiariedad, esto es, que solo se aplica en razón de la gravedad de la sanción y en la medida en que no exista otra vía de solución. ¿Por qué? Porque si no se declara la inadmisibilidad como cuestión previa, tres ministros de la Corte Suprema quedarán suspendidos de sus funciones y arraigados; y si se llegara a acoger la acusación constitucional, quedarán destituidos y, además, con prohibición de ejercer cualquier función pública durante cinco años.

Entonces, estamos ante una institución que genera un efecto jurídico y político de enorme magnitud, por lo que su procedencia debe ser analizada con la responsabilidad del caso. Y esto no es un invento de esta defensa. Lo ha dicho la Cámara de Diputados en reiteradas ocasiones.

En efecto, cuando se acusó constitucionalmente al ministro de Justicia de aquel entonces, señor Luis Bates, la honorable comisión de esta Cámara señaló que "La acusación constitucional es un mecanismo de control jurídico-político de carácter extremo, procedente solo en *ultima ratio*, una vez que se hayan agotado todos los recursos o arbitrios que contempla el ordenamiento jurídico para dar solución a la infracción normativa que le sirve de fundamento".

Asimismo, cuando se acusó al entonces ministro Jorge Rodríguez Grossi, la honorable comisión dijo en su informe: "Lo anterior obliga a utilizar de forma prudente este dispositivo constitucional extremo, reservándolo para casos particularmente graves en los cuales se han agotado las vías jurídicas y políticas para solucionar los conflictos".

La pregunta que cabe formularse entonces es la siguiente: ¿Hemos agotado en Chile las vías para solucionar este conflicto que involucra a las personas que han cometido graves delitos de lesa humanidad y que, en consecuencia, afecta directamente a todos los parientes de los detenidos desaparecidos y de las personas que tanto han sufrido durante la dictadura en este país? ¡La respuesta categórica es no! Y la responsabilidad es de las señoras y señores diputados, porque son ellos los poderes colegisladores en este país. Son ellos lo que han debido solucionar este tema por la vía legislativa y hasta el momento no lo han hecho. En tal sentido, dijo confiar en que dos proyectos de ley, uno que está en comisión mixta y otro que se encuentra en el Senado, sean utilizados en esta ocasión para que de una vez por todas en Chile pueda haber justicia respecto de este tema.

Aclaró enseguida que, al referirse a los diputados (como los responsables de resolver legislativamente el problema que se pretende atribuir a los ministros afectados por la acusación), no se está refiriendo, por cierto, a cada uno de ellos, sino al país en general. Es básicamente al Estado de Chile –y así lo han declarado siempre la Corte Interamericana y los organismos internacionales– al que le corresponde solucionar este problema.

¿Qué dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto? Dice lo siguiente: “Esta corte considera pertinente recordar que, en el ámbito de su competencia, todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la convención tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad”. ¡Todas las autoridades de un Estado parte! Es más, cuando la Corte Interamericana ha sancionado al Estado de Chile no ha sancionado a los jueces. Ha sancionado el incumplimiento del legislador y no el incumplimiento de los jueces.

Por lo tanto, si estamos ante un tema que debemos enfrentar y solucionar antes de echar mano a la *ultima ratio*, el primer obligado por el derecho internacional, dentro del ámbito de sus competencias, para salvar una contradicción de reglas, es precisamente el legislador. Es cosa de ponerse de acuerdo y establecer mediante una ley que los condenados por delitos de lesa humanidad no tendrán derecho a obtener la libertad condicional sino hasta cumplidos dos tercios de la pena, y reuniendo además los requisitos de derecho internacional. Hizo notar que existen diez proyectos (de ley) que tratan de normar esta materia, ingresados a partir de 2016, que se encuentran descritos en un cuadro que entregó a la comisión, y expresó su deseo de que aprovechemos esta oportunidad histórica en Chile para solucionar de una vez por todas un tema en el que personalmente está absolutamente de acuerdo.

Haciendo una digresión, planteó el señor Harasic que no se atrevería a ser juez, porque la responsabilidad de los jueces es muy grande, pero efectuando un ejercicio teórico, tendría que reconocer que no habría fallado la causa como la falló su representado, lo cual no significa que este haya incurrido en un notable abandono de deberes.

Para explicar su aserto, citó uno de los proyectos que se encuentran en el cuadro que entregó, el cual inició su tramitación el 16 de enero de este año, enviado por la entonces Presidenta de la República y actual Alta Comisionada de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. ¿Qué nos dice en el mensaje presidencial la Presidenta Bachelet? “Se mantiene la deuda de normar la ejecución de las penas de aquellas personas condenadas”. Llamó a dimensionar el sentido de estas palabras: ¡Se mantiene! O sea que es un tema que viene de atrás, sigue vigente, y envía este proyecto de ley para tratar de solucionarlo. Lo anterior, "a fin de evitar que la concesión u otorgamiento indebido de beneficios o gracias genere, eventualmente, una forma de impunidad". ¿Qué nos está diciendo la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en este mensaje? Nos está diciendo que esta es una materia controvertida y (que) tenemos que solucionarla por ley.

Agregó que existen discrepancias jurídicas evidentes respecto de la aplicación de la legislación vigente. Por eso, en materia de libertad condicional, el proyecto de ley antes citado modifica el decreto ley N° 321, que establece la libertad condicional para los penados, en dos sentidos: "Se precisa la utilización de la expresión 'beneficio', sustituyéndose el uso de la hasta hoy interpretable referencia a la expresión 'derecho'". “Se precisa” e “interpretable”. Además, se refuerzan los requisitos para optar al beneficio de la libertad condicional de aquellas personas condenadas por crímenes de lesa humanidad, genocidio o (crímenes de) guerra. Los diputados lo tienen a mano, enfatizó.

Por otra parte, citó al entonces ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien estimó necesario publicar una columna en un diario de circulación nacional cuando el supremo gobierno envió dicho proyecto a tramitación, diciendo: “Se trata de una iniciativa que nos permitirá avanzar sólidamente en el encuentro de la paz social, resuelve situaciones humanitarias hoy no previstas o mal reguladas”. Esto no lo está diciendo esta defensa, no lo están diciendo los jueces ni es una interpretación doctrinaria; es la voz oficial del Estado de Chile en boca del ministro de Justicia y Derechos Humanos: Existen, hasta el día de hoy, situaciones humanitarias no previstas o mal reguladas.

La alternativa, entonces, ¿es acusar a tres ministros de la Corte Suprema, cuyo perfil se referirá más adelante, o aprovechar que este tema ha sido levantado y legislar sobre la materia? Dijo estar seguro de que el país estaría feliz si los diputados asumen su responsabilidad y legislan sobre el tema. Más aún, la modificación legislativa es un deber estatal y está expresamente contemplada en el segundo de los

artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el primer y principal mecanismo para cumplir con el deber de convencionalidad. Por lo mismo, instó a los miembros de la comisión, cada vez que hagan referencia al deber de convencionalidad de los ministros de la excelentísima Corte Suprema, a pensar en su propio deber de convencionalidad al ejercer la labor parlamentaria.

En relación con el mismo tema, señaló que el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas tomó nota de las modificaciones realizadas al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y saludó la existencia de proyectos legislativos.

Propuso hacer un poco de ciencia ficción y pensar en el efecto que tendría esta acusación sobre las resoluciones judiciales si se acogiera, agregando que no tendría ninguno. Las resoluciones quedarían incólumes. Se negó a creer que los miembros de la comisión pudieran suponer que tendría algún efecto en las futuras resoluciones judiciales porque, en ese caso, esta sería una acusación constitucional tendiente a presionar a los jueces que a futuro se pronuncien sobre la misma materia, y eso sí que sería aberrante desde un punto de vista de Estado de Derecho.

Se preguntó, por tanto, ¿cuál es la utilidad de esta acusación constitucional? Absolutamente nula, concluyó, contrariamente a lo que sucedería si los diputados, cumpliendo la labor para la cual todos los ciudadanos los han puesto en el alto y digno cargo que ejercen, legislaran sobre la materia y establecieran claramente el sentido en que los jueces deben resolver.

Pasando a otro punto, recordó que la acusación constitucional (contra los magistrados de los tribunales superiores) requiere un notable abandono de deberes. Para el solo efecto de dar ilación a su defensa, dio lectura al artículo 76 de la Constitución Política, agregando que acá estamos ante una situación que algunos han dicho que no está zanjada, pero que en lo personal cree que históricamente sí lo está.

Precisó que nadie duda de que los jueces puedan ser acusados constitucionalmente por cuestiones adjetivas. Pero, ¿pueden serlo por cuestiones sustantivas? Recordó que la única vez que se ha destituido a un juez de la Corte Suprema –se trataba del señor Hernán Cereceda–,se usó una cuestión adjetiva para referirse a lo sustantivo, porque el que finalmente dio la campanada en la sala en aquella ocasión fue el entonces diputado Jaime Campos –luego ministro de Justicia–, quien calificó a Cereceda como juez venal. Y lo venal es sustantivo, pero se usó un retraso en la sentencia para destituir a Cereceda, porque el artículo 76 es clarísimo.

Postuló que una lectura sistemática de los artículos 52, número 2), letra c); 76 y 79 de la Constitución, necesariamente permite concluir que el notable abandono de deberes nunca puede estar referido a la dictación de fallos (por parte) de los ministros de la Corte Suprema ni, por tanto, a la revisión de su contenido. Así lo dice la Constitución: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. Recalcó que los diputados no pueden referirse al fondo de esta acusación sin revisar las siete sentencias cuestionadas y que, si lo hicieran, estarían infringiendo gravemente el artículo 76 de la Constitución.

Recordó que el profesor Humberto Nogueira dijo, ante esta comisión, que revisar, en el sentido del artículo 76, es “ver con atención y cuidado”, e ironizó señalando que, al parecer, el profesor Nogueira tenía un texto incompleto del Diccionario de la Real Academia Española, porque (ese verbo) tiene una segunda acepción que,

aplicada a este caso, revelaría que se trata del ejercicio propio de la jurisdicción, es decir: “someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo”.

Previno finalmente que los diputados no pueden revisar estas sentencias porque se los prohíbe la Constitución y, por consiguiente, tendrían que declarar inadmisible esta acusación constitucional. De lo contrario, no se cumpliría con el estándar mínimo de seriedad para hablar de un incumplimiento grave de deberes. Se necesita identificar claramente el deber que se imputa como abandonado; probar no una infracción discutible a ese deber, sino un abandono del mismo, y justificar cómo ese deber puede ser calificado de notable.

Al respecto, arguyó que hay dos principios básicos en un Estado de Derecho. Uno es el principio de tipicidad: Nadie puede ser sancionado si no existe un reproche claro, previo e indubitado de una conducta ilícita. El segundo es que no hay responsabilidad sin culpa. Y, en este caso, el abandono de deberes supone a lo menos culpa, sino, incluso, mala intención. ¿Y qué hace la acusación? La acusación, irresponsablemente, no establece cuál es el deber abandonado, remató.

Sostuvo que la acusación incurre en tres afirmaciones, todas ellas infundadas y erróneas.

La primera es que la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecería como requisito, para otorgar la libertad condicional, el cumplimiento de dos terceras partes de la pena impuesta. Falso. La Corte Interamericana nunca ha establecido tal regla. Por el contrario, ha declarado que la regla de la Corte Penal Internacional sólo es aplicable a las condenas determinadas por esa misma Corte. Por ejemplo, los casos Barrios Altos y La Cantuta versus Perú.

En síntesis, los estatutos de los tribunales penales internacionales únicamente regulan el otorgamiento de beneficios en la ejecución de la pena por esos mismos tribunales, siendo que, además, el de la Corte Penal Internacional lo que regula es la posibilidad de reducción de la pena en sus propias sentencias.

Segunda afirmación falsa de la acusación: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, habría razonado que los Estados no deben entregar beneficios indebidos a condenados por delitos de lesa humanidad. No logran, los diputados firmantes, fundar esta acusación. No dicen qué deber, qué regla o qué principio de derecho internacional infringieron los ministros acusados.

Tercero: los tribunales de Chile deberían seguir la regla de los dos tercios de la condena, en razón de ser ésa la regla de la Corte Penal Internacional. El profesor Alfredo Etcheberry se va a referir particularmente a este tema, pero baste leer el artículo 110 del Estatuto de Roma que se invoca en la acusación: “El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena interpuesta por esta Corte y sólo esta Corte podrá decidir la reducción de pena.”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto, ha hecho este razonamiento a propósito de la libertad condicional, habiéndose cumplido la mitad de la pena.

En consecuencia, el primer capítulo de la acusación falla ostensiblemente en identificar el deber incumplido. En el derecho internacional de los derechos humanos, no existe una regla que obligue a esperar el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena para conceder el beneficio (de la libertad condicional). ¡No existe!

En lo que toca al segundo capítulo, lo calificó de francamente irresponsable, pues en él se habla de que (los ministros acusados) habrían incurrido en

favorecer la impunidad. Citando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltó que para esta la impunidad es “la falta, en su conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

Enfatizó la imposibilidad de afirmar que en los siete casos (fallados por los ministros acusados) no hubo investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena, pues, en el caso de Gamaliel Soto, había cumplido el 53,52% de la pena; Manuel Pérez, 58,92%; José Quintanilla, 57,17%; Hernán Portillo, 57,45%; Felipe González, 57,45%. Emilio de la Mahotiere, que se lo da por beneficiado con la libertad condicional, no lo fue, y este es otro tema que conlleva la inadmisibilidad de la acusación, al que se referirá después. Finalmente, Moisés Retamal, registraba un cumplimiento de pena del 52,83%.

Planteó que, si las penas se estiman insuficientes para delitos de lesa humanidad, es necesario legislar. Si el país está de acuerdo, se subirán las penas, pero no se puede afirmar que no hubo investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena. No hablemos de impunidad donde esta no existe. Podemos decir que son penas bajas; que no se condicen con (tales delitos), pero no podemos decir, so pena de mentir, que acá hay impunidad.

Lo que sucede es que los acusadores no comparten la decisión que tomaron los jueces. Pero si yo no comparto una decisión, ¿es porque el jurisdicente ha incurrido en notable abandono de deberes, o es que el jurisdicente, frente a dos posiciones, ha optado por una de ellas? ¿Acaso, cuando lo nombramos juez –porque todos hemos nombrado como tales a nuestros jueces– no le dijimos que su misión, frente a un conflicto en que hubiera dificultad de interpretación normativa, era darnos su interpretación? Entonces, lo que su representado hizo en este caso fue cumplir con la función que todos le hemos otorgado: interpretó la ley y razonó cómo interpretaba la ley.

En abono a sus argumentos, citó a los abogados Fernando Atria y Carlos Cerda Fernández. El primero dice que “La función legislativa es identificar las normas que van en el interés de todos; su estructura, entonces, ha de ser una que hace que eso sea probable. Por eso el cuerpo legislativo en todos los sistemas democráticos es siempre una asamblea que, en principio al menos, pretende representar a todos los miembros de la comunidad política. Pero el juez no necesita representar a nadie. Lo que aparece ante el juez es una norma que ya ha sido sometida al procedimiento legislativo de justificación, y por esto el juez no debe volver a preguntarse si la norma representa adecuadamente los intereses de todos los involucrados”.

Por su parte, Carlos Cerda dice ,que conocida una conducta y la normativa atinente (ambas van estrechamente unidas en el juez que tiene asimilado o encarnado el sistema), y previstas determinadas consecuencias, se fija el sentido de la norma. Ante casos similares, dos jueces pueden resolver en forma distinta. Es de la esencia de la jurisdicción.

Pero hay más. Gonzalo Rodríguez Mourullo, autor español muy respetado, dice que “el fallo judicial no es nunca la conclusión necesaria de un silogismo, sino siempre una decisión que, como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones”.

La profesora Rodríguez Fuentes dice que “en los casos difíciles se hace más patente el argumento de autoridad, que siempre está latente en una decisión judicial.

El juez está legitimado para actuar discrecionalmente y para elegir, dando las razones de su decisión, por supuesto, pero nadie puede reprocharle que haya optado por una solución y no por otra, pues ambas eran 'jurídicamente' posibles".

Nuevamente invitó a las diputadas y diputados de la comisión a que examinaran la acusación, la cual es tan insólita, que llega a imputar dolo a los ministros acusados, (en circunstancias que) imputar dolo en Chile es extremadamente grave. Dio lectura a la página 70 del libelo acusatorio, donde se afirma que: "Los acusados, en forma deliberada y consciente, incumplen su deber de ejercer el control de convencionalidad". Refutando el cargo, planteó que el ministro señor Hugo Dolmestch tendría que haberse negado en forma deliberada y consciente a aplicar normas de derecho internacional que le eran obligatorias, simplemente porque no le daba la gana hacerlo, y no porque hubiera un raciocinio que justificara por qué no las aplicaría. Observó que el Capítulo II vuelve a lo mismo, cuando señala en su página 91, que "...en forma deliberada y consciente, incumplen y abandonan sus deberes.".

Lo grave de esto es que esta acusación ya no puede ser cambiada, acotó; y los miembros de la comisión no podrían informar favorablemente una acusación que imputa dolo a tres ministros (de Corte). No pueden "cambiarse de caballo", porque este caballo ya partió: o se suben a él, o hacen que el caballo se baje de la carrera. Instó a ponderar que, en nuestro sistema jurídico, es un principio general que el dolo, como componente de la responsabilidad, debe ser probado y no cabe presumirlo.

Se refirió luego a lo expresado por una de las diputadas que suscribe la acusación, en un seminario (realizado) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, hace pocos días. Se trata de la diputada señora Carmen Hertz, quien le merece la mayor solidaridad por el sufrimiento que ha padecido y el mayor de los respetos por la posición que ella ha mantenido en defensa de los derechos humanos. El seminario se denominaba "Crímenes de Lesa Humanidad v/s Beneficios Carcelarios" y en la exposición de la diputada Hertz se devela, a su juicio, la verdadera razón que está detrás de esta acusación, una razón más para declararla absolutamente inadmisible: la acusación pretende que los ministros acusados respondan a nombre del Estado de Chile por 45 años de injusticia en materia de derechos humanos, y eso es impensable desde un punto de vista de responsabilidad.

¿Qué dijo Carmen Hertz en la Facultad de Derecho? Señaló: "Como sabemos, la sala penal de la Corte Suprema, hace unas semanas, en siete fallos otorgó la libertad condicional a siete criminales de lesa humanidad, sin que concurrieran los requisitos que el orden internacional establece, además de soslayar lo que son esos requisitos. Cabe hacer presente que cada uno de estos sujetos tenía asignadas penas que son irrisorias. Eran autores de desapariciones forzadas o de ejecuciones y, sin embargo, las penas, que además se dictan 40 años después de haber cometido los crímenes, o sea, de cuatro décadas de impunidad absoluta, eran penas de cinco o seis años por crímenes aberrantes.".

¿Qué tiene que ver el ministro Dolmestch con esto? Lo mismo que todos y cada uno de los presentes en esta sala: el hecho de ser chilenos y no haber sido capaces, en 45 años, de solucionar los temas pendientes que tenemos con derechos humanos.

Y después dijo: "Esto no es solo una discusión jurídica; tiene que ver con la ética de este país; tiene que ver con el ADN del pacto en sociedad, porque en definitiva, y todo el país lo sabe, el tránsito que ha tenido que hacer el movimiento de derechos humanos..." "...instalar en este país como bienes no solo jurídicos, sino políticos, sociales y morales, la verdad, la justicia y la construcción de la memoria colectiva ha sido un camino muy arduo..." "...la Corte Suprema debe y debió en el pasado, y debe hacerlo en

el futuro, ejercer ese control de convencionalidad y ajustar sus fallos al derecho internacional".

Entonces, ¿vamos a acusar al ministro Dolmestch porque el país no lo hizo? ¿Le vamos a imputar a él la responsabilidad que compartimos cada uno de nosotros? ¿Debe responder el ministro Dolmestch a nombre de Chile?

Expuso a continuación los antecedentes del ministro señor Hugo Dolmestch, quien decidió ejercer, al principio, libremente la profesión en Parral y sus alrededores. Al poco tiempo, empezó a volcarse al servicio público. Fue defensor público en Parral, secretario del Juzgado de Letras de Río Bueno y juez de letras de Bulnes. A partir de la década de los 80, comenzó a trabajar en los tribunales de justicia, fue relator de las cortes de apelaciones de Chillán y Santiago, relator de la Corte Suprema, ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, ministro de la Corte Suprema, la que presidió los dos últimos años con particular brillo y, desde la década de los 90, ha hecho clases en diversos institutos, como la Academia Superior de Ciencias Policiales de Carabineros y la Escuela Técnica de la Policía de Investigaciones.

Pero no solo eso. Él ha tenido una particular dedicación a procesos por derechos humanos. En efecto, Operación Albania se investigó y sancionó gracias al acusado. El ministro Dolmestch estuvo a cargo de la investigación y tramitación de esta causa, como ministro civil de la Corte Marcial. Los acusados confesaron, en junio, frente a él y dictó el correspondiente auto de procesamiento; y después, en la sentencia, condenó a cadena perpetua al exdirector de la CNI, Hugo Salas Wenzel, por su participación como coautor del delito; a Álvaro Corbalán Castilla; al oficial de Carabineros Iván Quiroz a 10 años, y a otras 11 personas. Por el secuestro y homicidio de José Carrasco Tapia, Felipe Rivera Matus, Gastón Vidaurrázaga y Abraham Muskatblit, condenó a 14 personas. En el secuestro de Julián Peña Maltés, Alejandro Pinochet Arenas, Manuel Sepúlveda Sánchez, Gonzalo Fuenzalida Navarrete y Julio Muñoz Otárola, estuvo a su cargo la confesión de los procesados y, cuando el juez Carroza asumió como ministro de la Corte Suprema, sancionó y condenó a las personas sobre la base de los antecedentes recopilados por el ministro Dolmestch. Por último, el ministro Dolmestch estuvo a cargo de la investigación y tramitación de la causa por el homicidio de Jécar Neghme, desde el año 2003 y, en 2013, dictó sentencia condenatoria respecto de seis personas.

Por su parte, la Segunda Sala de la Corte Suprema, que tiene en este momento a tres de sus componentes acusados, ¿Qué ha dicho en materia de derechos humanos? En primer lugar, ha declarado la imprescriptibilidad de las acciones de reparación en favor de las víctimas de (delitos de) lesa humanidad; la compatibilidad de las reparaciones por daños morales sufridos con ocasión de estos delitos, con las reparaciones establecidas en leyes especiales, y la obligación del Estado de reparar los daños ocasionados por sus agentes. Todo ello, por la primacía de las normas del derecho internacional. Respecto de la prescripción de la acción penal por crímenes de lesa humanidad, la ha rechazado y, finalmente, ha hecho responsable al Estado de las violaciones de derechos humanos. Pero hoy, paradojalmente, el ministro Dolmestch es acusado por no respetar los derechos humanos.

Concluyó su alegato con las palabras del defensor nacional, señor Andrés Mahnke, pronunciadas hace dos días: "A nosotros nos parece que siempre debiesen utilizarse los estándares del derecho internacional y los tratados que han sido ratificados por Chile. Pero desde una perspectiva local, en el caso de los jueces que están acusados constitucionalmente, se trata de jueces de la Sala Penal de la Corte Suprema, que es donde encontramos la visión más avanzada y progresista de derechos humanos del debido proceso y del acceso a la justicia.". Y añade "…desde el punto de vista del ejercicio y la evolución de los derechos humanos en nuestra judicatura, va mucho más avanzada, contrario a lo que puede pasar en otros países del mundo. Va más avanzada

que lo que podamos tener en los jueces de garantía y en los tribunales orales en materia penal en nuestro país. Y saltar de la reflexión sobre si se consideraron o no todas las fuentes del derecho interno e internacional, a una acusación constitucional, me parece, a lo menos, un escenario que no corresponde.”.

Con ello pretendió haber dejado clara la razón por la cual no se referiría a las cuestiones de fondo, pues la acusación constitucional es aberrante y debe ser declarada inadmisible, y así lo solicitó.

Advertido el profesor Harasic de que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional establece que la cuestión previa se tiene que alegar en la Sala el día que se vea la acusación y que debe resolverse en ese momento, dijo tener claridad al respecto, pero consideró que a la comisión también le corresponde referirse a la cuestión previa, si lo estima necesario, y sostuvo que en este caso era indispensable.

Sin perjuicio de lo anterior, el profesor Harasic presentó por escrito la defensa del ministro señor Dolmestch, que puede consultarse en el enlace consignado en la página 61 de este informe.

****

2. DON **JORGE CORREA SUTIL (SESIÓN N° 5ª, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Compareció a nombre del ministro señor Manuel Valderrama y se propuso contestar cada uno de los dos capítulos de la acusación, para demostrar que en este caso no hay deberes que puedan considerarse abandonados, no hay notable abandono y no hay culpa, por lo que la acusación debiera ser desestimada.

Antes de entrar en materia, hizo una breve reseña de la persona de su defendido. Explicó que Manuel Valderrama es un hombre de 62 años, nació en Rancagua, estudió gratuitamente en colegios, donde estuvo internado a partir de la separación de sus padres, más tarde estudió gratuitamente en la Universidad de Chile, y trabajó en la Contraloría y en la Dirección del Trabajo para poder solventar sus estudios. Ingresó al Poder Judicial y fue juez del trabajo, juez civil y, finalmente, ministro de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Se trasladó a Santiago y fue designado a la Corte Suprema por la Presidenta Bachelet en 2005, con acuerdo unánime del Senado, y cumple funciones en la Sala Penal hace un año.

Entre las causas de notoriedad pública que le ha tocado conocer o juzgar están los casos Spiniak, Anfruns, Leopard, Fragatas y, desde luego, tal vez el más famoso de todos, el Riggs, en el que formuló acusaciones y condenó a seis oficiales del Ejército, entre ellos al general Jorge Ballerino, y determinó el comiso de los bienes que eran de propiedad de Augusto Pinochet Ugarte o de sus sociedades.

En materia de violaciones a los derechos humanos, le ha correspondido juzgar 59 causas ocurridas entre 1973 y 1990, cuyo listado se acompaña al escrito de defensa. En esas sentencias queda acreditado que (el ministro Valderrama) nunca ha aplicado la amnistía, nunca ha aplicado la prescripción, tampoco la atenuante en razón del tiempo transcurrido desde la comisión del delito, es decir, la media prescripción, y en todos los casos ha entendido que corresponde indemnizar a los familiares de las víctimas, más allá de lo que lo hicieron las comisiones Rettig y Valech o las leyes dictadas a propósito de ellas.

Refiriéndose al primer capítulo de la acusación, observó que, en esencia, este imputa a los ministros de la sala penal de la Corte Suprema haber

incumplido el deber de (efectuar el) control de convencionalidad, esto es, no haber preferido la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Para ello se basa principalmente en dos fuentes del derecho internacional: el Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, menciona algunas otras cosas, como la práctica de los países civilizados, que es también una fuente de derecho internacional, llamada *ius cogens*.

Al respecto, sostuvo que en el derecho internacional no existe deber alguno de no aplicar beneficios, como el que se concedió en este caso, una vez cumplida la mitad de la pena. Asimismo, no hay ninguna regla contradictoria con la del derecho nacional.

Para justificar estas afirmaciones, citó en primer lugar las reglas Mandela (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos), y de Tokio (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad), en las cuales se aconseja a los Estados otorgar beneficios antes del fin de la pena, incluyendo expresamente la libertad condicional. Ese es el estándar internacional en materia de cumplimiento de condenas. De hecho, no hay regla general específica al respecto en materia de derechos humanos, (por lo que puede afirmarse que) el derecho internacional favorece el otorgamiento de beneficios.

Por otra parte, en la Convención Americana de Derechos Humanos, que la acusación dice haberse infringido, no hay ninguna regla sobre cumplimiento de condenas. Es una convención que establece derechos fundamentales, y no hay reglas sobre esa materia.

Pero la acusación señala que lo que no se respeta es el derecho de las víctimas de acceso a la justicia, que sí está consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos. Si uno entiende en sentido estricto el acceso a la justicia, las víctimas lo tuvieron en estos casos porque, como acreditan las sentencias que fundan la acusación, las cuales también entregó el profesor Correa como elemento de prueba, en cada una de ellas, los familiares de las víctimas fueron parte de los procesos o tuvieron derecho a serlo. O sea, en sentido estricto, el acceso a la justicia no está denegado. Sin embargo, en un sentido más amplio, la Corte Interamericana ha entendido que, si se otorgan beneficios indebidos, sí se afecta el derecho de acceso a (la justicia de) las víctimas, a lo cual se referirá a propósito de la impunidad o de la proporcionalidad de estos beneficios.

Hizo notar que las sentencias cuestionadas sí consideran las convenciones suscritas por Chile en materia de derechos humanos, por lo que no habría un abandono del deber. El deber no está abandonado, porque fue considerada esa fuente, y la acusación así lo reconoce, pero aduce que es una invocación meramente nominal de ella para terminar no aplicándola. Más adelante se verá si hubo una aplicación meramente nominal.

De momento, se propuso el defensor demostrar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no establece este deber (de aplicarla al fallar causas nacionales). Pero primero efectuó una consideración respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, señalando que, lo que ciertamente obliga –y lo dice el pacto de derechos humanos–, es que las sentencias, en los casos que se dictan, igual que en el derecho chileno, son obligatorias para el Estado que era parte en ese proceso. Está citado en el escrito de defensa el artículo de la convención que así lo establece. Sin embargo, no hay ningún precepto que diga que la doctrina jurisprudencial, o sea, lo que en general se desprende como criterio de los fallos, sea obligatoria para los Estados. Los Estados deben aplicar de buena fe el pacto, y ahí se podría hacer esa derivación, pero no existe esa regla.

Se preguntó entonces, ¿es obligatoria la doctrina jurisprudencial? La acusación no logra establecerlo, y no puede hacerlo porque no hay ninguna voz autorizada que lo afirme. Terminan (los acusadores) por citar un voto particular del presidente McGregor, en una de las causas, que dice que la jurisprudencia es obligatoria para los Estados que no son parte. El presidente McGregor sostuvo eso, y ahí la acusación es verídica, pero es una tesis discutida. No es la doctrina que se desprende de los fallos.

Eduardo Vío Grossi, el juez chileno en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en otro fallo dice: “Y al efecto, lo único que al respecto dispone la Convención es el compromiso de los Estados de cumplir las sentencias que emita la Corte en los casos en que son partes”, lo cual es indiscutido. Pero luego agrega: “…la jurisprudencia de la Corte no es una fuente autónoma del Derecho Internacional… No basta por sí sola para resolver una controversia”.

Destacó el profesor Correa que la acusación pretende fundar un (cargo de) notable abandono de deberes sobre la base de esta jurisprudencia, en circunstancias que el juez Vío Grossi sostiene la tesis contraria. No hay acuerdo entre los jueces de la Corte Interamericana ni en la doctrina sobre esta materia, y es difícil sostener un notable abandono de deberes sobre la base de una cuestión que es discutida.

Ahora, ¿hay un deber que emane de la jurisprudencia de la Corte Interamericana? Por cierto. La Convención Interamericana, en los siete casos que menciona la acusación, advierte en contra del otorgamiento indebido de beneficios que puedan eventualmente conducir a la impunidad. Pero la acusación salta de este enunciado general a la conclusión de que el otorgamiento de los beneficios en el caso chileno fueron indebidos. Eso supone que la Corte Interamericana ha dicho que es indebido el otorgamiento de beneficios en casos análogos al chileno, porque solo desde ahí se podría concluir que la doctrina jurisprudencial lleva a que son indebidos los beneficios que estamos juzgando.

Pues bien, los siete casos fallados por la Corte Interamericana de los cuales se desprendería que los beneficios otorgados en los casos chilenos son indebidos son los siguientes:

Caso Barrios Altos versus Perú. En este caso, los crímenes cometidos en ese barrio de Lima fueron juzgados por una jueza y, según tiene entendido el defensor, la misma noche que la jueza dictó sentencia condenatoria, se reunió el Congreso peruano y aprobó un proyecto de ley del Presidente Fujimori en el cual se otorgaba amnistía y prescripción. La jueza no lo aplicó, porque hizo prevalecer el estándar internacional de los derechos humanos y, al día siguiente, se reúne nuevamente el congreso del Perú y en otra legislación exprés vuelve a decir que esa legislación era aplicable a todas las violaciones a los derechos humanos. Ese es el beneficio que la Corte Interamericana llama "indebido" en el caso Barrios Altos versus Perú.

Caso Benavides Cevallos versus Ecuador. Es el asesinato sin juicio de Consuelo Benavides Cevallos, que no fue investigado por los tribunales del Ecuador, ni sancionaron a responsable alguno de estos hechos.

Caso Huilca Tecse versus Perú. En el proceso interno -dice la Corte- hubo obstrucción continua y falta de diligencia en el desarrollo de las investigaciones garantizando así la impunidad de los responsables.

Caso Rodríguez Vera y otros versus Colombia. Este es el caso de los secuestros ocurridos en 1985, en que entran a saco a la Corte Suprema colombiana y ocurren varias muertes. En este caso lo que la Corte considera indebido como beneficio

es que no se ha juzgado a algunas personas y, además, que los dos ejecutores materiales que habían sido condenados estaban en un regimiento gozando de la más plena libertad e, incluso, haciendo uso de mando sobre los subordinados. La corte llama indebidos esos beneficios carcelarios, o sea, estar en un regimiento ejerciendo el mando con completa libertad y comodidad y no en un recinto carcelario.

Indulto a Alberto Fujimori. Se trata del indulto concedido al jefe de Estado bajo cuyo mando se planificaron y se llevaron a cabo masivas violaciones a los derechos humanos. No hablamos de un suboficial, como en la mayor parte de los casos de estas siete personas (amparadas por la Corte Suprema). ¿Qué dice la Corte Interamericana? Ni siquiera establece que se prohíba dar un indulto, sino que al revisar el indulto –que borra la pena en caso de aplicarse– el tribunal correspondiente debe verificar que se cumplan rigurosamente todos y cada uno de los estándares que justifican el otorgamiento de un indulto humanitario por razones de salud. Sería indebido otorgar un indulto si es que (el condenado) no está con las enfermedades que se dice que tiene. Ese es el otorgamiento indebido.

Caso Gómez Paquiyauri versus Perú. El presunto autor intelectual había sido exonerado de toda responsabilidad. Uno de los autores materiales había sido condenado a 18 años y había obtenido beneficios a los dos años. O sea, un noveno de la pena. El otro había sido condenado a 6 años y había obtenido el beneficio al año de cumplir la pena. ¿Qué es lo que la Corte Interamericana señala como indebido? No juzgar al autor intelectual de esos crímenes y otorgar beneficios al cabo de un noveno y de un sexto de la sentencia.

Caso Manuel Cepeda versus Colombia. Personas condenadas a 43 años de cárcel obtienen beneficios a los 10 años, después de que se les rebajan las condenas. O sea, estamos hablando del cumplimiento de la cuarta parte de las condenas. Además, en este caso, mientras estas dos personas cumplían las condenas, fueron sacados por agentes del Estado de sus recintos carcelarios y cometieron un nuevo homicidio, al margen de todo proceso. Esas personas habían servido a los servicios secretos cometiendo delitos de lesa humanidad y los volvieron a cometer mientras estaban en la cárcel. Todo indica que lo que recibieron de beneficio fue un premio por haber cometido una nueva violación de los derechos humanos.

Tales son los siete casos citados en la acusación en los cuales la Corte Interamericana advierte sobre beneficios indebidos. ¿Podemos colegir de esos casos que el derecho internacional de los derechos humanos, que la jurisprudencia de esa Corte llamaría indebidos a los beneficios otorgados a personas que son ejecutoras materiales de un episodio –en un caso de tres episodios– y que han cumplido la mitad de sus condenas? No lo sabemos. Podría ser, pero lo que no se puede decir es que la doctrina de la Corte Interamericana establezca que es un deber no otorgar beneficios al cabo del cumplimiento de la mitad de la condena. Eso no se puede decir, pero la acusación se funda en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido aquello como un deber, que los ministros acusados habrían abandonado notablemente. ¡Eso no es efectivo! Así de claro.

Añadió el profesor Correa que hay un error lógico en la argumentación de los acusadores, pues es cierto que la Corte Interamericana ha dicho que no se deben otorgar beneficios indebidos. Lo ha dicho a propósito de los casos de abierta impunidad que se han descrito, o en el caso de penas irrisorias de las que se han beneficiado (los condenados) al cabo de cumplimientos mínimos. Pero no se puede afirmar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana haya dicho que los beneficios otorgados en los casos chilenos son indebidos. Y no hay un deber incumplido mientras no se encuentre un fallo de la Corte Interamericana que diga, en un caso análogo al chileno, que el beneficio es indebido.

No obstante la acusación dice, en las páginas 73 y 89, que la Corte Interamericana hace “perentoriamente obligatorio” el Estatuto de Roma. Pues bien, el abogado señor Harasic citó lo expresado por la Corte Interamericana sobre el Estatuto de Roma: que los estatutos de los tribunales penales internacionales únicamente regulan el otorgamiento de beneficios en la ejecución de la pena. O sea, se falta a la verdad. La Corte Interamericana ha dicho precisamente lo contrario.

Finalmente, se refirió al ejercicio de ponderación que la acusación imputa a los ministros de la Sala Penal no haber efectuado. Señaló que ponderar es sopesar el peso relativo de dos bienes: la resocialización de la pena, por una parte, y la justicia del caso y la proporcionalidad de la pena, por otro. Pero ponderar es, además, un ejercicio muy difícil, que supone juzgar si la pena es proporcional. Es un ejercicio muy complejo, con un alto nivel de discrecionalidad. ¿Podemos decir que hay notable abandono de deberes si no compartimos el juicio de proporcionalidad y el juicio de ponderación que hacen los jueces? No, porque eso es una tarea de la judicatura.

Un segundo estándar internacional que los ministros acusados habrían incumplido es el que supuestamente emana del Estatuto de Roma. Esto es un error manifiesto. El Estatuto de Roma, desde luego, está considerado largamente en la sentencia (de la Sala Penal). Dice: “(...) sin perjuicio de lo anterior, conviene aclarar que aun cuando el párrafo 3° del artículo 110 del Estatuto de Roma establece restricciones para la reducción de la pena a quienes hayan sido condenados, entre otros, por crímenes de lesa humanidad (...) por la Corte Penal Internacional (...)”. Entonces, ¿está abandonado el deber de considerar el Estatuto de Roma? No. El Estatuto de Roma está considerado en las sentencias.

¿Cuál es la acusación posible? Que se hace una aplicación puramente nominal de él para eludirlo. Veamos si ello es efectivo. Lo primero que aprendemos los abogados es que las normas tienen que interpretarse conforme a su lenguaje, y la Convención de Viena recoge este principio en el artículo 31, número 1. Pues bien, el lenguaje del Estatuto de Roma dice: “Solo la Corte podrá decidir la reducción de la pena”. ¿De qué penas? De las penas impuestas por ella, pues. O sea, es una regla que, en su lenguaje inequívoco, manifiesto, claro, está destinada a ser aplicada por el Tribunal Penal Internacional, para las personas condenadas por el Tribunal Penal Internacional.

Por lo tanto, ¿quién puede obedecer o desobedecer esa norma? El Tribunal Penal Internacional. ¿La pueden desobedecer los jueces chilenos, a propósito de las sentencias que ellos dictan? No, porque es una regla destinada a ser aplicada por la Corte Penal Internacional, para los casos de la Corte Penal Internacional. Esto, que es obvio, lo dice la Corte Interamericana: Los estatutos referidos a tribunales penales internacionales únicamente regulan el otorgamiento de beneficios en la ejecución de la pena por esos mismos tribunales. O sea, el Estatuto de Roma tiene aplicación para el Tribunal Penal Internacional. El Estatuto de Roma no es un tratado de derechos humanos, es un estatuto para sancionar las violaciones a los derechos humanos, y establece reglas para ese tribunal. ¿Puede decirse entonces que se vulneró el Estatuto de Roma? ¡No, pues!

Ahora, ¿podría considerarse que el Estatuto de Roma establece criterios que Chile debiera seguir? ¡Sí, por supuesto! ¿Quién? El legislador, pues. ¿Debieran seguir los jueces el derecho internacional de los derechos humanos, porque un estatuto dice que el Tribunal Penal Internacional no puede otorgar beneficios sino hasta (haberse cumplido) los dos tercios (de la pena)? ¿Puede decirse que los jueces chilenos, por esa razón, incumplieron un deber de manera notable, porque otorgaron un beneficio una vez cumplida más de la mitad de la pena?

Precisó el defensor que la práctica internacional de los países civilizados tampoco impide conceder beneficios. Así, el Tribunal de Núremberg, el Tribunal Penal de la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional, todos han otorgado beneficios. ¿Cuál es la práctica de los países civilizados? A la caída del muro de Berlín, veinte jerarcas condenados; Rumania, ninguna condena; Hungría, ninguna; los expaíses de Checoslovaquia, ninguna; Brasil, ninguna; Uruguay, ninguna. Sudáfrica, perdón a las violaciones a los derechos humanos a condición de que hubiera confesión plena y arrepentimiento claro.

Entonces, ¿podemos decir que estos jueces han violado un estándar internacional porque la práctica de los países civilizados es juzgar y condenar a personas que participaron materialmente en la ejecución de violaciones a los derechos humanos, en circunstancias que Chile es el único país del mundo que ha transitado a la democracia y condenado a 120 personas, que están en la cárcel de Punta Peuco? Ningún país ha juzgado y condenado a autores materiales, ha juzgado y condenado a los jerarcas, a quienes planificaron las violaciones a los derechos humanos. Pues bien, estos jueces (los acusados) juzgaron a esas personas, las condenaron y les otorgaron beneficios una vez cumplida la mitad de la pena.

La pregunta no es si lo hicieron bien o mal. La pregunta es si violaron un estándar internacional de derechos humanos; y la única respuesta posible es no. Así lo dice el juez Robertson, del Tribunal Especial de Sierra Leona: “(...) el desarrollo del derecho internacional solo permite sostener que lo que se encontraría prohibido sería el perdón a los que concibieron y planificaron las conductas, pero no a los meros ejecutores”. Ese es el estándar internacional, ni más ni menos.

En definitiva, y como conclusión, no hay un deber que se pueda extraer del derecho internacional de los derechos humanos, no lo hay en el Pacto de San José de Costa Rica, no lo hay en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para beneficios como los otorgados en Chile, no lo hay en el Estatuto de Roma y no lo hay en la práctica internacional de los países civilizados. No hay deber que se pueda decir que estos jueces han incumplido. Podremos disentir de sus sentencias, pero eso es harina de otro costal.

Frente a este panorama internacional, ¿qué hay en el derecho interno? Hay un artículo 2° del decreto ley (N° 321), que se subraya que es de 1925, pero se olvida que ha tenido diez reformas desde 1990, en que rige la doctrina internacional de los derechos humanos, y ese estatuto, vigente en Chile, nos guste o no, establece que "todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, tiene derecho…". Y cuando una persona tiene derecho, el Estado tiene un deber.

Por lo tanto, el Estado tiene el deber de otorgar la libertad (condicional) siempre que (el condenado) haya cumplido cuatro requisitos, que son: haber cumplido la mitad de la condena, haber observado una conducta intachable, haber aprendido un buen oficio y haber asistido con regularidad al establecimiento educacional del recinto penitenciario. ¿Juzgan los jueces esos cuatro factores? No, les viene dado por un informe de Gendarmería. El Reglamento contiene otras cosas, pero este no rige por sobre la ley. Esos son los requisitos legales, los que los jueces aplicaron, bien o mal, pero ¿habría que decir que abandonaron sus deberes?

Por otra parte, ¿siempre es un derecho la libertad condicional? No. En el artículo 3° el lenguaje cambia, y para los casos de este artículo, en los cuales tienen que haberse cumplido dos tercios de la pena, el lenguaje es "podrán acceder a este beneficio…". ¿Se encuentra alguno de los casos que fundan la acusación entre los regulados por el artículo 3°? Sí, uno, pero (el solicitante) había cumplido el 80 por ciento

de la pena y no se le otorgó la libertad. Todos los demás estaban en el caso del artículo 2°.

Ahora, en el caso del artículo 3°, que exige haber cumplido dos tercios de la pena, están el homicidio calificado, el manejo en estado de ebriedad y el robo simple. Es obvio que acá hay una contradicción valórica (desde que no están incluidos los crímenes de lesa humanidad), pero esa contradicción valórica no es responsabilidad de las personas que (los diputados) están juzgando. Es el legislador quien debe equilibrar la proporcionalidad de las penas. Por ahora, lo que hay es que el secuestro nunca ha sido pasado al artículo 3°, sino que está en el artículo 2°.

¿Debieron los jueces desatender el artículo 2° y trasladar (los casos juzgados), por sí mismos, al artículo 3°, porque había un deber en el derecho internacional? No, porque no hay ningún deber en el derecho internacional. ¿Acaso, porque hay un criterio que podría estimarse razonable en el derecho internacional, porque ya el Estatuto de Roma lo fijó y, a lo mejor, hay una tendencia en ese sentido? Bueno, eso es opinable. Muchos dirán que un juez que hace eso, porque su sentido de justicia se lo reclama o porque es el comienzo de una tendencia en el derecho internacional, es un juez activista, porque ha dejado de aplicar la ley rigurosamente clara para aplicar sus principios o una tendencia que comienza en el derecho internacional; otros, lo aplaudirán. Está bien, pero ¿podemos decir que ese juez, que no aplica algo que no es un deber en el derecho internacional, que aplica la norma chilena que hasta hoy rige –no obstante las diez modificaciones que ha tenido en democracia–, abandona notablemente sus deberes? Esa es la pregunta que la comisión debe responder.

En ese panorama, hay 29 sentencias anteriores a estas siete (hoy cuestionadas), cuyos roles se acompañan para que puedan ser consultadas, en las cuales la Comisión de Libertad Condicional y la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema han otorgado el beneficio (de la libertad condicional). Alguien podría decir que aquí hay una desigualdad, porque esos 29 casos no fueron motivo de una acusación constitucional, pero el argumento es otro.

El argumento es que el derecho nacional es tan claro –y el derecho internacional todavía no establece un estándar y está (recién) comenzando un camino– que los jueces muchas veces otorgaron este beneficio, antes de los siete casos que ahora se cuestionan. De eso ha estado consciente el Congreso Nacional y, como lo llama la expresidenta Michelle Bachelet, es una deuda del Estado de Chile que hay que regular de otra manera, pero no se ha regulado. Eso dependerá de lo que pase en una Comisión Mixta. Hasta hoy, el derecho vigente es este y este derecho obliga a los jueces. El deber de convencionalidad no establece, claramente, un deber distinto o contradictorio con este y, por lo tanto, el deber de convencionalidad no puede conducir a desatender el derecho chileno, porque el derecho internacional está comenzando, a lo mejor, un camino en la dirección de fijar la regla de los dos tercios. Eso no se puede hacer; no es parte del deber de convencionalidad.

Pasando al segundo capítulo de la acusación, observó que al inicio del libelo acusatorio se imputa a los ministros afectados haber favorecido la más absoluta impunidad y haberlo hecho con dolo. Esa es la acusación que esta comisión debe recomendar que se apruebe o rechace.

Con el propósito de ilustrar sobre la gravedad de los hechos y la proporcionalidad de las penas y, por tanto, también de los beneficios, expuso algunos detalles de los casos resueltos por los ministros acusados, poniendo énfasis en la participación material que les cupo a los amparados, por considerar este aspecto esencial para juzgar si los beneficios otorgados son radicalmente injustos.

Precisó que los tres primeros (beneficiados), Felipe Luis Guillermo González Astorga, Hernán Ernesto Portilla y José del Carmen Quintanilla Fernández están acusados como autores del delito de secuestro calificado en la persona de Alonso Lazo Rojas. Estos hechos ocurrieron en noviembre de 1975 y la participación de todos ellos consistió –con algunas diferencias mínimas entre sí– en tomar parte –eran sargentos y cabo primero en la época de la detención– en los interrogatorios de la víctima y de su cónyuge, en cumplimiento de las órdenes de un capitán. Estas personas no estaban presentes –al menos, el primero de ellos, dice la sentencia– cuando la víctima fue asesinada. En ninguna de las condenas de estos tres casos participó el ministro Valderrama.

Subrayó los grados de mando de estas personas, pues no se trata de casos en los cuales se otorgó libertad (condicional) a personas que planificaron y que llevaron a efecto una política sistemática de violaciones a los derechos humanos, sino a suboficiales y cabos primeros que participaron en los interrogatorios y, probablemente, también en torturas. Dijo no tener claridad al respecto, pero sí (de que los amparados) participaron en los interrogatorios, que habitualmente en esa época incluían tortura, pero no estaban presentes al momento de su muerte.

El cuarto caso es el de Manuel Antonio Pérez Santillán, coronel de Ejército, condenado a cinco años y un día por el secuestro y posterior muerte de Eugenio Berríos, un agente de la DINA que, al parecer, ocupaba gas sarín para eliminar a sus víctimas y, para que no fuera juzgado, fue llevado a Uruguay. Dice el libelo acusatorio que Manuel Antonio Pérez Santillana, “en cumplimiento de una orden impartida por Ramírez Rurange, que a la sazón oficiaba como director de la DINA, para que conversara con Berríos, con quien tenía amistad, en relación a su conducta. Viajó en comisión de servicios a Uruguay y se entrevistó con Berríos, transmitiéndole las instrucciones que había recibido. Su conducta en relación al delito de secuestro constituye una cooperación a la ejecución dadas las particulares circunstancias de su viaje….”.

O sea, la participación de este sujeto fue ir a ver a Berríos y decirle que no volviera, que no confesara. Entonces, claro, participa cumpliendo órdenes en el encubrimiento del delito, y es condenado en razón de eso a la pena de 5 años y un día.

Gamaliel Soto Segura, cabo primero de Carabineros, que hoy tiene 72 años, estaba en la tenencia de Cunco, según la sentencia, en 1973. El cabo primero de Carabineros sacó al detenido del calabozo, lo golpeó y lo entregó a agentes de la Fuerza Aérea, que lo subieron a un helicóptero, del cual desapareció. Esta persona recibió 10 años y un día de condena. Es responsable de violación de derechos humanos, pero era un cabo primero, y los cabos primeros no sacan a los detenidos de los calabozos por iniciativa propia; lo hacen por órdenes superiores. En este caso, fue de un teniente, y lo entregó.

Los cabos primeros no sabían el día 14 de septiembre de 1973 cuál iba a ser la suerte de las personas que entregaban; a lo mejor, podían barruntarlo, pero no les era informado. Pues bien, esta persona recibió en primera instancia una condena de 3 años. El ministro señor Valderrama, junto a Carlos Cerda y un abogado integrante, le subieron la condena de 3 años y un día a 10, y ahora el ministro participó en otorgarle la libertad condicional al cabo de 5 años.

Cabe preguntarse si esto es completamente desproporcionado, si hay aquí impunidad. ¿Cuál es la pena proporcional para una persona que participa así: 3 años, como determinó el juez de primera instancia, o 10 años, como determinó el ministro acusado? ¿Puede salir al cabo de 5 años? ¿Hay notable abandono de deberes si se le concede este derecho que la ley chilena contempla?

Moisés Retamal Bustos, coronel de Ejército, condenado a 6 años y un día. Participó en el interrogatorio de dos víctimas uruguayas en 1973, cuando estaba en el Regimiento Ferrocarriles de Puente Alto. La sentencia no consigna que este coronel haya participado intelectual o materialmente en la decisión de trasladar a estos detenidos o en los hechos posteriores. Se les interroga, probablemente bajo tortura, y se les entrega posteriormente a otros agentes del Estado, que los hacen desaparecer. Este coronel no participó de la segunda fase, sino solo de la primera. Está condenado a 6 años y un día, tiene 68 años y había cumplido el 53 por ciento de su pena.

El último caso es el de Emilio Robert de la Mahotiere González, el copiloto del helicóptero de la caravana de la muerte. No hay antecedente alguno en los procesos que establezca que él haya participado en la tortura o en la muerte de alguna persona, pero su participación consiste en haber piloteado el avión que transportaba a los autores y, por lo tanto, se le ha juzgado y condenado como encubridor, porque facilitó la fuga de esas personas, suponemos, también cumpliendo órdenes.

Al respecto, destacó tres cosas. Primero, Emilio De la Mahotiere González no está libre. La sala penal de la Corte Suprema, los ministros acusados no le concedieron la libertad, sino que ordenaron que la comisión de libertad condicional revisara el caso. La acusación dice que los ministros otorgaron impunidad, pero si la comisión recomienda votar favorablemente esta acusación, van a acusar de haber otorgado impunidad en estos casos a ministros que no otorgaron la libertad a una persona, sino que ordenaron revisar el caso por la comisión de libertad condicional.

Segundo, en el caso de José Quintanilla Fernández, el ministro señor Valderrama votó en contra. La acusación lo incluye, pero si esta se acoge, lo acusarán de haber abandonado notablemente sus deberes por haber otorgado la libertad a José Quintanilla Fernández, en circunstancias que el juez individualizado votó en contra de esa libertad.

Tercero, ¿hay impunidad en estos casos? Se podrá decir que no hay proporcionalidad, que debieron haber sido condenados a más o menos años, etcétera; pero los jueces chilenos no están, como los jueces del Cadí, llamados a juzgar en el aire cuál es la proporcionalidad de los delitos, sino que aplican el derecho chileno y el derecho internacional cuando este ha establecido reglas claras, como es, por ejemplo, que no se puede aplicar la amnistía ni la prescripción respecto de un delito de lesa humanidad. Esa es una regla clara y los jueces que están acusados no lo han (dejado de aplicar) jamás.

Ahora, ¿qué es la impunidad? Es lo que señaló el abogado Davor Harasic[117] y de eso tienen que acusar a los representados, siendo que en cada uno de los casos mencionados hubo investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables; y habiendo estos cumplido entre el 52 y el 80 por ciento de sus condenas, se les ha otorgado el beneficio de la libertad condicional, que no es una libertad absoluta, sino restringida y condicionada. La persona no queda libre, queda arraigada, tiene que ir todas las semanas a la comisaría; tiene que ir todos los días a la cárcel, si es que no tiene un oficio o una actividad; y si incumple cualquiera de estas cosas, vuelve a la cárcel.

Entonces, no es necesario hacer largas excursiones jurídicas; no es necesario volver sobre la Corte Interamericana que dice qué es impunidad, sino que basta

---

[117] Citando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltó que para esta la impunidad es "la falta, en su conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares".

ir al significado común de la palabra impunidad (para concluir que en estos casos no la habido).

Finalmente, en su calidad de abogado constitucionalista, expuso el defensor algunas consideraciones sobre el instituto de la acusación constitucional.

Destacó que existe una larga discusión en torno a si se puede acusar o no (a los jueces) por el contenido de las sentencias. Quienes crean que no se puede, porque eso implica invadir las atribuciones judiciales, advirtió, tendrán que votar en contra (de esta acusación) y determinar que ella es inadmisible. Sin embargo, para que haya notable abandono de deberes, si se va a revisar el contenido de las sentencias, parece evidente y claro que, al menos, deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Tiene que haber un deber clarísimo, porque, si no es clarísimo, el acusador estará interpretando cuál es el deber y entonces estará atribuyéndose funciones judiciales. En este caso, no se sabe dónde está ese deber clarísimo. Hay una discusión al respecto en el mejor de los casos.

2. Ese deber tiene que haber sido abandonado notablemente, (pero en este caso) los jueces no abandonaron ese deber; para llegar a la conclusión que llegaron, razonaron según su buen saber y entender, el que a juicio del profesor Correa es bastante razonable, de los pactos internacionales.

3. Ese deber tiene que haber sido abandonado, en esta acusación, con dolo, o sea, con el torcido propósito de desatender (los ministros afectados) sus deberes. No en todas las acusaciones se exige dolo, pero en esta acusación sí, porque así lo dice el libelo acusatorio.

Entonces, cuando no hay un deber claro; cuando ese deber no es esencial al cargo, pero suponiendo que lo fuera dada la importancia de los derechos humanos; cuando este deber no aparece abandonado notablemente, porque afectar la responsabilidad internacional de Chile al fallar, como dicen los acusadores, no constituye notable abandono; cuando no hay una sola prueba del dolo que se alega, porque no se han presentado testigos en la comisión para acreditarlo, bien vale traer a colación lo expresado por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, quien dice que, si se interpreta demasiado ampliamente la noción de notable abandono de deberes, “vendría el Congreso a interferir en el ejercicio de sus órganos judiciales o contralores, en circunstancias de que se le ha privado expresamente de ejercer funciones judiciales.”. Por lo demás, lo dicen los tratados internacionales: debe evitarse la amenaza a los jueces, deben evitarse las influencias por cualquier motivo sobre ellos.

A partir de lo señalado, dedujo el defensor que aquí estamos ante un problema de interpretación y no de abandono (de deberes). Estamos ante un problema de (conocer) cuál es el deber y no lo tenemos claro.

Se refirió luego al artículo 76 (de la Constitución), que recoge lo que es la independencia judicial y que tiene un párrafo que prohíbe al Congreso Nacional revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales, el que en su opinión debe interpretarse correctamente. Observó que esta es una prohibición distinta a (la de) ejercer funciones judiciales o avocarse causas pendientes, por lo que debe dársele un significado diferente.

Reconoció que la acusación se defiende muy bien de no estar avocándose causas pendientes o ejerciendo funciones judiciales, porque (su eventual aprobación) no va a afectar lo ya fallado en la sentencia. Pero, ¿estará vulnerada la prohibición de revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones? Si revisar,

según la Real Academia de la Lengua, es someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo, y descartando que en este caso haya intención de corregir o enmendar los fallos dictados, ¿no hay un intento de reparación? Obvio que sí.

A lo largo de toda la acusación se dice que hay dos entes agraviados: los familiares de las víctimas de (violaciones a los) derechos humanos y el Estado de Chile, por el riesgo que corre su responsabilidad internacional. ¿Qué dice al comienzo la acusación? "Frente a estos graves hechos las diputadas y diputados firmantes estimamos que asiste a la Cámara de Diputados un deber ético e institucional ineludible de salvar el prestigio de la nación".

Entonces, ¿qué busca la acusación? Reparar un agravio y, obviamente, revisando los fundamentos de las sentencias. Luego, claramente incurre en lo que el artículo 76 prohíbe, que no es solo un problema de principios, de valores, de entender lo que es la independencia judicial, sino también un ejercicio semántico de su texto.

Señaló el defensor que en su contestación se exponen cuatro razones por las cuales debiera, además, acogerse la cuestión previa y pidió que se atiendan si la comisión decide entrar a ese punto, porque aquí no hay ni *ultima ratio*; hay invasión de la independencia judicial; no hay deberes abandonados y, por último, hay errores de tal envergadura en la acusación que hacen imposible sostener un debido proceso a partir de ella.

Terminó su alegato recordando que, hacia fines de los años 90, en materia de castigo penal a las violaciones a los derechos humanos, Chile presentaba un cuadro de virtual impunidad. Al margen de algunos autos de procesamiento, del descabezamiento de Carabineros por la investigación de algunos casos y, desde luego, de la condena a Contreras por el homicidio de Orlando Letelier, no había mayores condenas. Pero a la fecha eso, definitivamente, ha cambiado. Hay cerca de 350 exagentes del Estado que han sido condenados por sentencia ejecutoriada dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema. Más de 150 de ellos recibieron una condena de presidio efectivo y, a día de hoy, 120 se encuentran sirviendo condena en Punta Peuco.

Chile ha dejado atrás la impunidad. Lo ha hecho gracias, desde luego y en primer lugar, a la porfiada persistencia de los familiares de las víctimas de (violaciones a los) derechos humanos y de los abogados que las han acompañado; lo ha hecho, enseguida, porque esta generación de jueces, a diferencia de quienes los antecedieron, han decidido no aplicar ni la amnistía ni la prescripción y comenzar a saldar así la deuda en la que habían incurrido sus antecesores, quienes no pudieron o no quisieron escuchar a las víctimas y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos.

Afirmó que la actual sala penal de la Corte Suprema, integrada por los tres ministros acusados, ha tenido un papel central en poner término a la historia de impunidad; y lo ha hecho gozando de una independencia que ahora se ve amenazada por esta acusación. Por lo mismo, abogó por no acusarlos de haber facilitado la impunidad o de violar los derechos humanos.

****

3. DON **ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (SESION N° 5, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Inició su intervención señalando que el honor de representar la defensa del ministro señor Carlos Künsemüller conlleva una responsabilidad muy grande, a la vez que le causaba cierta pesadumbre ver a un hombre, con los méritos y, sobre todo, con las profundas convicciones que su representado ha demostrado siempre en pro de los

derechos humanos, ser objeto de una acusación que, con sus argumentaciones y la de sus colegas defensores, esperaba demostrar que carece de fundamento sólido.

Hizo presente que la llamada cuestión previa está formalizada también en su defensa escrita y que ella coincide sustancialmente con los argumentos que ha expuesto el abogado don Davor Harasic.

Agregó que el análisis pormenorizado hecho por el profesor Correa Sutil, sobre la competencia y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le permitirían reducir la extensión de sus observaciones relativas a ese punto, por lo que centraría su alegato en demostrar que, cualesquiera sean las condiciones adjetivas, las calidades que se puedan exigir para que la acusación sea declarada admisible o acogida, en el fondo los ministros recurridos y, particularmente su defendido, no han infringido ninguna disposición legal ni han incurrido en notable abandono de sus deberes, como lo exige el texto constitucional.

Planteó que es un error creer que los criminales condenados por delitos de lesa de lesa humanidad no pueden recibir ningún tipo de beneficios carcelarios o rebajas de pena, pues el propio Estatuto de Roma reconoce expresamente esa posibilidad. En un derecho penal liberal es, incluso, evidente el fin de resocialización de las penas en forma tal que, en la medida en que transcurre el tiempo y el fin de la pena, se comience la reinserción social del condenado. Ese es justamente el objetivo de las salidas diarias como beneficios intrapenitenciarios, las penas sustitutivas y la propia libertad condicional.

De los tribunales internacionales propiamente tales que han funcionado en la historia más reciente, los criminales condenados por los hechos acaecidos en la ex Yugoslavia, después de su dilución, e incluso los del terrible genocidio de Ruanda, han optado a beneficios carcelarios en (la forma de) libertades condicionales.

Más aún, el Primer Tribunal Penal Internacional propiamente tal que aplicó penas fue el Tribunal de Núremberg, formado por las cuatro potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial: Estados Unidos, la Unión Soviética, el Reino Unido y Francia, para juzgar a los principales responsables del eje --pero, que en la práctica, fue solo de la Alemania nacional socialista--, y con la facultad de aplicar cualquier pena, incluso, expresamente, la pena de muerte. En ese juicio hubo veintiún acusados, donde tres de ellos fueron absueltos, causando asombro en la opinión pública, porque no se esperaba que en un proceso de esta naturaleza hubiera absueltos, pero los hubo. De los dieciocho condenados, once fueron sentenciados a muerte y ejecutados, y quedaron siete condenados a penas de presidio de distinta duración: tres, a presidio perpetuo; dos, a veinte años de presidio; uno, a quince años de presidio, y uno, a diez años de presidio.

Pues bien, de esos siete condenados, tres fueron indultados; no se les concedió el beneficio de la libertad condicional, sino la libertad incondicional, esto es, se les dio por terminada la pena. Konstantin von Neurath, condenado a quince años de presidio, cumplió ocho años, fue liberado en 1954 y dos años después murió. A la época del juicio tenía 74 años y estaba muy mal de salud. En 1955, el almirante Raeder, el mayor por edad después de Von Neurath, y también con mala salud, cumplió nueve años de su condena a presidio perpetuo. Murió en 1960. En 1957, Walter Funk cumplió once años de su condena a perpetuidad y murió en 1960, tres años después de liberado. Los restantes cumplieron su condena: Hess, murió en prisión a los 92 años. Curiosamente, de los doce (dos) almirantes que fueron condenados, Raeder fue condenado a perpetuidad y cumplió ocho años; Dönitz, el sucesor de Hitler, fue condenado a diez años y cumplió los diez años completos.

¿Y quién concedió los indultos? La comisión de control aliado de ocupación en Alemania, compuesta por un representante de cada una de las potencias que formaron el tribunal y que tenían que actuar de consuno: los cuatro tenían que estar de acuerdo unánimemente para conceder este indulto, lo que indica que, incluso, el representante de la Unión Soviética, que fue siempre el más duro en la imposición de la sentencia, estuvo también de acuerdo en otorgar este beneficio, que no era tal en realidad, sino simplemente un indulto, una revisión de la totalidad de la pena. O sea, lejos de los dos tercios de la pena que exige hoy el Estatuto de Roma, y de los veinticinco años para los condenados a perpetua, porque esta es otra característica que no debe perderse de vista, y es que el Derecho Penal Internacional, lejos de haberse endurecido, se ha humanizado en las penas. El Estatuto de Roma prohíbe a la Corte Penal Internacional imponer la pena de muerte; solo le permite imponer la pena de presidio temporal hasta por treinta años y, en casos muy excepcionales, de extrema gravedad, puede imponer la pena de presidio perpetuo y, además, las penas de multa y decomiso.

La acusación que pesa sobre el ministro Künsemüller y sus dos colegas sostiene:

a) Que los acusados otorgaron el beneficio de la libertad condicional a varios condenados por el delito de secuestro calificado, que el Derecho Penal Internacional califica como delitos de lesa humanidad.

b) Que en esta clase de delitos el Derecho Penal Internacional prohíbe otorgar esa especie de beneficios a los condenados.

c) Que los principios y reglas del Derecho Penal Internacional en materia de derechos humanos son obligatorios en Chile, en virtud del artículo 5º de la Constitución Política.

d) Que --como conclusión-- los acusados habrían faltado a su deber de fallar conforme a derecho.

Entonces, resulta esencial (hacer) la distinción entre rebajas y beneficios. La reducción de una pena tiene por objeto o consecuencia remitir, rebajar parte de la pena impuesta o la totalidad que queda, o conmutarla –cambiarla-- por otra de menor severidad. O sea, su efecto es tener la pena por cumplida o sustituirla por otra y así modificar la sentencia que originalmente se dictó. Se concede en el derecho penal nacional a través de un indulto, generalmente por el Poder Ejecutivo; y en el derecho penal internacional, por el tribunal de esta clase que impuso la pena original.

En cambio, los beneficios son modalidades de cumplimiento o ejecución de una pena, que la hacen más llevadera; por ejemplo, la salida dominical, un régimen más amplio y generoso de visitas de la familia, etcétera. Los beneficios tienen por objeto, por una parte, estimular y premiar la buena conducta del condenado y, por otra, prepararlo para su retorno a la vida libre. No modifican ni la naturaleza ni la duración ni la magnitud de la pena.

Ahora, ¿qué es la libertad condicional? Claramente es un beneficio y no una reducción o rebaja de la pena. Conforme al decreto ley Nº 321, que la creó, no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado. Está sujeta al cumplimiento de ciertas obligaciones, desde luego, no cometer un nuevo delito, fijar domicilio y ocupación, presentarse a firmar periódicamente, etcétera, cuyo incumplimiento hace perder el beneficio y volver a prisión a cumplir el resto de la pena. Además, para obtener este beneficio hay que haber cumplido, como regla general, la mitad de la pena y, en algunos delitos, dos tercios.

Por su parte, el derecho penal internacional contempla las dos instituciones: el indulto y el beneficio. Así, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia dispone, en su artículo 27, que: “Las penas de encarcelamiento se cumplirán en un estado designado por el Tribunal Internacional de entre una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad que están dispuestos a aceptar a los condenados. El encarcelamiento se llevará a cabo de conformidad con la legislación aplicable del Estado de cumplimiento y estará sujeto a la supervisión de la Corte”, porque ese tribunal, como los demás tribunales internacionales, no tiene cárceles propias. Entonces, tienen que cumplirse las penas en los Estados que estén dispuestos a aceptar a los condenados.

Y el artículo 28 habla del indulto o conmutación de la pena, y dice: “Si conforme a la legislación aplicable del Estado en que la persona condenada está cumpliendo la pena de prisión, ésta tiene derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, el Estado interesado lo notificará al Tribunal Internacional. El Presidente del Tribunal Internacional, previa consulta con los magistrados, decidirá la cuestión de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”.

A su vez, el (estatuto del) Tribunal Penal Internacional para el terrible genocidio de Ruanda, en los años 90, contiene los artículos 26 y 27, prácticamente idénticos a los ya transcritos 27 y 28 del Tribunal para la ex Yugoslavia, haciendo la misma distinción entre la ejecución, que se rige por la ley local del Estado de cumplimiento, bajo la supervisión de la Corte, y el indulto o reducción de la pena, que es de competencia exclusiva del Tribunal o su Presidente.

Finalmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional sigue la misma línea de los anteriores, distinguiendo entre las dos cosas. Pero (en la acusación) solo se ha mencionado y analizado el artículo 110, lo cual es un error, porque el artículo 106, que se titula “Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión”, establece, en su inciso primero, que “La ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”. Su inciso segundo, en tanto, que es muy importante porque la Corte Internacional no tiene celdas propias, sino que tiene que encargar la ejecución (de la pena) a un Estado que la acepte, establece que: “Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución, por el Estado en que se esté cumpliendo la pena, y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso –agrega--, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el estado de ejecución”.

En cambio, la reducción, rebaja o indulto de la pena está reglamentado en el artículo 110, que es el único que se menciona en la acusación equivocadamente, pues en él se trata de una modificación de la sentencia en beneficio del condenado y no de un beneficio o modalidad más llevadera de cumplimiento. Solo en el caso del artículo 110 establece el Estatuto la atribución exclusiva de esta facultad para la Corte y la exigencia de que se hayan cumplido dos tercios de la pena y otros factores relevantes que también deben tomarse en cuenta, sin que se precise exactamente cómo influyen en la decisión. Este artículo 110 es inaplicable a los casos de simple concesión de beneficios carcelarios que no modifican la duración de la pena.

Observó el profesor Etcheberry que (en el libelo acusatorio) tampoco se ha considerado que el Estatuto de Roma está complementado, según sus propias disposiciones, por las reglas de procedimiento y prueba, que precisan esos aspectos en forma más exacta y detallada. ¿Y qué dicen las reglas de procedimiento y prueba? Sobre el cumplimiento de la pena, la regla 211 dispone, bajo el título “Supervisión de la ejecución de las sentencias y condiciones de encarcelamiento”, que “Cuando una persona

condenada tiene derecho a acogerse a un programa o beneficio carcelario, aplicable conforme a la ley interna del Estado de encarcelamiento, que lleve consigo el desarrollo de actividades fuera del recinto de la prisión, el Estado de ejecución comunicará de este hecho a la Presidencia junto con cualquiera otra información u observación relevante, a fin de que la Corte pueda seguir ejerciendo su función supervisora". O sea, no tiene que pedirle permiso ni solicitar aprobación de la Corte, sino informárselo debidamente para que la Corte pueda seguir supervigilando la actividad y el paradero de esta persona.

Resulta claro, de todo lo anterior, primero, que el Estado de ejecución no puede modificar la sentencia (artículo 105 del estatuto, inciso primero); segundo, que, en lo demás, la forma de ejecutar la sentencia se rige por la ley interna del Estado en que se cumple la pena; tercero, que ese cumplimiento se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos y, cuarto, que las condiciones de reclusión no serán ni más ni menos favorables que las aplicables a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución. Es decir, si los condenados locales pueden obstar legalmente al beneficio de la libertad condicional, también deben tener el mismo derecho los condenados por la Corte Penal Internacional. Se rechaza un régimen de privilegio para estos, pero igualmente un encarnizamiento punitivo que los diferencie desfavorablemente. Deben estar en las mismas condiciones.

¿Y cuáles son las normas generalmente aceptadas en las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos a los que se remite el estatuto para determinar el régimen carcelario? Las más importantes, por su universalidad y por la elevada jerarquía del organismo del cual emanan, son las ya citadas "reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", que fueron, en buena medida, analizadas por el profesor Jorge Correa, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención y tratamiento del delincuente, realizado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en sus resoluciones 663, del 31 de julio de 1957, y 2976 del 13 de mayo de 1977.

La regla más importante, para los efectos que nos ocupan, es la regla 60, que dice: Primero: El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto estas contribuyen a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. Segundo: es conveniente que, antes del término de ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social y eficaz.

Dichas reglas no contienen excepciones ni disposiciones especiales que se refieran a los condenados por delitos de lesa humanidad. En conclusión, el derecho penal internacional no solo no prohíbe el otorgamiento de beneficios como la libertad condicional, que no alteren la sentencia condenatoria a los condenados por delitos de lesa humanidad, sino que prevé especialmente su otorgamiento, y las reglas mencionadas en último término lo recomiendan especialmente.

La otra fundamentación de los acusadores, para denunciar el incumplimiento de deberes (por parte) de los jueces recurridos, es que al dictar los fallos objetados en materia de libertades condicionales, ellos han procedido contra la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Llama la atención que la acusación no señale como infringida ninguna disposición del Pacto de San José (de Costa Rica), cuando la Corte Interamericana fue formada (precisamente) para hacer respetar ese pacto. Sin embargo, se citan como infringidas las sentencias dictadas por la Corte. La razón radica en que esa convención no es un instrumento de derecho penal internacional, no contiene tipificación de delitos, no otorga atribuciones a la Corte para penalizar infracciones determinadas; no hay en ella asomo alguno de disposiciones relativas al cumplimiento o ejecución de las penas. Solo contiene el compromiso de los Estados que la firmaron de adecuar su legislación u otras medidas administrativas internas, para proteger adecuadamente los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre o pleno ejercicio.

En resumen, cuando alguien estima que la legislación interior que ha aplicado, por ejemplo, la judicatura de un país determinado, signatario del pacto, va en quebrantamiento del derecho garantizado en el pacto, entonces, puede recurrir a la Corte quien en su sentencia dispondrá, en primer lugar, si acoge la demanda, que el Estado debe adecuar su régimen interior a las disposiciones del pacto para hacer efectivo el respeto a los derechos y, en segundo lugar, que debe indemnizar a las víctimas de ese fallo injusto, dictado en atropellamiento de las garantías del pacto.

Ahora bien, la competencia de la Corte Interamericana, según los artículos 61, 62 y 63 del pacto, comprende los casos en que se alegue que la legislación o las autoridades de algún Estado quebrantan o no protegen con suficiente eficacia algunos de los derechos proclamados en él. Las sentencias dictadas obligan directamente a los Estados que fueron objeto de la reclamación, evidentemente. Los fundamentos, sin embargo, deben ser materia de consideración por las autoridades de otros Estados que no estuvieron envueltos en ese pleito, pero no le son directamente obligatorios porque no fueron parte en el asunto discutido y fallado, no pudieron hacerse escuchar, no pudieron rendir sus pruebas, etcétera. De manera que deben tomar nota de lo que se falló y hacer una comparación (para ver) si su sistema interno adolece o no de las mismas fallas que fueron objeto de esa sentencia.

Entonces, ¿por qué afirma la acusación que, al dictar los fallos objetados en materia de libertades condicionales, los jueces acusados fallaron quebrantando la obligatoria jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Para responder esta pregunta, citó el defensor los tres casos fallados por la Corte Interamericana cuyas sentencias habrían sido obligatorias para los ministros acusados.

Primero, el caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú, de 2004. Se dice, en el único párrafo transcrito en la acusación, que el Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios otorgados a Antezano y Vásquez, pero considera que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad.

Segundo, el caso Manuel Cepeda Vargas versus Colombia, de 2010. Sostiene el fallo que la Corte, en caso de graves violaciones de los derechos humanos, puede entrar a analizar la proporcionalidad entre tales violaciones de derechos y la respuesta del Estado. Considera que los Estados deben asegurar que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos, como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. El otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos. Este el caso en que los condenados lo fueron inicialmente a una pena de 43 años de prisión efectiva, la que posteriormente les fue reducida a 26 años y fracción, para terminar cumpliendo 11 años uno y 12 años otro.

Tercero, el caso Barrios Altos versus Perú, de 2012. La acusación transcribe un solo párrafo, muy semejante al citado precedentemente: Los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su poder de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos. Del mismo modo, el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos.

De toda esta argumentación que se acaba de reseñar, pueden obtenerse claramente dos conclusiones: a) Que en ninguna parte sostiene la Corte que, en el caso de condenados por delitos contra los derechos humanos, no proceda la concesión de beneficios carcelarios, sino al revés, admite su procedencia; b) Que, sin embargo, advierte a los Estados que los conceden y a las autoridades pertinentes de los mismos que deben cuidar, al otorgarlos, que ellos no se conviertan en una forma de impunidad.

Esa es la preocupación de la Corte, repetida casi textualmente en los tres fallos que han servido de base a la acusación: que el otorgamiento de beneficios no se vaya a convertir en una forma de impunidad. Pero esta segunda advertencia, señaló el profesor Etcheberry, adolece de la inevitable imprecisión de términos como (el vocablo) impunidad. Es evidente que ella concurre cuando hay ausencia absoluta de castigo, pero --razonablemente, a su juicio--, la Corte parece también entender que puede hablarse de impunidad cuando el castigo es levísimo o abiertamente desproporcionado con la gravedad de la falta. En este último caso, cuando se trata de beneficios carcelarios, hay que considerar que la pena respecto de la cual se conceden, ya fue fijada en la sentencia y no puede ser modificada por las autoridades que se pronuncian sobre la libertad condicional. Si (los beneficiados con esta) fueron condenados, como en varios de los casos fallados por los ministros acusados, a 5 años y un día, la Corte (Suprema) no puede ampliar o reducir esa pena. Tiene que atenerse, para conceder el beneficio, a la pena que está fijada en la sentencia.

Por otra parte, los requisitos para acceder a un beneficio, en este caso la libertad condicional, están ya prefijados en la propia ley. No señalando las referidas sentencias ningún criterio mensurador para diferenciar el plazo de cumplimiento de la pena que no significa impunidad de aquel que sí podría calificarse de lenidad o dispensa de pena, parece razonable tener en cuenta al menos dos criterios.

Primero, que para conceder un indulto o remisión de la pena, que es más liberatorio que una libertad condicional, el Estatuto de Roma exige haber cumplido dos tercios de la pena. ¿Qué porcentaje de la pena cumplieron los beneficiados con la libertad condicional que ha sido materia de la presente acusación? Gamaliel Soto, 54 por ciento; Pérez Santillán, 58 por ciento; Quintanilla, Portillo y Felipe González, 57 por ciento. Por tanto, les habría faltado, respectivamente, un doce, un ocho y un nueve por ciento del plazo exigido por el Estatuto de Roma para otorgar un indulto.

¿Puede hablarse de impunidad a raíz de la libertad condicional que se les otorgó? ¿No sería eso hacer de “impunidad” un sinónimo de cualquier beneficio que se otorgue a los condenados por delitos de lesa humanidad? Las propias sentencias de la Corte Interamericana que el libelo acusatorio cita no dicen eso, sino solo que al otorgar esos beneficios los jueces deben cuidar que ellos no lleguen a constituir una forma de impunidad. No dice que deben negarlo.

Segundo, el mismo Pacto de San José, entre los derechos humanos que proclama y que los Estados se obligan a defender, y por los que la Corte Interamericana debe velar, en el artículo 6°, inciso seis, dice: “6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”. Por su parte, las Reglas

Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, en su artículo 60, inciso 2, recomiendan, sin hacer distinciones entre las clases de delitos, que antes del término de la ejecución de la pena se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad, entre los cuales se menciona expresamente una liberación condicional bajo una vigilancia que no debe ser entregada a la policía.

En suma, la acusación constitucional plantea dos cargos graves a los ministros cuestionados: primero, que dejaron de aplicar normas obligatorias de derecho penal internacional, que debieron ser aplicadas dentro de la única interpretación posible de las mismas; y, segundo, que esta desaplicación la hicieron de forma deliberada y consciente, esto es, a sabiendas de que estaban dejando de aplicar el derecho que estaban obligados a aplicar.

Al respecto, concluyó el defensor que no hay antecedente alguno que avale tan agraviante afirmación, que atribuye gratuitamente a los ministros acusados el dolo propio de graves delitos contra la administración de justicia y que ni siquiera se pretende acreditar con algún elemento probatorio.

Observó que, además, en la acusación se lee textualmente que las penas para los condenados a cinco años y un día, o a diez años y un día, son irrisorias y que concederles la libertad condicional es otorgarles la más absoluta impunidad. Estimó que tal calificación, cuando se han cumplido, como en este caso, casi tres años de una pena de cinco, o cuatro años y tanto de una pena de diez, no corresponde; y que las personas que dicen eso lo hacen porque nunca han estado presas, sobre todo en una cárcel chilena. Citando un poema de Oscar Wilde, dio a entender que, para los reclusos, un día en la prisión puede parecer una eternidad.

Luego, propuso hacer el siguiente ejercicio: supongamos que una persona está condenada a diez años y, cuando lleva cumplidos cuatro años, como fue el caso de Gamaliel Soto, se descubre un hecho nuevo que acredita irrefragablemente que el condenado está cumpliendo una sentencia injusta. Esa persona es puesta en libertad y pretende que se le indemnice por los años que estuvo ahí injustamente. ¿Podría alguien refutarle afirmando que recibió una pena irrisoria y que quedó prácticamente en la impunidad porque no estuvo más de cuatro años recluida?

Sin tener más que agregar respecto del fondo de la acusación, hizo presente que en la contestación escrita se acompañan documentos muy importantes, que se refieren a los antecedentes del ministro Carlos Künsemüller, quien es una estrella muy brillante en esa constelación de abogados de los que fue profesor, afirmó, y entre los cuales destacan, por dar otros nombres conocidos de todos, José Zalaquett, José Miguel Vivanco y varios más.

Añadió que el ministro Künsemüller llegó a la Corte Suprema no a través de la carrera judicial, sino del cupo para abogados que proceden del mundo del ejercicio profesional, en el cual su defendido formó parte desde el comienzo del originalmente llamado Comité Pro Paz, organizado por el arzobispado de Santiago, que luego dio paso a la Vicaría de la Solidaridad. En su desempeño como miembro de la Corte Suprema ha redactado sentencias en casos muy importantes de derechos humanos y, en general, ha tomado parte en más de 200 de estos casos en los que ha concurrido con su voto y jamás ha aplicado ni amnistía ni prescripción ni media prescripción.

Consideró imposible pensar que una personalidad de esa envergadura, de ese valor, se haya transformado a estas alturas de la vida en una especie de prevaricador que deliberada y conscientemente procura la impunidad a personas condenadas (por graves violaciones a los derechos humanos) al otorgarles la libertad

condicional y, con las argumentaciones expuestas, dejó entregado al superior criterio de la comisión el destino que pueda seguir esta acusación, la cual tildó de ligera, superficial e infundada.

****

iii. **INTERVENCIONES DE LOS ABOGADOS SUGERIDOS POR LAS DEFENSAS DE LOS TRES MINISTROS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA AFECTADOS.**

Para concluir, se transcriben las ponencias de los abogados expertos propuestos por las defensas de los referidos tres ministros de la Excma. Corte Suprema:

1. DON **SERIGO MUÑOZ GAJARDO (SESIÓN N° 6ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018)**.

Precisó que se debe comenzar con ciertos antecedentes. Son hechos pacíficos y no discutidos que desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1990 se violaron en Chile los derechos humanos y la jurisdicción hizo poco o casi nada al respecto.

La investigación de las violaciones a los derechos humanos se llevó adelante en forma sistemática por los tribunales, con mayores resultados a partir de 2000.

La sanción, en algunos casos, ha sido con bajas penas, atendida la gravedad de las faltas, y en la tarea por establecer verdad, justicia y condenar a los culpables por tales violaciones a los derechos humanos las familias y las organizaciones de las víctimas han sido fundamentales.

Sin embargo, aclaró que la materia que les ocupa hoy es otra.

En primer lugar, la procedencia de acusar constitucionalmente a tres ministros de la Corte Suprema por las sentencias que ellos han dictado, en las cuales concedieron la libertad condicional a siete personas condenadas por violaciones a los derechos humanos y no aplicaron el estándar de control de convencionalidad que exigía el caso, todo esto según los que sostienen la acusación.

Su exposición se referirá al primer punto: procedencia de acusar constitucionalmente a tres ministros de la Corte Suprema por las sentencias dictadas.

También es un hecho pacífico en la doctrina actual que la interpretación de la Constitución o la Carta Política debe ser unitaria, sistemática, de buena fe, con efecto útil, progresiva y conforme al objeto y fin de la Carta Política, integralmente considerada en armonía con cada una de sus disposiciones.

Sostuvo que solo hará referencia a dos de esos elementos. El efecto útil es el que se refiere a que las disposiciones de la Constitución deben tener un sentido, y por ello corresponde interpretar cada una de sus normas literalmente, conforme al elemento gramatical, pero también de una manera que estas tengan un efecto que sea efectivo, útil, conveniente a lo que es progresiva, el estándar que la sociedad está exigiendo en el devenir que está viviendo, en la realidad de hoy, no en la realidad de cuando fueron dictadas las normas.

En la reglamentación básica del Estado se puede señalar que Chile es una República democrática, todas las personas son iguales en dignidad y se les debe

prestar igual garantía en la vigencia efectiva de sus derechos. Los ciudadanos y sus autoridades están sujetos a las responsabilidades que determinan la Constitución y la ley. Actualmente, en los estados existe una coordinación de funciones, con pesos y contrapesos en el ejercicio de sus funciones por medio de controles intraórganos e interórganos. No hay lo que se denominó una separación rígida de poderes, sino que es la coordinación funcional –se señala- de todas las actividades y competencias dentro de las autoridades, y por ello existen los pesos y contrapesos, y también los controles interórganos.

Expresó que hay que destacar tres instituciones constitucionales:

El juicio político a los jueces de la Corte Suprema es totalmente plausible y legítimo dentro de la Carta Fundamental, y así lo regula el artículo 52, número 2) de la Constitución Política de la República. La función jurisdiccional ordinaria ha sido radicada exclusiva y excluyentemente en los tribunales. Por ello, la facultad de conocer, resolver y ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales.

Ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional pueden, en caso alguno, ejercer funciones jurisdiccionales, abocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Los jueces de la Corte Suprema, en tercer lugar, son personalmente responsables de los delitos que establecen el Código Penal y las leyes especiales. Esto lo regula el artículo 79 de la Carta Fundamental, en el entendido que los jueces en general son personalmente responsables de todos los ilícitos que cometan, y respecto de la Corte Suprema, los jueces y su responsabilidad la determinará la ley.

En la aplicación de la normativa constitucional, corresponde detenerse en la historia del artículo 79 de la Carta Política. Es por ello que se debe recurrir en primer término a la sesión de 28 de abril de 1871 de la comisión revisora del artículo 75 de lo que será la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, que luego pasó a ser el artículo 159 y que es el actual artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales.

¿Qué se dijo en esa discusión? El comisionado señor Lira advirtió que era necesario establecer una disposición que declarase a los ministros de la Corte Suprema exentos de responsabilidad por el crimen de torcida administración de justicia y por falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, puesto que en sesiones anteriores se había acordado que toda sentencia de dicho tribunal se presumía, de derecho, verdadera, justa y en todo conforme a las disposiciones de la ley. Es lo que se denomina el efecto de cosa juzgada, y lo que determinan los tribunales es el sentido que tiene la ley y no otro.

Luego, el señor Campillo indicó que convendría redactar ese artículo consignando la idea de que, por no ser admisible una serie indefinida de apelaciones, es preciso un tribunal cuyas sentencias no puedan ser revisadas por otros, y que ese tribunal es la Corte Suprema. Se acordó redactar la disposición en ese sentido.

En sesión de 4 de mayo de 1873, la comisión acordó agregar un inciso al artículo 159, el cual exceptúa a los ministros de la Corte Suprema de la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento de la denegación y torcida administración de justicia. Se agregó, en aquella misma sesión, el segundo inciso, que fue propuesto por el Presidente de la República y que hace excepción a lo que se ha indicado, pero que deja solo sujetos al Código Penal a los ministros de la Corte Suprema. De esa manera, en el Congreso, quedó acordado y redactado totalmente el artículo 159.

Posteriormente se hicieron muchas observaciones, pero ninguna llegó a alterarlo. Esto es textual, tomado del libro de don Manuel Egidio Ballesteros, redactado en 1890, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

¿Cuál fue la historia siguiente del artículo 79 de la Carta Fundamental? Durante la discusión de esta norma, don Alejandro Silva Bascuñán planteó si era constitucional o no la norma del artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales, por cuanto excluía de responsabilidad a los ministros de la Corte Suprema. Se produjo una discusión y, en ese sentido, se llegó a establecer que no existe contradicción entre la norma constitucional y la norma legal, pero para todos los efectos se redactaría un inciso segundo, que regularía expresamente esa materia, dejándola entregada a la ley. La de los jueces es abordada en general en el inciso primero y la de los ministros de la Corte Suprema en el inciso segundo.

En las vicisitudes que pasan entre la comisión de estudio de la nueva Constitución y el Consejo de Estado, se reguló indistintamente la excepción en la Constitución, pero después se prefirió que fuera la ley.

¿Cuál es el alcance de la acusación constitucional? Se discute, y específicamente se señala, que existirá un artículo 52, número 2), y un inciso segundo, que señala: Si se tratara de los magistrados de los tribunales de justicia, la acusación no procederá en caso alguno con respecto a los fundamentos y contenidos de sus resoluciones.

Como se discutió esta norma, después se acordó, a proposición del señor Bertelsen, que pasara esta idea a las normas precisas del Poder Judicial, en un inciso que dijera que los fundamentos y contenidos de las resoluciones de los tribunales solo pueden ser revisadas por estos.

Posteriormente, en el artículo 76 se hacen muchas proposiciones, pero se condensa en ellas las diferentes ideas que existían respecto de esa materia. Es por ello que se agregan en ese artículo varias frases a lo que era la Constitución de 1925. Primero, se sustituye la palabra “juzgar” por “conocer”, y se agrega “de resolver y hacer ejecutar los juzgados”, pero particularmente, en relación con el inciso que se decía que tenía la limitación, el artículo 52, número 2), se agrega “revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales”.

Algunas precisiones finales.

La revisión de los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales por autoridades distintas de los tribunales.

Precisó que esto le obliga a remontarse a lo que fue el establecimiento de la cúspide del Poder Judicial en todos los países, especialmente en Francia, de donde pasó a nuestro país, y también al recurso principal que tiene la cúspide, que es el recurso de casación en el fondo, y la forma en que fue entendido.

Los revolucionarios franceses estimaron que la creación de la ley y su interpretación debían estar radicadas en el Poder Legislativo, no en el Poder Judicial, y establecieron el tribunal de casación, que dependía del legislador por cuanto tenía la función de interpretar la ley de una manera armónica y resguardando que no se infringiera la ley por los magistrados.

Con el paso del tiempo, tanto el tribunal de casación como la cúspide del Poder Judicial quedaron radicados en el tribunal de casación, y el recurso de casación en

este. Es así como el primer objetivo del recurso de casación será controlar el modo como las leyes son observadas y aplicadas por los jueces.

Posteriormente, intentará obtener la uniformidad en la aplicación de la ley, para entenderse hoy que es la forma en que el Estado garantiza y hace realidad la garantía de la igualdad ante la justicia.

La competencia del tribunal igualmente sufre distintas modificaciones, pero hay una en la que me quiero detener.

Primero, había un efecto anulatorio, y posteriormente se señala que en realidad el recurso no tiene por objeto alterar lo resuelto. El recurso de casación, cuando es conocido por el tribunal de casación, revisa la declaración del tribunal, la sentencia, el fallo, pero no modifica lo resuelto, pero, igualmente, eso es revisión de la resolución judicial. Con ello, queda claro que la modificación de lo resuelto no es lo que hace a la revisión, sino que determinar el sentido, alcance y todo lo que han determinado los tribunales en su resolución. Por ello, en algunos casos, se habla del interés en beneficio de la ley y que lo puede interponer quien tiene a cargo la supervigilancia del buen comportamiento de los jueces, que es el Ministerio Público, institución que pasa a nuestro país.

En esta evolución se puede advertir que siempre se revisó el contenido, los motivos y fundamentos de la sentencia, siendo indiferente que lo hiciera una autoridad interna del Poder Judicial o una externa, como nació el Tribunal de Casación.

Es precisamente esta revisión la que no se permite a autoridades que no sean las jurisdiccionales en el ejercicio de determinada funciones por parte de esas autoridades.

Cualquier ciudadano en el país puede criticar, objetar, observar y tener un comentario por su libertad de opinión respecto de las sentencias judiciales. Lo que no se puede es, ni por el Presidente de la República ni por el Congreso, en el ejercicio de sus funciones, cualquiera de ellas sea, determinar el sentido y alcance de las resoluciones judiciales.

Esto lo señaló, porque, hasta donde está planteada la acusación constitucional, es exclusivamente en determinar el sentido y alcance de la aplicación de las normas de control de convencionalidad.

El otro aspecto del que hizo una reflexión, es que, con motivo de esta acusación constitucional, no se pueden afectar las garantías del debido proceso. Todas las personas tienen derecho a un juzgador independiente, imparcial y autónomo.

Pero no se quiere detener en eso, sino que en lo que se quiero detener es en que hay un efecto que, también, en cuanto a la acusación constitucional se produce, que es el que la doctrina denomina litis contestatio, cuando queda trabada la litis. La litis queda trabada cuando se le notifica al demandado o acusado o al requerido el libelo pretensor de la acusación. No se puede modificar con posterioridad la acusación. Esa es la acusación y a eso debe abocarse quien tiene que resolverla, no a otras cuestiones.

En definitiva, esta garantía del debido proceso también es aplicable a quienes ejercen jurisdicción, incluso en el juicio político.

La garantía del debido proceso tiene diferentes aspectos, pero me quiero detener en que no se puede variar, no se puede traer a colación un conjunto de hechos que no son imputables o que no han sido imputados a los acusados, como tampoco aquellos que corresponden a actos realizados por ellos, pero que no sustentan la acusación, por cuanto no forman parte del libelo acusador. No se pueden traer a consideración otros fallos de los mismos magistrados o contrastarlos con motivaciones o acusaciones en otros aspectos. Para ello, tendrían que haber sido oídos y, según entiendo, no lo han sido.

La presente acusación constitucional no puede constituirse en una cuestión potestativa de carácter político, en la cual la decisión determina los fundamentos que se expresan; es todo lo contrario, puesto que el rechazo de la desviación de poder impone que la verificación de los presupuestos que la sustentan es lo que fundan la decisión.

Si se llega a una determinación y se acomodan los fundamentos, se está desviando el poder por parte de quien corresponde efectuar la decisión.

Simplemente, para concluir, efectuó la siguiente pregunta. Se sabe que en Chile existe lo que se denomina la nulidad de derecho público, una acción que está en desarrollo y que ha comenzado desde fines de los años 70 hasta la actualidad, pero que no tiene los contornos muy precisos. Se podrá decir y preguntar, ¿es legítima la interposición de una demanda de nulidad de derecho público ante un juez civil, solicitando la invalidación de una determinación legal o constitucional del Congreso, por el solo hecho que los jueces deben ejercer jurisdicción respecto de toda demanda de nulidad y no se pueden excusar de tramitarla y resolverla?

En realidad, es lo mismo que pasa con esta comisión o con la atribución del Parlamento en relación con la acusación constitucional. Si la norma constitucional le dijo que la responsabilidad personal de los jueces de la Corte Suprema la determinaría la ley y la ley la determinó en el artículo 324, en cuyo inciso segundo los exceptúa de la falta de observancia de las leyes del procedimiento y lo que es la denegación o torcida administración de justicia, estimó que los ministros de la Corte Suprema no pueden ser pasibles de ser requeridos por una acusación constitucional por la forma como hayan dictado sus sentencias; por cualquier otro motivo, sí.

****

2. DON **MILTON JUICA ARANCIBIA (SESIÓN N° 6ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018)**.

Expuso que trabajó 52 años en el Poder Judicial y cesó sus funciones a partir del 25 de junio del presente año. Por lo tanto, tiene una experiencia vivencial del desarrollo del Poder Judicial desde el gobierno de Salvador Allende, todo el período de la dictadura horrorosa que les tocó vivir y todo el período, hasta este año, de la democracia.

Por lo tanto, su vivencia, su experiencia, sus conocimientos están relacionados con lo que fue y ha sido la conducta que se le atribuye al Poder Judicial en torno a la defensa de los derechos humanos, que, por supuesto, en gran parte de este período que recorrió, fue nula.

Pidió excusas, porque muchas de las cuestiones que señalará tienen una autorreferencia, porque fue participe o testigo directo de lo que ocurrió.

Opinó que ciertamente, el gobierno de la dictadura no tuvo contrapeso desde el punto de vista del Poder Judicial, nadie lo puede discutir. Tuvo 17 años para actuar con plena autonomía, sin que pudiera tener alguna molestia de las decisiones jurisdiccionales, salvo pequeñas y honrosas excepciones que detallará. En general, el contrapeso que podía tener el Poder Judicial frente a las ofensas de los derechos humanos, fue nula durante el período de la dictadura. Lo fue, porque la Corte Suprema aceptó el régimen de Pinochet, lo ayudó muchas veces y, naturalmente, propició y aceptó reformas que le restaron una competencia, que pasó a ser, primeramente, de los tribunales militares en tiempo de guerra, que funcionaron en nuestro país, sin injerencia, ya que la misma Corte Suprema se autoimpuso no insistir y no intervenir en los consejos de guerra, y eso es histórico.

Posteriormente, con los períodos más críticos de la dictadura, fue aumentando la competencia de los tribunales que asumieron el total control de las causas criminales que derivaban, naturalmente, de los graves atentados a los derechos humanos: homicidios, secuestros, violaciones, expulsiones y torturas. Todo eso quedó en el dominio de los tribunales de justicia.

Recordó que fue relator de la Corte Suprema durante diez años y conoce todo lo que pasó en esa época. Estuvo desde 1980 hasta 1989, o sea, hasta el inicio de la democracia. Por lo tanto, durante el mandato del ministro de Justicia, señor Rosende, la política del gobierno era designar jueces totalmente afines a la dictadura, que aseguraran que la dictadura no iba tener ninguna dificultad en el tiempo de la democracia o de transición, como se le quiera llamar.

Por tanto, era difícil pensar, ni siquiera en democracia, que pudiera haber una posibilidad de atender las demandas de la sociedad chilena respecto de la investigación y condena de los delitos de lesa humanidad. Eso fue responsabilidad –y lo dijo claramente-, no de esta Corte Suprema, no de este Poder Judicial, sino de esa Corte Suprema y de ese Poder Judicial. ¡En democracia –salvo dos excepciones que mencionará-, nunca hubo una acusación constitucional por notable abandono de deberes, a pesar de todas las situaciones dramáticas que ocurrieron durante la dictadura!

Por ello, lo primero que llama la atención es por qué ahora, cuando el Poder Judicial ha asumido el compromiso de investigar y de reprimir todos los sucesos que ocurrieron en dictadura, se hace una acusación constitucional y no se hizo cuando correspondía, cuando todavía estaban vigentes aquellos actores del Poder Judicial que tanto daño hicieron a nuestra jurisdicción.

Rememoró que los dos únicos casos relacionados con delitos de derecho humanos fue la acusación constitucional entablada en contra de Cereceda, Beraud y Valenzuela, por el caso Chanfreau. La Corte Suprema había decidido traspasar la competencia de una ministra que estaba investigando y que había tenido resultados -la ministra Olivares-, a la Justicia Militar. Prosperó la acusación constitucional, únicamente con un ministro, Cereceda. No por el mérito de la resolución, sino porque esa corte se había demorado en fallar más del tiempo razonable. Po tanto, dejó vigente ese asunto.

Como era previsible, el caso Chanfreau fue a la Justicia Militar y, como era previsible, en la Justicia Militar fue sobreseída definitivamente la causa.

¿Qué pasó con el caso Chanfreau? Aquí viene, entonces, la cuestión del control de convencionalidad que, de alguna manera, se achaca en este caso respecto del Poder Judicial. El Poder Judicial fue el único órgano del Estado que aplicó el control de convencionalidad, tratándose de derechos humanos. Y lo expresó con toda seriedad: ¡Ningún Poder del Estado puede atribuirse haber hecho algo del control de

convencionalidad respecto de los atentados a los derechos humanos! ¡Nadie más lo hizo! Hubo proyectos, pero hasta ahí llegaron.

¿Qué pasó con el caso Chanfreau? En 2015 la Corte Suprema falló y condenó a los autores del desaparecimiento forzado de Chanfreau a la pena de diez años de cárcel, a cada uno de los partícipes del delito, con una sentencia ejecutoriada de sobreseimiento definitivo. Y aquí viene el control de convencionalidad: la Corte Suprema, a partir del caso Almonacid, empezó a aplicar el principio de convencionalidad, en orden a que la cosa juzgada establecida por tribunales militares no operaba dentro de un Estado de plena democracia, de un Estado de civilidad. Pasó a conocer el caso Chanfreau, a pesar de que tenía un sobreseimiento definitivo.

Por lo tanto, si fue altamente cuestionable lo que hizo la Corte Suprema -el trasladar- fue superado por los actuales ministros de la Corte Suprema, de la Segunda Sala; aquellos que están acusados actualmente son los que fallaron en la causa Chanfreau, condenando a los autores de esa desaparición forzada.

Expresó que se digan las cosas como son. Esto tuvo un largo recorrido para llegar a lo que se tiene actualmente, respecto de cómo están operando los tribunales en relación con los derechos humanos.

La democracia empezó a funcionar a partir de 1990, ¿pero se atendieron los casos de derechos humanos? Claro. Naturalmente, hubo buenas comisiones que investigaron atentados, pero un Presidente les dijo a los jueces: “hay que investigar en la medida de lo posible.” ¿Qué es eso? Puede ser lo imposible también; parecía decir que si era imposible, no se podía investigar. Aun así, se investigaron todos los sucesos.

Fueron los tribunales actuales, los que están sujetos a esta acusación constitucional, los que aplicaron el control de convencionalidad y los tratados internacionales de derechos humanos. La Ley de Amnistía dejó de operar para la jurisdicción a partir de esa fecha, recién en el año 2.000, con jueces más progresivitas, que vieron lo que estaba pasando en el país frente a la impunidad que operaba en cuanto a los derechos humanos. Así empezó, con pocos ministros, porque todavía quedaban remanentes de la dictadura, que costó mucho sacar. Tanto es así que, en 1998, hubo que ofrecer, de parte de la democracia, un subsidio, un estipendio a los que aún estaban para que se fueran y otros pudieran ser nombrados. Entonces, operó el sistema “uno por uno”. Soy un caso de ese sistema, pues en 1998 el Senado rechazó su postulación; en 2001, recién pudo ser ministro de la Corte Suprema, por el sistema “uno por uno”. Por tanto, había que tener una persona más progresista -a él se le atribuye y no sabe por qué,- menos progresista.

Aclaró que lo que quiero dar a entender es que el control de convencionalidad respecto de derechos humanos de Amnistía, en este país, es creación de la Corte Suprema o del Poder Judicial. Hasta ahora, se discute en el Congreso Nacional o se ha discutido políticamente sobre la necesidad de mantener la Ley de Amnistía, que está vigente, porque aún no ha sido derogada. Todavía se estudia en el Congreso Nacional y no ha llegado nunca una solución al respecto. La Corte Suprema o el Poder Judicial lo hicieron, aplicando el control de convencionalidad.

Para la prescripción, operó lo mismo. Insistió, para la cosa juzgada de aquellas causas que fueron sobreseídas definitivamente en la Justicia Militar, tampoco operó y esos procesos fueron reabiertos, entregados a los ministros en visita con estos resultados.

En consecuencia, si se analiza las cifras de los últimos tres años de la Sala Penal de la Corte Suprema, donde están acusados tres de sus ministros –incluso, podría haber sido él, porque también participé en el otorgamiento de algunas libertades

condicionales-, no es casualidad que en 2015 haya habido 51 fallos, con 119 condenados, que afectaba a 95 víctimas; en 2016, 58 fallos, con 121 condenados y 115 víctimas; en 2017, 34 fallos, con 104 condenados y 108 víctimas. No es casual que, en total, en los últimos tres años, esta Corte Suprema tenga 344 condenados respecto de 318 víctimas; esta Corte a la que se le tacha de procurar la impunidad de los delitos de lesa humanidad. Incluso, puedo ser testigo, porque empezó a trabajar en la Sala Penal a partir de 2012.

¿Alguien podría pensar que esta Corte Suprema ha incurrido en notable abandono de deberes respecto de los derechos humanos en nuestro país?

Dijo que quiere que le digan qué otra institución del Estado chileno ha hecho algo en esto; incluso, han luchado contra el Consejo de Defensa del Estado, que es un órgano del Estado, el cual, por supuesto, postula por la aplicación de los tratados internacionales respecto de la defensa de los derechos humanos. Pero no postula por cuestiones de prescripción de las indemnizaciones de las víctimas, y esta sala penal acusada, a partir de algunos años, 2013 o 2014 –algo así-, asumió todas las causas civiles relacionadas con los derechos humanos y todos los fallos fueron favorables a las víctimas y el Estado ha tenido que pagar ingentes cantidades de dinero.

Comentó que el Estado dice que dictó leyes de reparación, la Nº 19.123. El Consejo de Defensa del Estado dice que esas son las reparaciones que les dan y ellos contestan que no, porque la indemnización moral es mucho más que esa indemnización asistencial que se dio a las víctimas.

Por lo tanto, como primera cuestión, hizo presente la injusticia que representa esta acusación constitucional respecto de la situación de sus colegas y la suya propia, pues es partícipe de esto, en el sentido de atribuirle un notable abandono de deberes en relación con los derechos humanos cuando son los únicos que se las han jugado en este país para ello y con resultados positivos.

Finalmente, se refirió al tema de las libertades condicionales.

Es sabido que rige por el decreto ley, de 1925 -falta poco para que este cumpla 100 años-, en una sociedad naturalmente en que había mucha delincuencia, pero que esta se atribuía a la falta de trabajo de la gente o que no trabajara y a la falta de instrucción. Por eso es que se dicta este decreto, para motivar a las personas para que estudien y obtengan un oficio. No ha tenido grandes reformas este decreto ley, debió haberla tenido, porque no puede ser posible que exista una ley de esos años en esta época.

¿Cuál fue la gran modificación que, por lo menos, desde su punto de vista se hizo? Desde 1912, que judicializó la libertad condicional, porque esta dependía antiguamente de los seremi de Justicia que, por razones políticas, partidistas sostuvo. Lo dijo, porque participó en ese proyecto representando a la Corte Suprema y defendiendo el informe desfavorable de esta, pues sabían lo que se venía con esta ley y se quiso sacar esta responsabilidad del Ministerio de Justicia para entregársela a los jueces. Ellos advirtieron: “Miré, nosotros no estamos de acuerdo con esta ley, a menos que se legisle como debe ser en materia de ejecución de la pena, creando los tribunales de ejecución de pena.”. Hasta el momento no se ha hecho. Todas reformas de parche, pero no van al fondo de la cuestión.

La cuestión del cumplimiento de las penas es un tema vital en la sociedad chilena. Basta ver las cárceles como están. Pero es un tema molesto para la gente, no tiene muchos votos estar ahí metiéndonos con los reos. Eso se lo dijo un seremi de Justicia: “Mire, yo no doy, porque tengo intereses políticos, y si voy a dar una libertad condicional que después me va a afectar, prefiero no darla.”.

Contó que se lo dijo el ministro de Justicia con la ley de reducción de condena, en la que también una comisión de jueces determina si tienen o no derecho a la reducción de condena, y el ministro de Justicia tiene que firmar el decreto que reduce la pena. El ministro –no dijo quién es- no redujo la pena; vinieron los amparos y ellos lo obligaron a que redujera la pena. Él mando a un abogado, quien dijo: “Mire, el ministro no puede arriesgarse a reducir penas, porque los delitos son espantosos.”. Ellos dijeron que los jueces van a otorgar la libertad condicional, porque no actúan por fines políticos.

Recordó el escándalo que hubo en la primera tanda de libertades condiciones. En Valparaíso, cuando salieron cientos de personas en libertad condicional. Lo que nunca había ocurrido. Fue un escándalo Querían acusar constitucionalmente en ese momento a la sala penal, porque había otorgado esa libertad condicional, había estudios de acusar constitucional, pero estaban advertidos de que iba a tocar, de alguna manera, el tema de los derechos humanos. A partir de ese momento, hubo la posibilidad para que la Cámara de Diputados y el Congreso Nacional pudieran legislar y determinar qué pasaría con las libertades condicionales, pero no lo hicieron. Y lo pudo hacer más adelante, cuando se fueron reformando, cuando se dispuso en el artículo 3º aquellos casos excepcionales de los límites, de la mitad, dos tercios, en los delitos de violación de menores, en los delitos de control de armas, en la ley antidelincuencia corta, la Nº 20.931, que exigió los dos tercios para el delito de robo, y se discutió qué pasaba con los delitos de derechos humanos. Hubo algunos que lo dijeron, pero que no se atrevieron a legislar. Esa es la realidad. Ahí solucionaban el problema y dejan a la Corte Suprema entonces en esta estacada. A los diputados les corresponde decidir, y señaló que lo decidieron con pleno conocimiento, con un estudio profundo de cómo podían no afectar el derecho consuetudinario constitucional, el ius cogens.

En un alegato en el que fue contra la libertad condicional, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, está hablando de 2015, porque esto comienza ese año, cuando hubo más de 40 libertades condicionales que se otorgaron en esta situación. Le preguntó al abogado: “Dígame, por favor, usted habla en abstracto. Dígame qué norma, cuál es la norma que nos interesaría, porque si existe una norma verdaderamente plausible, la vamos a aplicar.”. Y les dijo: “No, no existe norma, pero el sentido general invoca que no se debiera dar.”. Y eso para los jueces no puede entrar, porque ellos están ligados dentro del principio de reserva, o sea, de observar la ley. Y eso así ocurrió y ha sido otorgada realmente no a todos si, como les digo, hay personas que tienen condenas por el resto de sus vidas.

Añadió que unta Peuco fue creada para una camarilla de dos o tres personas del caso Letelier, para Contreras. Hoy tiene más de 115 presos y ya Colina 1 está colapsada en esta parte; o sea, hay más de 200 o 300 personas privadas de libertad. ¿Eso es denegación de justicia? ¿Eso es impunidad en este sistema chileno? En realidad, la libertad condicional puede ser discutible, pero es injusto, pues resulta que anoto a 10 ministros de la Corte Suprema que tienen esta tesis, incluyéndose él, con algunos matices, pero se estudia el asunto. No es que salgan los jerarcas o los más involucrados. Son mandos medios, son personas que tienen una relevancia menor, cometieron un delito, y porque no existe una norma que diga que no se puede. Los diputados podrían haberlo hecho, tal como lo hicieron con la ley Nº 20.931, que la Corte Suprema, que es doctrina, aplica in actum. Aquellos condenados anteriormente por delitos de robo con violencia que tenían derecho a la fecha del delito a la mitad de la pena, no salen a la mitad de la pena, sino que con los dos tercios. ¿Por qué? Porque la Corte Suprema así lo dispuso y porque esta ley rige in actum, y eso se pudo hacer también respecto de la libertad condicional de las personas condenadas por derechos humanos.

Destacó que Hugo Dolmestch, a quien conoce mucho, y nadie puede decirle que sea una persona que fomenta la impunidad en los derechos humanos participó en el desafuero de Pinochet, en el procesamiento de Pinochet; en causas

relevantes en que era difícil trabajar en esa época; dio solución al caso Albania y ha tenido una conducta permanente en materia de derechos humanos.

Agregó que a Carlos Künsemüller lo conoce bastante, porque fue su compañero de curso. Contó al efecto que al primer día de la dictadura se reclutó en el Comité Pro Paz. Luego, en la Vicaría de la Solidaridad y fue defensor con el riesgo que significaba en la época de la dictadura ser defensor de aquellas personas perseguidas respecto del gobierno militar.

Indicó que habló porque le molesta y le duele, porque está involucrado y porque cree que esto es lo más injusto, cualquiera sean las consideraciones jurídicas que haya. Aclaró que no reprocha el uso de la herramienta correspondiente, pero recordó que en la época en que debieron haberse hecho las acusaciones constitucionales, hubo dos solamente. Una en el caso Soria y la otra en el caso Chanfreau, que en su opinión merecían la acusación constitucional en mérito, no por esta martingala de haberse demorado tanto tiempo la dictación de la sentencia.

****

3. DOÑA **CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA (SESIÓN N° 6ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018)**.

Inició su exposición señalando que espera poder contribuir sobre todo a aportar claridad acerca de los aspectos de la acusación en lo que es relevante el derecho penal internacional, que es el área de su especialidad.

Hizo hincapié que el asunto en el que se quiere centrar es el siguiente. Al estudiar la acusación se advierte que su lógica interna trata la conducta de los ministros acusados como un actuar contrario a derecho, del mismo modo en que es contrario a derecho el declarar la prescripción de crímenes de lesa humanidad o aplicar el decreto ley de Amnistía a crímenes de lesa humanidad, lo que impediría una condena de los responsables.

Estas dos últimas conductas han acarreado la responsabilidad internacional del Estado de Chile en el fundamental caso de Almonacid Arellano versus Chile, en 2006.

Esta confusión llega a tal punto que en un apartado de la acusación, en la página 76, primer párrafo, se relaciona expresamente la conducta de los ministros al otorgar las libertades condicionales con la aplicación de la prescripción o de la amnistía para crímenes de lesa humanidad, señalando que lo uno daría pie a lo otro.

Recalcó que lo que le gustaría poder explicar claramente es que esa lógica interna de la acusación es errada porque le falta distinguir algo que es determinante para lo que hay que decidir aquí. Este aspecto consiste en que mientras respecto de la prescripción y de la aplicación de derechos internos que impida una condena penal por crímenes de lesa humanidad, el derecho internacional provee reglas, vale decir, mandatos o prohibiciones expresas y concretas de actuación. Para los asuntos resueltos en los casos en los que se basa la acusación, en cambio, el derecho internacional no provee reglas, sino que lo que provee son principios y criterios, que solo mediante un ejercicio de interpretación dan lugar a reglas aplicables a casos concretos.

Así, prosiguió, de acuerdo con la regla sobre prescripción, los crímenes contra el derecho internacional no prescriben. De hecho, el derecho internacional nunca ha previsto ningún plazo de prescripción que pudiera ser aplicable a estas conductas cuya punibilidad arranca directamente del derecho internacional.

Como consecuencia de ello, cualquier resolución que declare prescrita la responsabilidad por ellos es contraria a derecho sin más, y ha sido la Corte Suprema la que permanentemente, desde hace ya varios años, ha dejado de aplicar por eso la prescripción.

Precisó que algo análogo ocurre con la aplicación de legislación nacional sobre amnistía, o en el caso chileno del criterio de amnistía, para conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad. Existen deberes jurídicos concretos para el Estado en el cual ocurren los delitos o eventualmente para el Estado en el cual está presente el imputado por esta clase de delitos, que consisten en investigar, juzgar y, de haber responsables, imponer un castigo por estos delitos.

Por lo mismo, no hay manera en que el Estado pueda lícitamente aplicar disposiciones de su derecho interno que impidan cumplir con estos deberes, y si es que los aplica, actúa en contra de derecho, y es por eso que la Corte Suprema, la sala penal, también por varios años de manera implacable, ha entendido que no ha de aplicar el decreto ley de Amnistía sin que haya habido modificación legal.

Pues bien, una diferencia jurídica relevante entre estos supuestos y el que les ocupa hoy es que para asuntos como la forma de cumplir la pena privativa de libertad en crímenes de lesa humanidad, que es lo que se discute en este caso, incluso en cuanto a la duración de la pena para crímenes de lesa humanidad, que es un asunto distinto, pero que la acusación relaciona en algunos puntos, el derecho internacional no da reglas, sino que entrega principios y criterios.

Esos criterios son los que en el sistema chileno corresponde ponderar al juez para llegar a una regla particular que aplique a su decisión. Si los poderes colegisladores estiman de justicia excluir algunos resultados posibles de esa ponderación, pueden hacerlo legítimamente legislando sobre el particular, pues lo que prima en el derecho internacional en estas materias es una cierta deferencia al derecho nacional, con el solo límite en cuanto a la forma de cumplir la pena privativa de libertad, que se apliquen las normas generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos, que no se les dé un trato ni más ni menos favorables que el aplicado a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución.

En suma, en estos asuntos el derecho internacional no ha llegado a un acuerdo sobre reglas por la gran disparidad de criterios que existen en distintos Estados sobre este particular.

Aseveró que el principio más relevante es que el modo de cumplir la pena privativa de libertad se rige por el derecho de cada Estado con las solas limitaciones del cumplimiento de normas generales sobre el tratamiento de los reclusos.

Esto es así no solamente cuando el derecho penal internacional es aplicado por los Estados, como en el caso que les convoca, sino que incluso también es así cuando es la Corte Penal Internacional la que condena como culpables a personas por crímenes de lesa humanidad.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, que crea un tribunal para conocer de los casos más graves a nivel global de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delito de agresión, en su artículo 106, número 2, dispone: “Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de reclusos. En todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución”.

El mismo principio, que las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución, ha informado a los estatutos de los tribunales creados para juzgar los crímenes más graves en contra del derecho internacional en las últimas décadas, como se constata al revisar el artículo 27 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, establecido para juzgar los crímenes cometidos durante la Guerra de los Balcanes, que comenzó a trabajar en 1993 hasta 2017. Lo mismo que el artículo 26 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, establecido para juzgar los crímenes cometidos durante la cruenta masacre sufrida por la etnia tutsi en abril de 1994, que se creó en 1994 y trabajó hasta 2015. Lo mismo dice el artículo 22, párrafo dos, del estatuto del tribunal especial para Sierra Leona, creado para conocer los crímenes cometidos durante la guerra civil en Sierra Leona entre 1999 y 2002, tribunal que trabajó entre 2000 y 2013.

Ahora bien, como esta normativa penal internacional invariablemente se refiere a condiciones de reclusión, que son las que se rigen por la legislación del Estado de ejecución, podría dudarse respecto de si faculta a los Estados a que apliquen disposiciones de su derecho interno que prevean, como parte de las condiciones de cumplimiento de una pena de reclusión, que esta se cumpla fuera de los recintos penitenciarios.

Sobre este asunto particular nos dan luces, indicó, las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, en particular la regla 2011, número dos, sobre cumplimiento de la sentencia, según la cual –citó- “cuando una persona condenada tiene derecho a acogerse a un programa o beneficio carcelario, aplicable conforme a la ley interna del Estado de encarcelamiento, que lleve consigo el desarrollo de actividades fuera de la prisión, el Estado de ejecución comunicará este hecho a la presidencia, junto con cualquiera otra información u observación relevante, a fin de que la Corte pueda ejercer su función supervisora. Esta regulación confirma que no está prohibida, sino que está expresamente prevista la posibilidad de que personas condenadas a penas privativas de libertad por crímenes de lesa humanidad obtengan beneficios que lleven consigo el desarrollo de actividades fuera del recinto de prisión, si es que ello está previsto en la legislación del Estado en el cual cumplen su pena.

A una conclusión análoga nos llevan las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas que se aplican también a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad, cuya regla 60, número 2, prevé como posibilidad de tratamiento de los reclusos que antes del término de la ejecución de una pena se otorgue una libertad condicional.

Todavía en el ámbito de los estándares internacionales, ya que en el presente asunto las personas a las que se les otorgó la libertad condicional están cumpliendo penas por secuestros calificados como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, es interesante revisar también lo que sobre el punto dice el informe sobre Chile del grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas e involuntarias, datado el 29 de enero de 2013.

Su párrafo 32 señala que: Varias personas condenadas por desapariciones forzadas han recibido beneficios y privilegios, tales como la libertad condicional”. Si bien el grupo de trabajo de desapariciones forzadas e involuntarias considera que todas las personas condenadas por la desaparición forzada tienen los mismos derechos que la población condenada en general, hay tres elementos indispensables que deben considerarse.

Por un lado, debe existir un debido control judicial de la concesión de cualquier tipo de beneficio. Además, debe considerarse la especial gravedad del delito al momento de evaluar la concesión de esos beneficios.

Finalmente, esgrimió que debe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios y los motivos particulares de la concesión en cada caso concreto.

Una vez más en este caso, que se refiere específicamente a la libertad condicional de desaparición forzada de personas en Chile, se nota la ausencia de una regla de prohibición, más bien se entregan criterios a considerar.

Lo que ha sucedido en los casos en los que se basa la acusación, es que los ministros han interpretado los criterios del derecho internacional de acuerdo a su parecer jurídico, considerando el derecho nacional, la legislación nacional, que es lo que como jueces de la república les corresponde hacer.

Por cierto, al tratarse de la interpretación de criterios puede defenderse una interpretación distinta a aquella a la que arribaron los ministros, pero lo que recalcó es que la discusión se mueve en un plano distinto de la contravención de reglas de derecho que, en este caso, no se ha dado. Con esta explicación, precisó que no quiere dejar la impresión de que no comparte la indignación de las personas por la impunidad que persiste en Chile, que a 45 años del golpe militar en el país no se tenga claridad acerca del destino de detenidos desaparecidos, que no haya condenas por el sistema de maltrato que operó en distintos lugares, por ejemplo, en Colonia Dignidad, que haya respuesta penal solo marginal para la responsabilidad de civiles en la dictadura cívico militar, que haya una respuesta solo marginal para la violencia sexual, que el mismo Estado reconoce que sistemáticamente amparó. Es algo profundamente indignante y que debe llamar a la acción decidida, seria y urgente de todos los poderes del Estado.

Pero, enfatizó que lo que corresponde distinguir aquí es que esa situación indignante es distinta del juicio jurídico sobre esta acusación. Y esta acusación por notable abandono de deberes es la que sobre todo por la razón principal que ha expuesto, en su criterio de especialista en derecho penal internacional, carece de mérito, pues no abandona notablemente sus deberes el juez cuya opinión jurídica en la interpretación de criterios difiere de otras posibles sin contravenir una regla jurídica.

****

4. DON **HÉCTOR SALAZAR**.**ARDILES (SESIÓN N° 6ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018)**.

Aclaró que viene en una doble condición a rendir su testimonio ante esta comisión: Como testigo de tres jueces ejemplares y como abogado, y, agregó, como profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público.

Expuso que se ha escuchado en estos días enjundiosas argumentaciones que buscan configurar lo que se llama la causal de notable abandono y todo el debate jurídico de una y otra posición para fundamentar sus asertos. Eso ya está indicando que el debate o que el asunto controvertido tiene variadas aproximaciones y conclusiones, y que por lo tanto no hay aquí una verdad absoluta. Sostuvo que los integrantes de esta comisión tienen que cumplir una función dentro de lo que es el proceso denominado juicio político, cual es establecer si la acusación que se formuló tiene mérito y sustento. Y tratando de colaborar en que se llegue, en su discernimiento político-jurídico, a decisiones correctas, emitirá algunas opiniones personales en las que solo se represento él mismo.

Recordó que van a ser 45 años desde que se inició, con el golpe militar, una dictadura. Hace 44 años que como abogado ha trabajado en el campo de la defensa de las personas que sufrieron violaciones en sus derechos fundamentales. Por lo tanto,

aseguró, se ha relacionado hace 45 años con el Poder Judicial. Dijo que estos 45 años de relación con el Poder Judicial tiene luces, tiene grises y tiene sombras, muchas sombras, y entiende la frustración que existe en nuestro país, porque no se ha alcanzado las cuotas necesarias de verdad y justicia a través de nuestros tribunales, transcurridos 45 años. Las víctimas y familiares han vivido ese vía crucis y ellos los han acompañado en él.

Por lo tanto, subrayó que se siente con autoridad moral para estar en esta comisión y hablar desde su experiencia. Pero primero comentó que quiere referirse brevemente, porque también es abogado y profesor de Derecho Constitucional, a algunos aspectos jurídicos del tema. Seguramente.

Indicó que pareciera haber consenso en que el fundamento de la acusación que se está conociendo parte de la forma cómo los acusadores, o quienes presentaron la acusación, estiman que se falló en seis recursos de amparo acogidos por la Corte Suprema.

¿Qué quiere decir con esto? Que lo que se está revisando acá es una decisión judicial adoptada por el máximo tribunal, y los diputados miembros, como órgano jurisdiccional en el juicio político, actuando como jueces, tienen que asumir la tarea de determinar si ha lugar o no la causal que sustenta la acusación constitucional contra los jueces requeridos.

Estimó que la causal de notable abandono de funciones, que tiene un marco muy amplio de interpretación, para él no es ilimitado, tiene límites, y aquello sobre lo cual la comisión no puede entrar a juzgar a estos jueces sobre su cometido, es cómo fallaron, y no porque él lo crea, sino porque expresamente lo dice la Constitución. Podrán entrar a evaluar muchas conductas de los jueces, pero no cómo fallaron, y desde ese punto de vista cree que la acusación constitucional, al fundarse precisamente en la forma cómo ellos fallaron, sin entrar a discutir si fallaron bien o fallaron mal, cuestión que va a ser siempre discutible, la comisión no lo puede hacer. Y no lo puede, no porque ellos quieran imponer la impunidad máxima y total de los jueces en el cometido de sus funciones, sino que no lo pueden hacer porque nuestra estructura institucional contempla un elemento central para el ejercicio de la función jurisdiccional, que es la independencia de los jueces. Los jueces tienen que sentir que es real que ellos, de acuerdo con su real entender y saber y su propio discernimiento jurídico, pueden tomar una decisión sin que eso les implique algún tipo de sanción.

¿Por qué es importante la libertad de los jueces para fallar? Porque de estos 45 años, a lo menos hubo 17 en que esa independencia no existió y vean los resultados. ¡Brutales! Apuntó a que se necesitan jueces independientes, incluso a riesgo de que se equivoquen, pero cuando el poder político, de manera directa o indirecta, quiere influir en cómo fallan los jueces, pasa la tragedia que pasó en nuestro país. Por cierto, también hay otros factores que incidieron en que esa tragedia se produjera. La mejor defensa que tienen los ciudadanos, los chilenos, las personas, el ser humano en un régimen democrático de derecho, es que los jueces tengan garantizada esa independencia. Eso es lo que nos protege a todos.

Por eso, es clave el precedente que se puede generar con esta acusación constitucional en estas materias. Llamó a la reflexión, teniendo presente esta dimensión del tema, porque durante la dictadura, uno de los aspectos, no el único, que fue incidente en la violación masiva de los derechos humanos, fue que no se tuvo un Poder Judicial independiente, o porque se entregó o porque fue cómplice, y no pasivo sino activo, o porque tuvo miedo de lo que podía hacer el poder político militar gobernante en esa época. Agregó solo eso desde el punto de vista jurídico para que lo tengan presente cuando resuelvan la acusación.

Expresó que quiere entrar en una segunda etapa. De los 45 años, 44 ha pasado en los tribunales persiguiendo, buscando, instando, acompañando a las víctimas en busca de verdad y justicia y ese ha sido un via crucis. Ha costado mucho, muchas frustraciones, muchos portazos en las narices de las víctimas y de sus familiares. Eso genera dolor, genera rabia, genera frustraciones, pero fíjense en cuál es la reacción de los agraviados en este caso, y es una lección para todos, es la reacción más civilizada que han podido encontrar en nuestra sociedad. ¿Qué siguen diciendo ellos? Solamente verdad y justicia, y piden a los tribunales que así lo hagan. Preguntó dónde se va a encontrar un ejemplo de conducta frente a la brutalidad más civilizada que esa. Tener fe, a pesar de las circunstancias, de que solamente a través de los tribunales se puede alcanzar esa deuda pendiente con nuestra sociedad.

Ese es el telón de fondo. Por eso hay rabia, por eso hay frustración, pero los que han vivido estos años, décadas, detrás de la verdad y la justicia, acompañando a sus patrocinados, han visto que ha habido un proceso también adentro. Poco a poco, imperceptible al principio, no sé imaginan cuando trabajaban en la Vicaría de la Solidaridad, cuando tenían un voto disidente de un ministro por ahí en un recurso de amparo en la Corte de Apelaciones. Lo celebraban. ¡Un voto! Y, en ese proceso han ido avanzando porque en la medida en que se ha ido reproduciendo o produciendo un recambio en el Poder Judicial han entrado o han ascendido abogados que han sido jueces, vocacionalmente optado por esa función, que han tomado conciencia y se han comprometido de acuerdo a sus posibilidades en ir dando pasos de avance e ir abriendo retazos de verdad y de justicia.

Destacó que ha estado mucho tiempo en esto y que conoce muchos juicios y que ha participado en muchos juicios. Más del 98 por ciento de los hechos que dicen relación con violaciones brutales a los derechos humanos están esclarecidos. La historia de la violación de los derechos humanos está en los expedientes de muchos jueces que han logrado establecer la verdad.

Luego se refirió a la justicia. Allí se está con mucha deuda todavía. Se ha logrado retazos más importantes de justicia respecto de las autorías materiales de los hechos. Se está hablando de hechores que son parte de organismos militares, de las Fuerzas Armadas, instituciones jerarquizadas, extraordinariamente disciplinadas, en donde las características que rodean la acción de estas personas, instruidas y amparadas después por el Estado, y cuando habla del Estado incluyo también, en algunos momentos de la historia del desarrollo de este problema, a los tribunales de justicia, al Ejecutivo, a las propias Fuerzas Armadas. Ha costado mucho y poco a poco se ha ido encontrando jueces que se han ido sensibilizando o estaban sensibilizados, pero no estaban en posición de avanzar, y han logado, entonces, condenas dentro de nuestro ordenamiento jurídico que, por cierto, es insuficiente. Ese ordenamiento jurídico es responsabilidad de todos nosotros insistió. Él como ciudadano que tiene que elegir legisladores que cambien ese ordenamiento jurídico y esos legisladores, a su vez, capaces de provocar cambios en nuestra institucionalidad jurídica para hacer una justicia que se acerque cada vez a una justicia más verdadera, pero, reiteró no ha sido fácil.

Ahora entró en su experiencia personal. Carlos Künsemüller era abogado colaborador del Comité de Cooperación para la Paz en Chile. Está hablando de los años 1974-1975. Eran contados con los dedos de las manos y un poquito más los abogados que estaban defendiendo personas perseguidas, con todos los riesgos que aquello significaba. En esa época ya Carlos Künsemüller estaba dentro de ese puñado de abogados, defendiendo no a sus camaradas, defendiendo a personas perseguidas, sin importar su militancia o sus creencias, solamente por ser personas perseguidas. Carlos Künsemüller fue un gran aporte para ellos porque era un gran penalista además. Ellos os eran muy jóvenes. No sabían mucho. Fueron aprendiendo con ellos, entre otros con Carlos Künsemüller, Jorge Mera, que les ayudó mucho, Juan Bustos, en su momento

también los ayudó mucho a formarse en estas áreas de las cuales no sabían mucho. Les abrieron la visión de utilizar el derecho internacional en sus defensas y en sus requerimientos en los tribunales.

Recordó que el derecho internacional prácticamente no era conocido por los jueces hace 30 o 40 años atrás. No estaban siquiera contempladas las posibilidades de que lo ocuparan. Los convenios de Ginebra los plantearon ellos a los tribunales porque, además, eran tratados internacionales a los cuales Chile estaba obligado desde antes del golpe militar. ¿Qué les dijeron? No, esos tratados no se aplican porque se aplican en la guerra. En los tribunales les decían “no hubo guerra”. Afuera, el discurso de la dictadura era “estamos en guerra, señores”. Esa era la realidad.

Continuó pus relato diciendo que después conoció a don Hugo Dolmestch. Cree que lo conoció cuando era relator. Una persona muy afable, muy cálida en sus relaciones humanas. Rápidamente se dieron cuenta de que era una persona que les transmitía o les daba la señal de sensibilidad sobre el tema. Y después lo descubrimos, cuando le tocó investigar casos complejos, respecto de cómo investigó esos casos y cómo llegó a las respectivas condenas.

Recordó que al ministro Valderrama lo conoció menos, pero cuando hubo que poner la firma en sentencias condenatorias no le tembló la mano para ocupar el derecho internacional. También hay otros ministros como, por ejemplo, Carlos Cerda, que jubiló hace poco menos de un mes y se retiró con el reconocimiento de nuestro pueblo, por lo que hizo.

Aprovechó la oportunidad de recordar a Dobra Lusic, que está postulando a ministra de la Corta Suprema. Ella fue la que encarceló a los “gurkhas”. También se la jugó, trataron de comprar con armas al actuario que llevaba la causa, pero tuvo el valor de cambiarlo cuando ellos lo denunciaron y avanzó hasta condenar a los “gurkhas”.

Rememoró también a la primera jueza que dio una señal de condena, la señora Aida Travezán, del 26º Juzgado del Crimen de Pudahuel. ¿Se acuerdan del caso del alcalde Bajut? Ella lo encarceló.

Y así fueron surgiendo jueces y se fue ampliando ese sendero tan estrecho de la búsqueda de la justicia, que fue subiendo a instancias superiores, como a los ministros. Hay muchos otros que se la jugaron pero que este momento se me escapan los nombres y me gustaría recordar.

Sin embargo, mencionó un hecho bochornoso de un presidente de la Corte Suprema que durante la extradición de Manuel Contreras solicitada por Estados Unidos, le llevó el borrador de la sentencia al general Pinochet para ver si estaba de acuerdo y si le quería hacer algunas correcciones, antes de dictarse.

¿Por qué les recuerdo estas cosas? Porque en ese contexto, en esa realidad, estos jueces, no obstante todo el entorno, pues muchas veces les decían: “para qué se metían en problemas, que cuidaran su carrera”, igual se la jugaron y se la han seguido jugando.

A esos jueces se les quiere destituir y se les quiere proscribir por cinco años.

Contó que en una entrevista dijo que nos estamos disparando en los pies. No dice ni reivindica que hoy se está en la plenitud de la verdad y de la justicia, falta

mucho todavía; falta mucho en autores intelectuales; nos falta mucho en responsabilidades institucionales, pero tampoco estamos en cero.

La cárcel de Punta Peuco está llena, no la construyó la Corte Suprema, la construyó un gobierno democrático. ¿Por qué lo dice? Porque hay mucha controversia con Punta Peuco. Estimó que mientras se centre el problema en la existencia de Punta Peuco las Fuerzas Armadas pueden dormir tranquilas, porque nadie las molesta. Y ese tema aún está pendiente, por lo que aprovechó de hacer un llamado a los diputados, pues hay muchos nudos que desatar aún en ese campo.

¿Saben ustedes cómo se forman los jóvenes oficiales de nuestros institutos armados? Relató cómo se formó uno de ellos, que está en Punta Peuco cumpliendo cadena perpetua y que lleva 33 años preso, porque habló con él y se lo contó.

En la época del gobierno de Eduardo Frei Montalva él era subteniente y lo enviaron a Estados Unidos a la Escuela de Las Américas. Le dijo que ahí, enviado por el Estado chileno, le enseñaron a torturar, que todo lo que aprendió en tortura lo aprendió allá. Insistió, enviado por su institución, en un gobierno democrático.

Por eso cree que la tarea todavía está pendiente en muchos aspectos, a 45 años del golpe militar y con más de 25 años de gobiernos democráticos, no han hecho la tarea como sociedad chilena.

Recordó cuando en la Vicaría de la Solidaridad se reunieron los abogados y gente que trabajaban pensando en cómo ir desarrollando su tarea de defensa de los derechos humanos, cómo hacer las denuncias, como un instrumento que pudiera poner por lo menos un poco de límite a la brutal represión.

De una frase de José Manuel Parada, compañero de trabajo, que fue asesinado, degollado, en sus reflexiones decía: “el problema de las violaciones a los derechos humanos que nos congregaba era esencialmente moral, que tenía consecuencias políticas, por cierto, pero que era esencialmente moral.” Porque era esencialmente moral los congregaba a todos los que estaban ahí, no obstante ser creyentes o no creyentes, militantes o no militantes, porque ese era el mínimo común denominador básico para funcionar como sociedad.

Finalizó su exposición señalando que los tres ministros acusados -no quiso entrar al fondo en el sentido de si ellos se equivocaron o no, porque cree que es improcedente y no procede hacerlo- son parte de esa historia, de la lucha por la verdad, por la justicia y en contra de la impunidad.

Por eso, estimó que vale la pena que hoy esté dando su testimonio en esta comisión, para que tengan la visión lo más amplia posible al momento de decidir.

****

5. DON **LUCIANO FOUILLIOUX FERNÁNDEZ** (**SESIÓN N° 7ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Dividió su exposición sobre cuestiones de carácter general y decir algo sobre la acusación misma para hacer una apreciación respecto de qué observa que está presente.

Recordó que es un momento importante para hacerlo- y es que se fue hace algunas semanas don Andrés Aylwin, quien, quizá, de los históricos era el más

emblemático que nos iba quedando, con todo el respeto que merecen los tres o cuatro que todavía nos acompañan de aquella época.

Observó que, en función de la acusación constitucional que se está viendo, que una de las primeras participaciones de Andrés Aylwin como abogado defensor de derechos humanos se produjo prácticamente en forma casi coetánea al golpe militar. Particularmente, en función de haber asumido las defensas masivas del campesinado de Paine durante muchos años.

Paine, que era la localidad que en relación con la población y victimas, tal vez ha sido una de las más golpeadas durante la época de la dictadura. Rememoró que don Andrés Aylwin inmediatamente interpuso los primeros recursos de amparo respecto de los campesinos de Paine. Como había sido diputado de la República, hijo de un presidente de la Corte Suprema, tenía cierto acceso, probablemente, a los ministros de aquel entonces. Don Andrés Aylwin imploró a los ministros que entraran a conocer de estas materias que estaban sucediendo en Paine. Reitero, les rogó, y no tuvo resultado.

El ministro que estaba a cargo le dijo, para qué reclamas más, si están todos muertos ya. Y él no tenía cómo explicárselo a los familiares que esperaban en los pasillos de la corte.

Se llevó a gente masivamente; familias completas. Esa denegación de justicia en 1973 qué habría significado en los tiempos actuales, qué medida de sanción podría haberse ejercido respecto de esos jueces o de esos ministros, como hoy se pretende hacer respecto de los actuales ministros, se preguntó.

Haciendo ese punto, quisiera decir que de aquella camada queda muy poco. Se fue Alejandro González, Jaime Castillo, José Galiano, Juan Bustos, Máximo Pacheco, etcétera. Subsisten con dificultad José Zalaquett, Pamela Pereira, Roberto Garretón, Nelson Caucoto, quizás el más emblemático litigante actual en materia de derechos humanos, y que tiene una posición muy similar a la que tienen ellos respecto de esta acusación.

Destacó además respecto de los jueces emblemáticos, que ahí está Canovas Robles, Milton Juica, Carlos Cerda y Héctor Solís, que fue el ministro de San Miguel que terminó llevando adelante las investigaciones por la causa de Paine, quien murió de pena en el ejercicio de su cargo.

Alejandro Solís, también retirado, fue otro gran ministro y nada menos que quien condenó a los autores del asesinato del general Prats y su señora, entre otras causas.

Observó que hoy esos ministros son parte del glosario del capital moral de la judicatura chilena en estas materias.

Respecto de los acusados, y sus señores defensores, para cerrar este círculo, tendría que decir que no tengo la calidad de amigo de ninguno de los tres ministros, de aquella vieja calidad de amigo que censura como testigo eventualmente en nuestro Código de Procedimiento Civil. Los conoce de toda la vida, pero no tengo ni amistad íntima ni compromiso personal respecto de ellos y respecto de esta causa, pero me merecen el mayor de los respetos el ministro Dolmestch, el ministro Künsemüller y el ministro Valderrama.

El ministro Valderrama es tal vez el más joven de los tres; fue el último que llegó a la sala penal, a quien conoce desde la universidad.

El gran profesor, dentro de los tres, el ministro Künsemüller, guía de muchas generaciones de penalistas, y comprometido con estas causas desde un comienzo.

El ministro Dolmestch fue capaz de romper pactos de silencio, penetrar en las barbas más delicadas de la información encapsulada y secreta hasta el día de hoy, y que obtuvo sentencias favorables y condenas para los responsables de esos hechos.

Los tres ministros han elegido muy bien a sus abogados defensores, todos ellos comprometidos con estas causas, profesores universitarios, entre otros, y el gran maestro todavía vigente y de gran forma don Alfredo Etcheberry, a quien ha visto con satisfacción hacer las exposiciones.

Hizo hincapié que mañana se cumplen 45 años del golpe de Estado, y esta pesadilla, quizás de las más cruentas que se han vivido en este país, subsistió por muchísimos años, hasta 1990.

La represión más brutal afectó el derecho a la vida, y ahí están los ejecutados y los desaparecidos; el derecho a la integridad física, y ahí están los torturados; el derecho a vivir en su propio país, y ahí están los exiliados, y el derecho a tener un trabajo justo y estable, y ahí están los exonerados políticos.

Este glosario de súper derechos conculcados fue negado en su acceso a la investigación y a la sanción durante aquellos años tremendos. Pero gracias a los ministros, no muchos, que fueron abriendo esta alameda ha permitido hoy cruzarnos con verdades, fijando responsabilidades, sanciones y castigos. Quizás no los más espectaculares, pero eso no es responsabilidad ni de estos ministros ni de ninguno de los ministros. Las sanciones las fija la ley. Los tipos penales son materias de ley. Los ministros pueden aplicar, o deben aplicar, fundamentalmente como primera cuestión la ley.

El desamparo de todas estas víctimas quedó en esos tiempos en manos del Poder Judicial. El desamparo quedó en manos de los medios de comunicación, y el desamparo también quedó en parte de la clase política que adhería al régimen. De tal manera que el trabajo titánico que estos jueces fueron haciendo con los años en una suerte de control de convencionalidad amplia de la sociedad chilena, tal vez imperfecto, fue permitiendo construir ciertas verdades.

Ahí estuvieron los amparos de la Vicaría de la Solidaridad. Cuando se ganaba uno, era un feriado, y se ganaba uno cada seis meses, o sacaban un voto.

Más de 20 mil recursos de amparo perdidos. Expresó que no es una satisfacción perder permanentemente, pero se fue haciendo historia, y esos recursos de amparo que la Vicaría de la Solidaridad interpuso oportunamente permitieron salvar gente de la misma manera. Además, ello les permitió, a quienes estuvieron en la Comisión Valech como él, ya en democracia, tener una base informativa básica respecto de materia de tortura. Primero estuvo el Comité Pro Paz y luego la Vicaría de la Solidaridad.

Entonces, enfatizó que hay que mirar con mucho cuidado, y que la presión moral, el ánimo, el deseo, no digo apresurado, porque han pasado muchos años, no los nuble y haga perder ministros extraordinariamente probos por carrera, por personalidad, por convicción, en aras de continuar haciendo justicia en estas materias.

El Poder Ejecutivo se allegó a estas materias a través del entonces Presidente Aylwin, a quien manifestó su homenaje, al igual que a su hermano Andrés. Ciertamente, a muchos hoy les incomoda la frase justicia en la medida de lo posible.

Era un realismo brutal, y era posible. Y fue en la medida de lo posible porque permitió ir avanzando paulatinamente y con solidez. Ahí está Aylwin y la Comisión Rettig; ahí está Aylwin y la configuración de los más de 3.100 desaparecidos o ejecutados desaparecidos; ahí está el llanto pidiendo perdón al país del propio Presidente cuando recibió el informe.

Después, quienes, como él, estuvieron afortunadamente en la mesa de diálogo, en el gobierno del entonces Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, a través del ministro Pérez Yoma, lograron avanzar un poco más, y se logró que se asumieran las responsabilidades por parte de las Fuerzas Armadas en las violaciones a estos derechos humanos. No fue todo lo que hubiéramos querido.

Luego, el entonces Presidente Ricardo Lagos vino con las comisiones Valech I y II, lo que permitió dar un sustento a ese glosario de más de 37 mil personas víctimas de prisión política, y efectuar las reparaciones, aunque modestas. Ahí está el discurso del Presidente Lagos cuando dice que no hay mañana sin ayer.

Posteriormente, vino la Presidenta Michelle Bachelet, a su turno y en sus medidas, y levantó los homenajes. Ahí están el Museo de la Memoria, los memoriales y las políticas reparatorias. Hoy la entonces Presidenta está en un alto cargo en Naciones Unidas.

El último esfuerzo en esta materia de la ex Presidenta Michelle Bachelet fue en enero de este año con el mejoramiento de la legislación en torno a materias de libertades condicionales, lo que da cuenta de que efectivamente hay imperfecciones: diez proyectos de ley. Y de esa manera, entonces, los controles de convencionalidad global se fueron dando en nuestra sociedad. Y a su turno, el Poder Judicial, también hizo adecuadamente su trabajo, con muchas dificultades.

Contó que hace tres semanas, terminamos el probatorio por el asesinato del ex-Presidente Frei Montalva. Ver pasar a los agentes de la CNI declarando cómo se perseguía, cómo se escuchaba, cómo era el sistema de escuchas al Presidente y a su grupo de asesores más próximos, y no solo al Presidente, sino también a los sectores religiosos, laborales, sindicales, etcétera. De eso, miren los años que han pasado; las dificultades que se han tenido.

Y hoy en la mañana se tenía el alegato en contra de la libertad de Georg Willeke, uno de los autores condenados por el asesinato del general Carlos Prats y de su señora. No se vio esa causa en la mañana, por otras razones técnicas.

Entonces, esta metamorfosis judicial se ha ido dando de esa manera. La acción de los gobiernos, en cuanto a lo que señal, y el Poder Legislativo se ha ido quedando, tal vez, en la colegislación, con los gobiernos, en el mejoramiento de estas leyes. Si no es posible que la materia de libertades condicionales se siga rigiendo por el decreto ley Nº 321 del año 25, con sus sucesivas modificaciones o parches. ¡No es posible! Porque los estándares para reglar estas materias están en el Congreso Nacional y en los gobiernos: en este gobierno, en el que se fue o en el que vendrá, porque esta materia –entiéndase- no es privilegio de un sector político. La solución no es de privilegio. Se puede entender que sectores políticos se opongan; se puedo entender que no hubo *quórum* para mejorar la ley por razones políticas de otra naturaleza. Pero es demasiado caro el nivel del bien jurídico envuelto como para no hacer este esfuerzo.

Se requiere subir los estándares legislativos en materia de condenas y penalidades por delitos de lesa humanidad. ¡Hay que subirlos! Y hay que restringir las libertades, también, cuando se quieran conceder, porque la razón manda un estándar distinto.

El Consejo de Defensa del Estado ha sido un permanente opositor a las políticas reparatorias.

Se dice, por la vieja clase política, judicial y legal del país, que el Consejo de Defensa del Estado está para defender la caja fiscal. Pero eso significa que nos ha llevado hasta el último a negar o a oponerse a las políticas reparatorias del Estado.

Las excepciones de prescripción son permanentes. La imputación al daño es permanente. Y, entonces, se da el delirio que el Consejo de Defensa del Estado es querellante en causas de derechos humanos, y es defensor en contra de las víctimas en función de las reparaciones. Arguyó que hay una deuda pendiente de coherencia también en esto. Y no es de responsabilidad, seguramente, de los consejeros: es responsabilidad, una vez más, de la ley que, necesariamente, en estas materias, debe adecuarse.

Ahora, en materia de acusación constitucional, él por lo menos-, no es abogado de los señores ministros acusados. Ellos tienen espléndidos y buenos abogados.

Por lo tanto, no le corresponde defenderlos de esta acusación constitucional. Gustoso lo habría hecho indudablemente, acotó.

Esgrimió que está en contra de esta acusación constitucional, pero en favor de ellos, que no solo no son merecedores, sino que están exactamente en la alameda distinta, en un vehículo distinto al que supone el notable abandono de deberes.

En este país existen traumas tan profundos, a veces muy históricos, a veces del momento, que se requiere que se siente la necesidad de que, para justificar una situación que quisiéramos que no hubiera existido, se tome a gente así -no digo que al azar- y se les transforme en una suerte de culpables simbólicos. ¡Culpables simbólicos!

Comentó que ha escuchado que aquí se está tratando de hacer responsables a estos tres ministros, más allá de la resolución judicial, por 45 años de denegación del Poder Judicial en estas materias, o de mucha lentitud o parsimonia, o derechamente denegación. Y si eso es así, no es necesario ser abogado, no es necesario ser ministro, parlamentario, religioso ni político para entender, claramente, que es una situación abiertamente asimétrica. ¡Que tres ministros que se han caracterizado históricamente por favorecer la no impunidad, por favorecer el castigo a los responsables, sean hoy día puestos en el banquillo de los acusados, es un delirio!

Destacó que no ha hecho el ejercicio; podría haberlo hecho: ¿Alguien ha hecho la estadística de aquellos del mundo de las víctimas o de familiares de las víctimas que han sido protegidos por fallos judiciales de estos ministros? ¿Quién les ha preguntado a los familiares de esas víctimas si creen o consideran que estos ministros les denegaron justicia o abandonaron sus deberes?

Podrán no estar conformes con las penalidades, pero eso no es responsabilidad de los ministros. Los ministros no puedan poner penalidades más allá de las que les señala la ley o algunas de las agravantes.

La acusación constitucional, más allá de que le parezca que en su mérito es inconducente, adolece de falta de requisitos. La acusación constitucional es un instrumento de excepción, de *ultima ratio*, a los efectos de dar una solución a un problema cierto y determinado.

Puntualizó que aquí la solución la tiene la ley. La ley es la primera en ser llamada a actualizarse, y la ley la actualizan el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Los diputados son parte de la solución; no son parte del problema. Instó a que los parlamentarios se hagan parte de la solución; se debe proteger a los buenos jueces, a los jueces que han hecho carrera por meritocracia, que no han venido de cunas de oro; que han hecho carreras históricas de 45 años. Casi partieron todos juntos en estas tareas. Algunos como él se fueron quedando en la abogacía; ellos la ejercieron desde la judicatura.

Fue claro al indicar que no hay abandono de deberes. El abandono de deberes requiere y considera otras necesidades, a lo menos, perseverancia, obcecación, desidia, etcétera.

Finalmente, también se les ha acusado de haber favorecido la impunidad. ¿Pero cómo haber favorecido la impunidad? Puedo entender el concepto de impunidad desde el punto de vista político, pero no desde el punto de vista judicial. Aquí no hay impunidad, por parte de estos ministros, por haber aplicado una legislación, porque han aplicado la legislación, imperfecta, mala legislación, no útil, peligrosa, tramposa, pero la han aplicado, con su criterio. Se podrá estar en desacuerdo en los criterios, pero no han dejado de hacerlo. Eso habría sido una denegación o una suerte de impunidad.

Por último, recomendó no propiciar la continuidad de la acusación, porque carece de méritos de forma y fondo; no es suficiente una resolución para dar por terminada una carrera judicial, no es suficiente.

Los señores ministros también carecen también de conductas graves -viciosas, permanentes-, que hagan atribuible esta acusación constitucional a ellos.

Carece del propósito de fortalecer la democracia. La democracia no se fortalece solamente por el ejercicio de una garantía constitucional; la única virtud que tiene esta acusación es que la comunidad de derechos humanos, en general, puede discutir estos temas una vez más.

Pidió que no impidan que se haga la verdad e impidan que se consume una abierta injusticia en su mérito, en su forma y en su fondo.

****

6. DON **TOMÁS VIAL SOLAR (SESIÓN 7ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Advirtió en primer lugar que su comparecencia fue solicitada por la defensa de los acusados, pero el Centro de Derechos Humanos de la UDP, del cual forma parte, también fue propuesto para ser citado por los firmantes del libelo acusatorio. Eso, reconoció, le impone una obligación especial. Sin perjuicio de ello, señaló que su exposición sería a título estrictamente personal.

Como profesor de derecho constitucional, se propuso precisar los aspectos constitucionales de la acusación, que en su opinión son los más complejos y sobre los que menos hemos avanzado en nuestra historia jurídica.

Centrándose en qué podemos entender por notable abandono de deberes, señaló que la acusación constitucional podría considerarse la catedral de la contradicción, el Taj Mahal de la ambigüedad; y la acusación por notable abandono de deberes, en particular, es verdaderamente el Escila y Caribdis –los dos monstruos

mitológicos de los que habla Homero– de nuestro derecho constitucional, por los peligros que implica una y otra opción que ella presenta.

La cuestión que debemos revisar, una vez más, desde 1868, es qué entendemos por notable abandono de deberes, de forma tal que no contradiga dos principios básicos de una república democrática, como son el de independencia judicial y el de responsabilidad. La cuestión, entonces, es cómo navegamos para encontrarle un sentido a una acusación por esta causal.

Para ello, hay que observar algunos principios de interpretación constitucional. Un primer principio es el de interpretación útil, que pertenece al derecho en general; es decir, tenemos que encontrarle un sentido al término “notable abandono de deberes” que sea práctico, lo cual no es tan sencillo, como se verá.

Un segundo principio básico, que a veces se olvida, es el de interpretación sistemática. Es decir, no podemos entender el notable abandono de deberes sin ver las demás causales de acusación y sin tomar en consideración las normas del capítulo VI de la Constitución, sobre el Poder Judicial, fundamentalmente las prohibiciones y las asignaciones de responsabilidad que en él existen.

Por otra parte, sabemos que en materia de acusación a los magistrados superiores de justicia por notable abandono de deberes ha habido, históricamente, dos tesis desde 1868, lo que ha sido expuesto magistralmente por el principal comentarista de esta Constitución, don Jorge Huneeus: la tesis restringida, que entiende que este concepto es solo relativo a deberes formales y no puede implicar la revisión de un fallo, esto es, que el poder político entre a juzgar qué ha hecho la judicatura. Dicha tesis sería modificada con la acusación constitucional contra el excontralor Vigorena, en la década del cuarenta o cincuenta. Posteriormente, en la acusación contra los ministros, en la década del noventa, va a ser acogida la tesis amplia, que admite una revisión de deberes sustantivos, de no aplicar la ley, como fue exactamente ese caso.

Entonces, tenemos por lo menos dos alternativas. La tesis restrictiva, que señala que el notable abandono de deberes significaría (controlar el cumplimiento de) solo aquellos deberes accidentales y no la aplicación del derecho propiamente tal, la que a juicio del profesor Vial no podemos aceptar, porque no es consistente con la gravedad de las otras causales de acusación constitucional, como dejar de aplicar o contradecir la Constitución, por ejemplo, o cometer ciertos delitos. Es una tesis que deja al Congreso en posición de revisar solo aspectos formales y trivializa la causal de acusación, por lo que le pareció que habría que dejarla de lado.

Para tratar de construir una alternativa distinta a esa, hay que tomar en consideración los demás aspectos de la Constitución que se refieren al Poder Judicial. En el caso de la acusación contra los miembros de los tribunales superiores de justicia, existen algunas prohibiciones explícitas de que el Congreso entre a conocer las materias que ellos llevan a cabo, y eso hace una diferencia con los demás sujetos acusables. En la Constitución no hay prohibiciones en el sentido de que el Congreso no se entremezcle con las facultades explícitas del Poder Ejecutivo; al contrario, la acusación constitucional contra los ministros de Estado, contra los ,intendentes son probablemente el núcleo de lo que se entiende como acusación constitucional. En cambio, en el caso de los tribunales de justicia, hay claras prohibiciones, taxativas y en un tono muy fuerte, lo que nos debe dar sentido para disciplinar un concepto de notable abandono de deberes.

En efecto, la Constitución, en su artículo 76, señala: “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno…”. El punto de partida es “en caso alguno”. Es decir, debemos pensar, entonces, en notable abandono de deberes de una forma tal que no implique, “en caso alguno”, entrar a (conocer) aquellas materias que son

de exclusiva competencia del Poder Judicial. Eso ya nos debería dar una señal de que el espacio para el juicio constitucional que hace la Cámara (de Diputados), no puede siquiera amenazar con entrar al ejercicio de la jurisdicción, que es la facultad propia que tienen los tribunales de justicia. Luego (el mismo artículo), explica: "…ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes…". Esas son explicitaciones de un principio que no puede quebrantarse "en caso alguno", insistió.

En este punto también se señala que no se puede entrar a revisar. Hay una prohibición de "…revisar los fundamentos o el contenido de sus resoluciones…", y sobre esto ha habido cierta discusión interpretativa, porque se diría que la acusación constitucional no entra a revisar, porque no va a cambiar la sentencia o resolución; esa queda inamovible, toda vez que hay cosa juzgada ahí. Pero esa sería una interpretación restrictiva de un término mucho más amplio, que es no afectar la independencia judicial; y si entendemos que el propósito de esta prohibición es, justamente, que no se afecte la independencia, obviamente que (al) entrar a revisar (el Congreso), en el sentido de analizar una sentencia judicial para aplicar una sanción, sin duda, implica revisar sus fundamentos o contenidos, lo cual afecta directamente la independencia de los tribunales.

La segunda consideración dice relación con que el juicio constitucional, en general, mezcla diversas causales y convive –en el caso más claro de los ministros de Estado– con un ilícito constitucional, pero también con delitos. Exactamente, dice (la Carta Fundamental), en el caso de los ministros de Estado, "…y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos…". Es decir, es posible que tengamos un juicio constitucional y uno criminal al mismo tiempo, lo cual le parece al señor Vial profundamente contradictorio. Dijo ser muy crítico de la institución de la acusación en ese aspecto porque, en realidad, tener al Congreso juzgando delitos es bastante difícil de explicar; y en los casos en que se ha tratado de hacer, es una burla a la debida justicia procesal penal. En todo caso, sabemos que, en Derecho, un mismo hecho puede provocar distintos tipos de responsabilidades, lo cual no es extraño. Por lo menos acá, en el caso de los ministros de Estado, tenemos eventualmente una responsabilidad criminal y una responsabilidad constitucional.

¿Sucede lo mismo con los magistrados de los tribunales superiores de justicia? La verdad es que no, porque el artículo 79 –que habla de la responsabilidad de los jueces– señala que estos "… son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia… y, en general, de toda prevaricación...", que es el término amplio: la torcida administración de justicia. En su segundo inciso, dice: "Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad". ¿Qué quiere decir esto? Que la responsabilidad de los jueces por prevaricación es responsabilidad criminal y ello la excluye del juicio constitucional.

Veamos cuáles son esos tipos penales, para determinar si nos calzan en algún grado con los hechos (de) que se está acusando (a los ministros de la Corte Suprema) en este caso. Artículos 223, 224 y 225 del Código Penal. El artículo 223, que es el más atinente, establece: "1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal...". Aquí, implica dolo. El artículo 224 es el tipo culposo y señala: "1° Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal". Hay otros aspectos, pues son varios números, pero los más atinentes a las circunstancias que estamos discutiendo son estos. Es decir, los casos en que un juez falle contra ley expresa, en forma intencional o por negligencia, que es lo que se está acusando, de cierta forma, es un delito; y ese delito está entregado al estudio y juzgamiento de los tribunales ordinarios.

En el artículo 79 (de la Constitución), las responsabilidades de los ministros de la Corte Suprema y de los demás jueces por delitos son un tema de justicia

criminal, no constitucional. En este caso, no se puede dar esa superposición que sí se da en el caso de un ministro de Estado, por ejemplo, en que podemos tener, paralelamente, un juicio constitucional y, en otro tribunal, un juicio criminal. Acá esto está asignado (a los tribunales ordinarios), y es obvio que por buenas razones.

Ahora bien, si nos fijamos en el tipo de delito, la prevaricación implica analizar cómo se aplicó la ley, y la Constitución no quiere que eso se decida o se discuta en el Congreso, sino que entre jueces. Por ello mandata a la ley para determinar cómo se juzgará, en tales casos, a los miembros de la Corte Suprema. En el Código Penal existen los tipos precisos que cubren todo tipo de circunstancias que uno podría imaginarse y, entre otras cosas, hechos de esta acusación constitucional. Entonces, ¿podría el notable abandono de deberes implicar acusar a los jueces por dejar de aplicar la ley o aplicar equivocadamente la ley expresa y vigente? El profesor Vial estimó que no, pues ello está, por mandato de la Constitución, entregado a los tribunales y al derecho criminal.

¿En qué nos queda la acusación constitucional por notable abandono de deberes? ¿Cuál sería el espacio de esta? Ya sabemos que no es por (incumplimiento de) deberes accidentales, pues, en opinión del expositor, esa sería una interpretación trivial. No puede ser por no aplicar correctamente la ley, porque ello corresponde a la prevaricación. Entonces, ¿qué es? En este escenario, la acusación constitucional se comienza a configurar más bien en forma negativa.

Resumiendo, la acusación por notable abandono de deberes no puede significar un ejercicio de jurisdicción, en ningún caso; no puede afectar la independencia judicial; no puede implicar un caso de prevaricación; no puede implicar deberes puramente formales, pues ello es trivial e inconsistente con el resto de las causales de acusación. Entonces, ¿qué es? Al respecto, hay una dificultad seria en nuestro derecho constitucional.

El profesor Silva Bascuñán parte analizando esta causal en su tratado, diciendo: “La verdad, es que este es un asunto que nos ha perseguido desde el comienzo de la historia constitucional.” Quizá esta sea la ocasión de avanzar en una precisión mayor que nos evite estos peligros, señaló el experto. ¿Qué podríamos proponer?

Como el notable abandono de deberes no puede ser (referido a) solo un acto o una resolución, porque caemos directamente en la prevaricación, tendría que ser una práctica constante que infringiera los deberes de la jurisdicción de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado; es decir, una conducta permanente de grave incumplimiento –notable– de los deberes que implican la jurisdicción, que es la competencia propia de los tribunales, y que nos permite diferenciar el tipo exacto de prevaricación, que habla de dejar de aplicar la ley cuando está claramente expresa. Tendría que ir en ese sentido el concepto de notable abandono de deberes, en la medida en que sea consistente.

Entonces, con estas prohibiciones constitucionales explícitas, que no existen en los demás casos de acusación constitucional, porque no hay en ellos una prohibición tan tajante al Congreso para entrar en las competencias de otros poderes como sí existe en el caso del Poder Judicial, y por buenas razones, hagamos una consideración final.

Puede que tengamos fallos de los tribunales que no respeten ni aseguren los derechos humanos; de hecho, los hay constantemente en la historia. Pero lo que sí está claro –y esa es la apuesta de la Constitución con buen sentido– es que, si tenemos tribunales dependientes del poder político, la protección de los derechos humanos se debilita en un grado mayor. No en un caso, sino en todos aquellos en los cuales esté envuelto el interés político, y la experiencia en América Latina así lo demuestra.

En tal sentido, entre una interpretación que deje a unos ministros parcialmente libres de responsabilidad en algún grado hipotético y aquella que proteja la independencia del Poder Judicial frente al poder político, el profesor Vial estimó que la Constitución ha optado por lo segundo, porque, a la larga, un Poder Judicial independiente es un fundamento de la protección de todos los derechos fundamentales, y sabemos que, una vez que ello se pierde, es tremendamente difícil recuperarlo.

****

7. DON **ISIDRO SOLÍS PALMA (SESIÓN 7ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Antes de iniciar su intervención, hizo entrega a la comisión de una minuta que contiene en extenso las reflexiones que le merece el tema por el cual fue convocado.

Comentó que ha tenido la fortuna y el honor de trabajar con varios Presidentes de la República, y nunca ha olvidado la ocasión en que uno de ellos, requiriéndole una opinión como abogado, le preguntó con una sonrisa: ¿Por qué cada vez que pregunto a dos abogados su opinión sobre una materia me llegan tres opiniones? Respondió que eso es parte de la naturaleza de la función del jurista, que no es otra cosa que la razón. El Derecho no existe en las cosas, sino a propósito de las cosas. En él no encontraremos cosa alguna que podamos tocar y que sea una verdad absoluta, clara y definitiva para todos.

Acotó enseguida que, en la historia de la humanidad, los Estados, en un acto civilizatorio, han abandonado la práctica de la auto tutela y han entregado a un cuerpo especializado y profesional una facultad que es extraordinariamente profunda a la sociedad, cual es la facultad de decir el derecho. Agregó que muchas veces se pregunta cuáles son las causales de notable abandono de deberes, pero pocas veces se reflexiona sobre cuáles son los deberes de los magistrados; y estos están constituidos, fundamentalmente, por su dedicación primaria al ejercicio de la jurisdicción, que no es otra cosa que la facultad de decir el derecho.

Explicó que, etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva de dos vocablos latinos, *iusdicere* y *iurisdictio*, que significan declarar el derecho en el caso particular, porque los jueces no formulan el derecho, sino que lo aplican, pero al aplicarlo lo hacen en su natural comprensión. No existe una regla única, por lo que los jueces tienen una obligación, que es aplicar la ley, pero solo con un indicador de lo que sería la justicia, que es la ley.

Por lo tanto, los magistrados tienen derecho a la convicción, tienen derecho a la jurisdicción y tienen derecho al error. Nadie ha dicho alguna vez que los jueces, al dictar una sentencia, van a acertar siempre en determinar cuál es el sentido profundo de la ley y tampoco alguien ha dicho alguna vez que los jueces, al dictar la sentencia, van a dejar contentos a todos. La naturaleza del conflicto hace que en una sentencia siempre haya una parte que obtiene y otra parte que pierde, una parte que va a sentir que se hizo justicia y otra parte que va a sentir que no se hizo justicia, porque todos los que recurren a los tribunales lo hacen con un principio de verdad y justicia en que entienden que lo que piden es legítimo.

Luego, si al que pide que se le dé algo que piensa que es legítimo no se le concede, entiende que ese juez ha hecho algo que va contra la justicia. Sin embargo, esa convicción solo tiene valor en el caso de que el juez pronuncie lo que es la justicia porque, como sociedad, hemos entregado a su recta conciencia el declararlo y porque, en definitiva, la justicia no es otra cosa que un sentido; hemos entregado a su recta conciencia la facultad de dirimir las controversias entre los ciudadanos.

Admitiendo que lo anterior debe conciliarse con la facultad que tiene la Cámara de Diputados de acusar constitucionalmente a los miembros de los tribunales superiores de justicia, recordó que el artículo 76 de la Constitución Política de la República cautela un elemento básico de la democracia, cual es la independencia judicial, pues una justicia amenazada puede ser una justicia temerosa y una justicia temerosa no es una justicia independiente; y lo que la Constitución busca es que la justicia sea, efectivamente, independiente. Pero esa norma se debe armonizar con aquella relativa a la acusación constitucional, que nadie puede decir que sea ilegítima.

No obstante, lo central de la acusación constitucional es que tiene que probarse a sí misma, en sus fundamentos; probar si el bien constitucional que busca proteger está expresado en ella misma, pues la acusación no puede ser, simplemente, para perseguir, para castigar o para contradecir. La acusación constitucional es una evaluación de mérito sobre el cumplimiento de las conductas que se le exigen a un juez. En definitiva, si ha tratado de ser justo.

Compartió plenamente lo expuesto por el profesor Vial sobre los deberes accesorios y sustanciales, y dijo adherir a la teoría amplia sobre ellos, pero manifestó tener una diferencia con él en lo que se refiere a la posibilidad de revisar los fundamentos de una sentencia, ya que existe un fino precipicio entre lo que es analizar y lo que es revisar, y se puede argumentar si (en el artículo 76 de la Constitución) se ha usado la palabra en su sentido amplio o en su sentido estricto. Personalmente, entiende que se ha usado en su sentido estricto y que se refiere, exclusivamente, a la posibilidad de revisar para cambiar el sentido de una sentencia, porque, si no se pudiera analizar el fundamento del fallo, mal podrían razonar los parlamentarios en cuanto a si se ha configurado o no la hipótesis de incumplimiento de deberes.

Por lo tanto, estimó que la acusación es procedente, es decir, que en la acusación procede que se revisen los fundamentos del fallo; pero esta revisión se hace, única y exclusivamente, para evaluar la conducta del ministro y no para establecer una verdad judicial o una jurisprudencia que pueda afectar las resoluciones acerca de asuntos fundamentales. Comentó que, cuando la defensa (de los ministros acusados) lo llamó para pedirle que testificara, le planteó al abogado que lo hizo que escuchara antes lo que pensaba para decidir si su opinión le servía o no, porque aún creyendo que es improcedente la acusación en la forma en que está planteada, estima que la sentencia que se dictó es errada y discrepa de los ministros cuestionados acerca de la interpretación que ellos hicieron de la ley. Pero reconoció que su particular apreciación al respecto no tiene valor institucional, porque, en esa discrepancia, lo que prima ante la sociedad es lo que ellos definieron. Esa es la verdad judicial. En lo personal, cree que al no cumplirse los requisitos para otorgar esas libertades que fueron concedidas por los acusados, no debieron concederlas, pero eran ellos quienes debían interpretar la convencionalidad de nuestro derecho, y no él.

Coincidió con el profesor Vial en que las hipótesis delictivas están fuera del ámbito de la acusación constitucional y las otras transgresiones también, por lo que no tenemos una materia exacta por la cual podamos definir, en nuestra tradición jurídica, en qué consiste este ilícito constitucional (que se imputa a los magistrados de la Corte Suprema), pero tenemos que construirlo básicamente por uno de los elementos de interpretación de la ley, que es el elemento sistemático. Analizando teleológicamente la finalidad de todo lo que nuestro sistema jurídico quiere, tenemos que determinar si los magistrados han cumplido o no con su función.

Observó que en los capítulos de la acusación se imputa a los jueces haber violado el control de convencionalidad. El efecto de ello –y por eso se atreve a decir que la acusación no tiene base– es que la acusación plantea el control de convencionalidad como una obligación establecida para los jueces y, además,

pacíficamente integrante de la legislación, cuando el control de convencionalidad no es otra cosa que una forma de interpretación. El control de convencionalidad sirve para interpretar la ley a falta de ley o en contradicción de ley. Es una forma de interpretación, no una ley en sí mismo. Por lo tanto, cuando se dice que ha fallado el control de convencionalidad, a lo menos se debe señalar como requisito exactamente en qué aplicación de norma ha fallado dicho control.

¿Cuál es la convención infringida y de qué forma fue infringida? Se dice en la acusación, y es su fundamento central, que se ha fallado en el control de convencionalidad porque el Estatuto de Roma exige que se tenga presente la conducta posterior del culpable y la satisfacción que se le ha dado a la víctima. Pero uno de los grandes problemas que tiene esa afirmación es que, cuando uno toma una sola disposición en una ley, normalmente pierde el sentido de interpretación de esa ley.

El Estatuto de Roma, que es parte de la juridicidad internacional en materia de derechos humanos, sigue la tendencia general de la jurisdicción internacional en la materia, que propende crecientemente a eliminar el sentido del derecho penal como noción de castigo. El viejo “ojo por ojo, diente por diente”, que justifica básicamente el poder punitivo del Estado, nuestro derecho a castigar, en las tendencias internacionales ha sido abrogado o claramente preterido. Lo que la jurisdicción internacional propugna es el derecho penal como prevención general o como prevención especial positiva, y como ambas son nociones de resocialización y de reintegración social, siempre tienen presente la alteración de la pena en sentido positivo. De hecho, si se examina, el Estatuto de Roma no permite la aplicación de ninguna pena de prisión por más de treinta años; establece dentro de sus normas la existencia de la sustitución de penas, y sus instituciones son plenamente compatibles con nuestra libertad condicional y, en general, son más benignas que la legislación chilena. Luego, si uno hiciera un análisis de la sentencia que dictaron los ministros, aplicando el Estatuto de Roma, la verdad es que esa resolución tendría que haber sido, necesariamente, por obligación convencional, aún más benigna de lo que ellos fueron.

Por lo tanto, cuando la acusación se funda concretamente en el artículo 110 del Estatuto de Roma, se equivoca gravemente. Solicitó a los diputados informantes que cuando hagan el análisis tengan presente la disposición del artículo 110, porque ahí van a encontrar el verdadero sentido que tiene el Estatuto de Roma respecto de la aplicación de las figuras penales.

En cuanto al segundo capítulo de la acusación, observó que este se desarrolla básicamente en torno a la noción de que se ha favorecido la impunidad. Al respecto, explicó que se suele hablar de impunidad en materia de derechos humanos en los casos en que los Estados, a través de sus órganos jurisdiccionales, se han negado a juzgar crímenes de lesa humanidad, han denegado el acceso a la justicia, han impedido la búsqueda de la verdad y impedido o estorbado el castigo. Pues bien, ninguna de las tres situaciones se ha dado en Chile. Se podrá tener opiniones respecto de la extensión o de la profundidad (del castigo). Puede que alguien tenga un sentido de justicia que lo llame a sentir que en Chile no ha existido todo el castigo que quisiera, pero esa no es la noción de impunidad que la juridicidad chilena y la juridicidad internacional nos dan. La noción de impunidad es una noción fáctica, práctica: investigación, castigo, aplicación de la pena. Enfatizó, finalmente, que la sustitución de pena, porque aquí ha habido pena, se ha aplicado y se ha cumplido, es totalmente contraria a lo que uno podría pensar que es impunidad.

Por lo tanto, cuando los jueces han establecido criterios para que dentro del cumplimiento de una pena aplicada por el Estado de Chile se pueda gozar de beneficios, no han hecho otra cosa que hacer uso del criterio que ellos tienen de cómo se aplica la ley.

Confesó que, al igual que al profesor Vial, lo que más le cuesta entender es cuál es la base de una acusación constitucional (como esta). Ya estábamos de acuerdo en que no es la responsabilidad penal, porque tiene otra forma de persecución, y llegamos a la noción del ilícito constitucional. Si hay algo que pensar finalmente es cómo se materializa el notable abandono, y para saber eso habría que tener como guía el abandono total de la forma de ejercer la jurisdicción. Al principio, señaló que a los jueces se les exige una recta convicción, porque lo que están haciendo es tomar normas que tienen que subsumir en un caso concreto y llegar a una convicción personal y, por lo tanto, tiene que ser una convicción sincera, exenta de vicios, pero además tiene que ser motivada. Un juez siempre debe fundar sus sentencias, porque lo mínimo que le debe a la persona que es juzgada es el entendimiento de por qué se (le) juzga. Solo una sentencia inmotivada, una sentencia que no tenga arraigo legal, una sentencia que además –porque en su concepto los jueces tienen derecho al error– se reitere en el tiempo, puede acarrear un notable abandono de deberes, concluyó.

Para terminar, postuló que, para saber si un juez ha quebrantado o no sus deberes, hay a lo menos una norma que es relativamente fija: mientras haya una discusión respecto de (diversas) formas de interpretar la ley, el juez siempre tendrá la razón. La única manera de que infrinja sus deberes es quebrantando el sentido recto de la ley. Pero en el campo de la interpretación, es lo que la sociedad civilizada, todos nosotros, les hemos entregado de manera privativa e inalienable a los jueces, solo para consagrar este instituto que nos pertenece a todos como protección de derecho, que es la independencia judicial.

****

8. DON **LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ** (**SESIÓN N° 7ª, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2018).**

Dividió su exposición en tres puntos: el primero, errores de la acusación constitucional; el segundo, imputaciones improcedentes de dicha acusación, y el tercero, un resumen de las conclusiones.

En primer lugar, se refirió al famoso Estatuto de Roma. El Estatuto de Roma está totalmente mal entendido y mal aplicado. Se hace referencia a la Parte X del Estatuto, que se refiere a la reducción de la pena que practica en forma exclusiva la Corte Penal Internacional. O sea, hay un doble motivo por el cual no tiene ninguna aplicación en los casos que se están procesando, primero, porque ninguna de las sentencias que se está criticando, tiende a la reducción de la pena. Todas las sentencias aplican un antiguo modelo, del año 1925, el DL 321, que se refiere a un cambio de modalidad del cumplimiento de la pena, que no tiene nada que ver con reducción de la pena, porque la pena no se reduce. La responsabilidad penal no se achica, no se esquiva, y, por lo tanto, no se aplica en absoluto este modelo.

Uno de los citados es el artículo 110, párrafo 4, que establece requisitos adicionales para otorgar el aludido beneficio de la libertad condicional vigilada. Lo que dice textualmente la acusación es que en este caso no se cumple, página 36.

Esta parte del Estatuto, la Parte X, donde está el artículo 110, se refiere exclusivamente a la aplicación que hace la Corte Penal Internacional. Así se desprende del párrafo 1 del artículo 103, que dice textualmente: “La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados; (...)”. O sea, nada que ver con el punto que se está tocando en el párrafo citado de la acusación. De lo que se infiere es que se trata de condenados por la Corte Penal Internacional a una pena privativa de libertad que se cumple en otro Estado; casi nunca en el Estado de origen,

porque existe la desconfianza de que en el Estado de origen pueda tener alguna animadversión o alguna razón especial para condenar.

El segundo error, que también está citado en la acusación, es el párrafo 4 del artículo 110, que también está en la Parte X, De la ejecución de la pena, y su título es preciso: “Examen de una reducción de la pena”, así dice el Estatuto. En todos los casos aludidos por la acusación no se trata de casos en que los tribunales hayan reducido la pena, sino que simplemente se ha aplicado la modalidad, como también lo señalé, del DL 321 de 1925. O sea, la responsabilidad de la aplicación de esta disposición no es de los jueces, se trata de una norma legal que ellos tienen la obligación de aplicar cuando procede. Es responsabilidad del legislador que, transcurridas dos dictaduras y dos guerras mundiales, todavía no sean capaces de modificar y adecuar a los tiempos modernos una disposición que está en otro contexto socio-jurídico, no solo chileno, sino que mundial.

El tercer error está en los requisitos para acceder a la solicitud de reducción de la pena, que también está en las letras a) y b) del párrafo 4, del artículo 110 del Estatuto de Roma. Estas normas tampoco son aplicables, en absoluto, porque este examen y su resolución -la reducción de la pena- están reservados en forma exclusiva a la Corte Penal Internacional, como señala el párrafo 5 de dicho artículo cuando dice expresamente: “La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena (...)”. O sea, está hablando de la Corte y que ella determina no reducir la pena. Es decir, es una cosa que se aplica exclusivamente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y exclusivamente a ese tribunal y no en forma extensiva a cualquiera de los adherentes al pacto.

Luego, abordó el segundo capítulo.

Imputaciones improcedentes en la acusación.

Explicó que para hablar de imputaciones improcedentes, evidentemente, lo primero que hay que examinar es cuándo procede la acusación.

Hay una discusión, en Chile, desde hace 150 años -que se cumplen este año, desde 1868, si mal no recuerda-, cuando la Cámara de Diputados de la época acusó al presidente de la Corte Suprema, don Manuel Montt -que después fue Presidente de Chile-, junto a otros ministros de dicha Corte. Su informe de mayoría, acogido por la Cámara, estimó que “todo acto que le imponga responsabilidad personal a los magistrados de los tribunales superiores implica necesariamente notable abandono de deberes”. Todo acto, cualquier tipo de acto.

El informe de minoría fue sometido a una comisión -Cuerpo de Abogados se llamaba en aquella época, el núcleo del futuro Colegio de Abogados; se está en el año 1875- y 81 abogados lo firmaron. El informe está en el anexo 12 del primer tomo del famoso libro de don Jorge Huneeus “La Constitución ante el Congreso”. La obra tiene dos tomos.

La minoría sostiene que si tal hubiese sido la mente del legislador, cualquier tipo de deber que imponga responsabilidad, no se concibe, porque no lo habría expresado claramente el legislador. Además, dice, es imposible desconocer la gran suma de peligros e inconvenientes que afecta a esa ilimitada jurisdicción, ejercida por un cuerpo político irresponsable -se refiere al Senado-, cuyos miembros no tienen que sujetarse a ninguna regla fija de procedimiento ni es seguro que posean siempre la competencia bastante para juzgar ciertos delitos.

Esa es la posición diametralmente opuesta a la anterior.

Afirmó que el profesor Silva Bascuñán escribió un tratado de Derecho Constitucional, en 13 tomos y dedica el tomo 6 a estudiar este problema y dice: “Entre una interpretación que quite eficacia al resorte de la acusación -la primera versión- y la otra -la segunda- que lo hace en extremo peligroso, se encuentra, a nuestro juicio, la recta comprensión que se aviene con la natural aceptación de los vocablos”. Y aquí está la opinión de él, en forma muy escueta, pero muy precisa: “La acusación procede cuando se produce en circunstancias de suma gravedad que demuestran por actos u omisiones la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan olvidando o infringiéndose los deberes inherentes a la función pública ejercida”.

Hay mucha precisión en esto. Lo difícil es aplicar esta precisión a los casos concretos que generalmente son un tanto difusos y distintos, pero aquí está la esencia del asunto.

Ahora bien, se preguntó ¿por qué estimamos improcedente en la acusación constitucional, por ejemplo, la acusación respecto del control de convencionalidad? El control de convencionalidad no es lo que algunos, llamémosles autores en derecho constitucional, suponen que consiste en acoger, no solo la interpretación que hace la Corte Internacional, sino que incluso el contenido de sus fallos y aplicarlo al caso que están resolviendo, este otro tribunal, que es el que acoge la interpretación o los fallos del tribunal internacional. Hacer esto significa abdicar completamente de la función jurisdiccional, porque la función jurisdiccional exige dos cosas sustanciales. En primer lugar, exige jurisdicción propia. Se ejerce un poder. No se copian las cosas que ha dicho otro tribunal en otro contexto, en otro país. Jurisdicción.

En segundo lugar, responsabilidad. El juez que emite una sentencia, no puede endosar la responsabilidad de lo que dijo a un tribunal extranjero que dijo esto, en otro caso. Tiene que adoptarlo analizando si ese asunto y la forma como fue resuelto se aplica, en forma fluida y clara, al caso que está resolviendo, porque de otra manera no puede aplicarlo.

La acusación curiosamente cita –hizo dos citas- una que es una sentencia de la Corte Suprema, rol 9031, de 2013, página 58 de la acusación, en la cual el tribunal dice que: Decimosegundo: control de respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales –este título lo pone la Corte Suprema-. Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados. ¿Qué está diciendo la corte? Que no solamente hay que atender a los derechos de las víctimas, sino también a los derechos humanitarios de los imputados, porque también tienen derechos y esos derechos no son inventados por el tribunal sino que están establecidos en las leyes. Por ejemplo, el DL N° 325, es del año 1925. Retomó: de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es, agrega la Corte Suprema, el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Ahora bien, añadió que se cita también un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dice, en la parte pertinente, Caso Almonacid versus Chile. “En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Pues bien, esto es lo que ha hecho expresamente la Corte Suprema de justicia en Chile, en todos los casos en los cuales se le acusa de no haber hecho el control de convencionalidad. Más adelante vuelve a repetir la frase: “tener en cuenta”, y la expresión “tener en cuenta” no consiste en someterse ni reproducir textualmente lo que dijo otro tribunal, sino simplemente en considerar, para el caso que se está aplicando, la similitud o la aplicabilidad que tiene esa interpretación a

este caso, porque así se asume la responsabilidad del juez que está dictando sentencia. De otra manera hay un endoso de responsabilidad, que no procede. Es decir, tener en cuenta esta interpretación, esos fundamentos, considerados en su mérito, que es lo que ha hecho nuestro Tribunal Supremo en los casos de derechos humanos que ha debido resolver. Así lo demuestra el fallo que acabo de citar de la Excelentísima Corte Suprema.

En cambio, en lugar de hacer este reproche injusto a los jueces, los acusadores debieron abstenerse de acusar a los tres ministros imputados en su acusación por haber aplicado a los condenados beneficios humanitarios, establecidos en su favor por el legislador chileno desde 1925. ¿Qué reproche puede merecer cambiar la modalidad de cumplimiento de la pena, si esa es una disposición legislativa que está vigente en Chile desde el año 1925? Esta no ha sido modificada, no por culpa del Poder Judicial, sino precisamente por culpa de los legisladores.

A este respecto resultan no solo injustos, sino también injuriosos los cargos contenidos en el resumen de la hoja 1 de la acusación. En dicha hoja, título resumen, en destacado, se hace una especie de microsíntesis de toda la acusación, y en ella se acusa a estos ministros. Dice: “en su abierta vulneración de los principios que emanan de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución” -es un triunfo notable del derecho público chileno decir que los tratados internacionales, que se refieren a los derechos humanos, tienen no solo aplicación, sino que se ha fallado que tienen aplicación preferente sobre la legislación vigente- y, por lo tanto, a las normas imperativas, contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Segundo cargo: “Dejar de ejercer el control de convencionalidad”.

Tercer cargo: “Facilitar la impunidad de los exmilitares condenados”. Al revés, en la Corte Suprema, después de los tribunales ordinarios y de la Corte de Apelaciones en su caso, ha procesado, ha escuchado la defensa de ambas partes en esos casos, ha condenado y ha vigilado el cumplimiento del fallo. Ahora, establecer modalidades distintas para el cumplimiento del fallo, que están en la ley, eso no es de ninguna manera facilitar la impunidad de los exmilitares. Encuentro que es una acusación no solamente ofensiva sino que injuriosa.

“Otorgar un beneficio que hace ilusoria la sanción impuesta por sus crímenes”.

Otra imputación: “Debilitar severamente el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos”. ¿Cuándo se ha impedido o inhabilitado a las personas que tienen acciones que reclamar, de ejercer su derecho ante los tribunales? En su informe, dice que estos cargos resultan injustos, puesto que al estar fundada su conducta jurisdiccional en leyes vigentes y aplicables, no advierten los acusadores que la responsabilidad por su vigencia y aplicación es del legislador, que no ha sabido modificarlas, pero no está en los acusados.

A su juicio, lo más grave que contiene este tipo de acusaciones es que se trata de imputaciones injuriosas, que no calzan con el notable abandono de deberes en contra de magistrados ejemplares en su desempeño de la sala penal de la excelentísima Corte Suprema.

Más grave todavía es todo el capítulo segundo de la acusación, página 80 y siguientes. Dice: Por falta notable de sus deberes –y aquí está la frase que citó anteriormente- al haber facilitado la impunidad de los crímenes de lesa humanidad. Todo el capítulo segundo y especialmente los apartados tercero y cuarto, resultan absolutamente infundados, falsos e injuriosos, toda vez que los magistrados acusados aplicaron las leyes vigentes en todo lo que no se opone ni contradice a los tratados

internacionales de derechos humanos, sin haber facilitado jamás, por el contrario, habiendo condenado por los crímenes de los condenados. Este capítulo confunde erróneamente, como ya lo advirtió, la modalidad de cumplimiento de las condenas con la reducción de las condenas, que son dos cosas totalmente distintas, y nuevamente confunden la libertad condicional vigilada, del DL N° 321, con la impunidad. Pareciera ser que los acusadores no revisaron el sentido, el significado de la palabra impunidad.

La palabra impunidad significa falta de castigo, eso es lo que dice el diccionario de la Real Academia Española, falta de castigo. Y si estos imputados fueron condenados y están cumpliendo su pena, ¿es falta de castigo? Preguntó.

Luego se refirió a las conclusiones.

3. Conclusiones.

3.1. Destaco la inaplicabilidad evidente a los casos en que se invoca el Estatuto de Roma, de la Parte X, de la Ejecución de la Pena, que solo incumbe a los ministros o magistrados de la Corte Penal Internacional y no los tribunales extranjeros.

3.2. Por idénticas razones, tampoco es aplicable el artículo 110 de dicho Estatuto, que se refiere al "Examen de una reducción de la pena", o sea, el análisis que tiene que hacer el tribunal, la Corte Penal Internacional, respecto de si es procedente o no, por las razones que el Estatuto consagra, pero que no se aplican en Chile.

3.3. Tampoco son imputables los magistrados acusados por la no aplicación de mayores requisitos exigidos por las leyes para la reducción de la pena, que no es materia de ninguno de los casos por los cuales se esgrime la acusación.
3.4. Por los sólidos argumentos del profesor Alejandro Silva Bascuñán, que están en más de diez carillas que se acompañan como anexo a mi informe, está muy bien explicada la historia del concepto "notable abandono de deberes", tomados desde la Constitución de 1833, que decía la misma frase, en los mismos términos.

La acusación no resulta convincente ni apropiada para que el honorable Senado de la República pueda, eventualmente, declarar que los acusados son "culpables de delito, infracción o abuso de poder que se les imputa", según el artículo 53, número 1, inciso segundo, de la Constitución Política de la República. Eso es lo único establecido en la Constitución que pueden declarar como fundamento los senadores y no calza en absoluto con ninguna parte de la acusación esta terrible imputación.

Resulta inexcusable la confusión contenida en todo el Capítulo II entre la concesión de la libertad condicional vigilada, que es un derecho de los condenados, legalmente vigente desde 1925, y la imputación ofensiva que se hace a los magistrados acusados de haber facilitado la impunidad.

Finalmente, nos parece oportuno recordar que en la celebración del aniversario de la Convención Americana de Derechos Humanos, el señor Andrés Mahnke, director general de la Defensoría Penal chilena, dijo que la actual Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema es la mejor Sala Penal que ha tenido este tribunal. La calificó como una Sala que se ha distinguido por haber elevado sustancialmente el nivel de análisis y de resolución en los asuntos que dicen relación con los derechos humanos, que nunca había hecho anteriormente la Corte Suprema.

Consultó acaso si los acusadores saben que entre estos magistrados, Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller, este último, además de excelente profesor de derecho penal por muchos años, fue abogado asesor del Comité Pro Paz y abogado asesor de la Vicaría de la Solidaridad en la época más difícil que

sufrió Chile en relación con la persecución y la ofensa de los derechos humanos en toda nuestra historia constitucional.

Concluyo con lo siguiente: Espero, por el bien de Chile, por la independencia del Poder Judicial, por el prestigio de la Honorable Cámara de Diputados y por el respeto a la dignidad humana, que subyace en la concesión de la libertad condicional vigilada a quienes la merecen, que esta acusación inicua sea rechazada en el seno de la propia Cámara de Diputados.

V.- EXAMEN DE LOS HECHOS Y CONSIDERACIONES DE DERECHO.

Durante la última sesión celebrada por la Comisión, el jueves 13 de septiembre de 2018, los integrantes de la Comisión, diputados señores Soto (Presidente), Velasquez, don Esteban, Trisotti y diputadas señoras Marzán y Castillo expusieron y debatieron in extenso acerca del examen de los hechos y las consideraciones de derecho por ellos propuestos, los que sirven de base para la resolución que en definitiva adoptaron respecto a la acusación en estudio.

Al respecto y entrando de lleno en la fundamentación de cada votación, las y los diputados integrantes de la Comisión expusieron y argumentaron como sigue:

El diputado señor **Trisotti** señaló que de conformidad con las facultades establecidas en el artículo 52 numeral 2 letra c) de la Constitución Política de la República; se le ha encargado el estudio acerca de la procedencia o improcedencia de la acusación constitucional sostenida por 10 de nuestros colegas diputados, en contra de 3 Ministros de la Excma. Corte Suprema de Justicia; Sres. Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller.

En síntesis, expuso que el libelo acusatorio afirma que, existiría un **notable abandono de deberes** en los términos establecidos en el **artículo 52, número 2, letra c) de la Constitución Política de la República,** porque los Ministros de la Exctma. Corte Suprema de Justicia no habrían efectuado el control de convencionalidad a que les obligaría el sistema jurídico internacional, al momento de resolver recursos de amparo. El otorgamiento de la libertad condicional, en que no se habrían observado los requisitos que exige el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, habría derivado en la infracción al deber de aplicar **el control de convencionalidad**, lo cual configuraría la causal constitucional de **notable abandono de deberes**; entendiéndose con ello que, los acusados estarían **facilitando la impunidad de crímenes de Lesa Humanidad.**

Respecto al **Beneficio de la Libertad condicional**, se invocan el artículo 110 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma; y, el art. 2° del DL N° 321 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5° de la CPE. También se cita a la Convención Americana de DDHH, para conjugar como ha operado el criterio de los Ministros a la hora de interpretar la ley, a la luz del derecho interno y el derecho internacional de los DDHH.

Los capítulos sobre los que versa la acusación constitucional podrían resumirse en 2 aspectos: 1) **De la responsabilidad constitucional que cabe a los ministros por haber faltado de manera grave o notable al deber de realizar el control de convencionalidad al momento de resolver 7 recursos de amparo que fueron interpuestos por condenados por delitos de lesa humanidad, dejando a estos en libertad condicional**; **y, 2) De la responsabilidad constitucional que les cabe a los ministros acusados por haber faltado de manera grave o notable a sus deberes, al haber facilitado la impunidad de los crímenes de lesa humanidad.**

Que habiendo realizado un estudio exhaustivo del libelo acusatorio, y considerando el examen de los hechos, las normas jurídicas invocadas, las defensas de los acusados, y las intervenciones de invitados expertos en materias que versan sobre Derecho Constitucional, Derecho Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos;

Que, en su opinión, **ESTA ACUSACIÓN DEBE SER RECHAZADA, APROBÁNDOSE LA CUESTIÓN PREVIA,** debido a que adolece de una serie de inconsistencias, errores y se sustenta en una interpretación extensiva pero minoritaria del deber de los jueces de efectuar el control de convencionalidad, entendiendo éste como el estricto respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales que en ningún caso constituirían delitos, infracciones o abuso de poder.

Para arribar a las conclusiones indicadas en lo precedente, y con el objeto de fundar su decisión; procedió al análisis de tres capítulos; a saber: 1° Acerca del Contenido y Alcance sobre el Principio de Independencia del Poder Judicial. Separación o Distribución de Poderes; 2° La Normativa aplicable e Infracción al Control de Convencionalidad; y, 3° Configuración de la Causal de Notable Abandono de Deberes. Fundamentos de hecho y derecho.

1° Sobre el contenido y alcance del Principio de Independencia del Poder Judicial. Separación o Distribución de Poderes.-

Convengamos, sostuvo, en que, la independencia de los jueces no es absoluta, y sus límites están en lo que se conoce como **"Delitos Ministeriales"** recogidos en el **art. 79 de la CPE**; pero también en un **"Ilícito Constitucional"** que sea de tal magnitud y gravedad que pueda llegar a comprometer la responsabilidad del Estado. Ahora bien, debe tratarse de una cuestión grave, permanente, sostenida en el ejercicio de sus funciones **que permita concluir inequívocamente que se incurrido en una "torcida administración de justicia"**, **cuyo acto terminal derive en la destitución**, no bastando, a juicio de este comisionado, una mera diferencia de interpretación de las normas jurídicas vigentes al momento de aplicar la ley al caso concreto; y, en ese entendido éste no puede constituirse en un escenario en que esa independencia judicial pueda ser amagada.

Pese a que la acusación previene en que no se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 76 de la Carta Fundamental, y, específicamente en lo que guarda relación a la separación o distribución de poderes; al indicar expresamente que, "Por ésta vía los condenados por delitos de lesa humanidad que obtuvieron el beneficio de la libertad condicional seguirán libres, lo es porque, los Magistrados desatendieron gravemente sus deberes constitucionales, facilitando la impunidad de crímenes de lesa humanidad". **Esta última afirmación, o si se quiere, imputación**, revela el **EFECTO DIRECTO** que se persigue con el presente libelo acusatorio, perdiendo la virtud de materializarse como un control jurídico-político efectivo de ultima ratio para operar como sistema de contrapesos o frenos de los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, desnaturalizándose la causal de Notable Abandono de Deberes de la forma en que fue concebida por el constituyente; pues a través de la presente **acusación constitucional**, finalmente, lo que se persigue es **atacar el mérito de la decisión judicial sobre las libertades condicionales concedidas**, lo que a mi juicio resulta ser, una invasión e intromisión grave en el ejercicio de las facultades que le son propias al poder judicial, al momento de interpretar y aplicar la ley, tomando en consideración las particularidades de cada caso en concreto.

En este orden de cosas, el modo en que se plantea el libelo acusatorio, impulsa a indagar necesariamente en el contenido de las resoluciones judiciales, a la fecha firmes y ejecutoriadas, para todos los efectos legales; a cuestionar

la interpretación y el ejercicio lógico y racional que los Ministros acusados emplearon al momento de ponderar las normas jurídicas aplicables a los casos concretos respecto de los beneficios invocados; así como también, los criterios de proporcionalidad, los principios estrictos del derecho penal y las fuentes del derecho internacional que utilizaron para fundar su decisión. Consecuencialmente, nos encontramos ante un estadio en que, indefectiblemente, la acusación impone la **"REVISIÓN"** del contenido de dichas resoluciones, **cuestión que le estaría vedada o prohibida al legislativo por mandato expreso del artículo 76 de la CPE**.

El libelo acusatorio, de prosperar en los términos que se ha planteado, genera un riesgo, o si se quiere, una **consecuencia ulterior perniciosa**, cual es terminar por **afectar la Imparcialidad de los Magistrados**, que, en el futuro, estén llamados a conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en causas que versen sobre hechos punitivos de similares características en los que resulte procedente conceder el beneficio de la libertad condicional; produciéndose, lo que me permito denominar **"Un Efecto Extensivo o Inhibidor", en palabras del profesor Fermandois "Intimidante",** al momento en que deban adoptar la decisión que en derecho corresponda, **pues entre concederla o no, lo más probable es que opten por ésta última alternativa**; a objeto de evitar la sustanciación de una acusación constitucional en su contra, por causal de Notable Abandono de Deberes; **afectándose en definitiva la libertad e imparcialidad en la tarea que privativamente les corresponde a la hora de interpretar y aplicar la ley.**

2° En cuanto a la Normativa aplicable e Infracción al Control de Convencionalidad.-

Surgen, a mí juicio, al menos, las siguientes interrogantes: **¿Es efectivo que los Ministros acusados no ejercieron, lo que, a nivel jurisprudencial, se conoce como control de convencionalidad? Había norma jurídica expresa sobre el particular en nuestra legislación interna para resolver los beneficios concedidos? Con el ejercicio de interpretación de la ley y ponderación de los medios…es cierto que se inobservó y transgredió el estatuto de Roma? Se facilita la Impunidad en los términos acusados? Es cierto que hay responsabilidad del Estado?; Veamos:**

Sin perjuicio de lo que exponga en sala, puntualizó que quiere afirmar para los fines del presente informe de la comisión que integra que **"No ha existido vulneración, incumplimiento o inobservancia al denominado control de convencionalidad"**; concepto que, digámoslo desde ya, no es pacífico y no deriva de norma jurídica positiva concreta en el ámbito internacional; y que, por lo mismo no resulta materialmente vinculante a los jueces de la República, no obstante razonar este comisionado, que lo han aplicado y lo han cumplido, armonizádolo con la norma jurídica interna en su tarea de interpretar y aplicar la ley al momento de conceder el beneficio de la libertad condicional en 6 de los casos en estudio. Pues en síntesis, no existe norma internacional alguna que prohíba la concesión de ese beneficio, que en caso alguno implica amnistía o indulto sino que, conforme a su naturaleza jurídica implica una forma especial de cumplir la pena en etapa de ejecución, que no hay impunidad porque se trata de casos en que los beneficiados ya fueron condenados; y, por lo mismo no hubo denegación o impedimento de acceso a la justicia.

Finalmente, y como lo hicieren ver la mayoría de los expertos a esta comisión; el artículo 110 del estatuto de Roma, frecuentemente citado en el libelo acusatorio se circunscribe a "la reducción de la pena y no a la libertad condicional"; no hay inobservancia del art. 5° de la CPE, pues lo sentenciadores, al momento de fundar su decisión hacen alusión expresa a la normativa internacional, además de que, costumbre internacional no consagra la prohibición de entregar beneficios carcelarios a los delitos de lesa humanidad.

Así entendido este capítulo, no hay infracción al control de convencionalidad, así como tampoco al tan invocado Derecho Internacional de los DDHH, desde la óptica de la impunidad y la responsabilidad internacional del estado de Chile. Sobre este punto conviene tener presente, además, que, la Libertad Condicional no importa la reducción o disminución de la pena, cosa distinta es que el DL N° 321 que data de 1925 deba ser objeto de modificaciones y actualizaciones de acuerdo al derecho moderno, **pero la libertad condicional no extingue, ni modifica la duración de la pena, artículo 1°; ergo, desde una óptica estrictamente jurídica, resulta imposible imputar responsabilidad ministerial por Notable Abandono de Deberes, y que del solo tenor del libelo, sin prueba contundente al efecto desplegada por los acusadores, pueda atribuírseles una conducta DOLOSA y A SABIENDAS DE facilitar la impunidad. ESTO RESULTA COMPLETAMENTE ANTIJURÍDICO Y DESPROPORCIONADO.**

En este capítulo, a través del estudio encomendado a la presente comisión; expresó que ha llegado a las siguientes y fundadas <u>conclusiones</u>; a partir de las ideas que se plantearon, precisamente, durante su estudio, detectando las siguientes "Fallas de Origen" del libelo acusatorio; a saber:

1) Los Ministros acusados han aplicado la ley, DL 321: No hay denegación de justicia o impedimento al acceso de la misma.

2) No es cierto que la libertad condicional implique impunidad, se refiere a una forma de dar cumplimiento a la condena, y su concesión es necesaria en un Estado de Derecho. El decreto ley N° 321, de 1925, dice con total claridad y expresamente que la libertad condicional no es una extinción ni modificación de la duración de la pena sino que **un modo particular de hacerla cumplir.**

3) Analizando el punto, a la luz del Derecho Penal, la Acusación sostiene que la fuente de la cual emanaría la obligación de los ministros de la excelentísima Corte Suprema de realizar una interpretación más amplia, más radical y más abierta del restrictivo decreto ley N° 321, se encontraría en el Estatuto de Roma; el artículo 110 y siguientes, **cuando se refiere a la ejecución de la pena**, está haciendo alusión a aquellos **criminales penales sancionados por el propio Tribunal Penal Internacional,** y en sus art. 22 y siguientes se refiere a los Principios generales del derecho Penal; dentro de los cuales se establece el **"Principio de Favorabilidad", conforme al cual** ***"****La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena";* el cual los Ministros de la Corte consideraron al momento de interpretar; a mayor abundamiento, se indica que, la reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional no afectarán a las normas procesales aplicables en un tribunal o en un sistema jurídico nacional ; por tanto, **no ha existido el incumplimiento imputable que se denuncia, pues es el propio Estatuto el que autoriza el ejercicio de interpretación empleado por los acusados.**

<u>3° Configuración de la Causal de Notable Abandono de Deberes. Fundamentos de hecho y derecho.</u>

La causal en estudio, puede abordarse desde su óptica adjetiva o bien sustantiva; y que no es del caso que sólo pueda discurrirse en esta materia sobre la primera de ellas; por ej. Qué un juez llegue tarde a su despacho, lo que resultaría casi irrisorio para algunos…<u>pero y si llega tarde a su despacho y no cumple con las audiencias en las que se ventilan derechos de las partes? Si ello es reiterado puede derivar en denegación de justicia? Discutible al menos.</u>

<u>En el ámbito sustantivo, circunscribo específicamente a la causal de Notable Abandono de Deberes a una "Torcida administración de Justicia, ejercicio de la</u>

función ministerial con culpa o dolo, denegación de acceso a la justicia, un comportamiento desviado", o bien, tomando las palabras del Ministro Sergio Muñoz: Haber trasgredido voluntariamente una norma jurídica; y así someramente, y sobre estas acepciones la acusación imputa dolo a la conducta de los acusados.

Bien, desde la lógica de la teoría sustantiva, sostuvo que el libelo en estudio no profundiza debidamente en la materia; esto es, cómo desempeñan estos magistrados su labor jurisdiccional, cómo fallan y qué es lo que están fallando. En opinión de Zapata, el mirar, leer o examinar no es una interferencia indebida en la esfera de los tribunales, lo que se trata de determinar con esta causal es si un magistrado incurre en notable abandono, una dejación; pero no cualquiera; debe ser grave, grosera; notable como un comportamiento desviado.

El Notable Abandono de Deberes como causal, exige la concurrencia de un ilícito constitucional grave, con un carácter permanente en el tiempo, no un error puntual o aislado; que apunte primordialmente a afectar el debido proceso y la defensa oportuna en juicio; cuestión que no se ha verificado en la especie. **No es posible afirmar que existió una afectación al "Acceso a la Justicia" en los términos que propone el libelo acusatorio**; pues se trata de casos que fueron conocidos y condenados a penas privativas de libertad, cosa distinta es la posibilidad que, en etapa de ejecución de dichas sentencias y cumpliéndose los requisitos exigidos por la ley, se haya optado por estos altos magistrados en ejercicio de su labor interpretativa a conceder el beneficio de la libertad condicional, **resultando improcedente en este caso abordar y resolver un juicio jurídico-político por discrepancias interpretativas, como lo pretende la presente acusación.**

La Corte Interamericana reitera que está prohibido, por el derecho internacional, establecer como causal disciplinaria actuaciones relacionadas con el juicio o criterio jurídico que desarrollen las o los operadores de justicia en alguna resolución; en consecuencia, la comisión y la Cámara no pueden darle contenido al concepto indeterminado de notable abandono de deberes, incluyendo el contenido de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces de la Corte Suprema.

Que, "examinados" los fallos, éste comisionado, de acuerdo a los fundamentos que se invocan, precisó que ha llegado a la plena convicción que en ellos no ha habido "incompetencia, abuso, exceso, omisión, o eventualmente un acto de prevaricación o una torcida administración de justicia sobre la cual se sustente un Notable Abandono de Deberes como el acusado.

Considerando la advertencia que se les hiciere por varios de los invitados; los casos examinados no constituyen una jurisprudencia sorpresiva, novedosa, distinta de nuestros tribunales superiores de justicia, es decir, los fallos; los seis o siete (6 acogidos) casos objetos de esta acusación constitucional, de fines de julio de 2018, no son los primeros en los que nuestra Excelentísima Corte Suprema se pronuncia en ese sentido. Que fueron suscritos por los ministros titulares de esa época, también de la Segunda Sala de la Corte Penal: Milton Juica, Haroldo Brito, el propio ministro Dolmestch, y que están exactamente en la misma línea de la jurisprudencia que ahora parece ser cuestionada.

Por todo lo dicho anteriormente, y sobre las razones de hecho y derecho expuestas, manifestó que **no ha existido un Notable Abandono de Deberes, por infracción al deber de aplicar el control de convencionalidad, ni tampoco por haber facilitado la impunidad, de ninguno de los 3 Ministros acusados.**

Por lo expuesto, el libelo acusatorio resulta jurídicamente improcedente; y por lo mismo, concluyó diciendo que RESUELVE RECHAZAR LA

PRESENTE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL y, que SEA APROBADA, LA CUESTIÓN PREVIA.

****

La diputada señora **Marzán** en primer lugar expuso acerca de los hechos.

1. Que la Corte Suprema los días 30 y 31 de julio resolvió dar Ha Lugar los recursos de amparos presentados en favor de siete condenados por crímenes de lesa humanidad, a pesar de la opinión de la Comisión de Libertad Condicional, en cuyo informe se resuelve denegar el beneficio por no cumplirse con los requisitos, por parte de los ahora liberados.

2. Que en dicha decisión concurren tres ministros de la Segunda Sala de la Excelentísima Corte Suprema, a saber: Hugo Dolmestch Urra, Manuel Valderrama Rebolledo y Carlos Künsemüller, además de abogados integrantes.

3. Que las seis libertades condicionales corresponden a Gamaliel Soto Segura, Manuel Pérez Santillán, José Quintanilla Fernández, Ernesto Portillo Aranda, Felipe Luis Guillermo González Aranda y Moisés Retamal Bustos, además del Amparo acogido en beneficio de Emilio Robert de la Mahotiere González.

4. Que los informes de gendarmería son contestes en sentido fuerte sobre cada uno de los reos en relación con la falta de idoneidad de estos para la concesión de libertad condicional sobre el supuesto de no verificarse el elemento "arrepentimiento". En líneas generales, las evaluaciones psicológicas efectuadas develan ausencia de i) Conciencia de delito, ii) Conciencia del daño y mal causado y iii) Disposición para el cambio. Por lo demás, se reitera la negación de participación en hechos, los condenados no manifiestan juicios críticos respecto a la participación en la comisión del delito, incorporando, además, nociones de estar condenados por venganza política, sin internalizar el mal cometido.

Acto seguido, abordó su fundamentación a partir de consideraciones de derecho.

1. La facultad privativa de acusar constitucionalmente procede de concordancia con el artículo 52 de la Constitución Política de la República y le corresponde a la Cámara de diputados. En su literal c) contempla la posibilidad de dirigir esta acusación contra magistrados de tribunales superiores de justicia como herramienta política de responsabilidad de estos, bajo la causal de notable abandono de deberes.

2. La figura de "Notable Abandono de Deberes" no se rige por criterios penales de tipicidad, pues no es de aquellas causales para establecer responsabilidad penal en los términos del artículo 79 de la Constitución Política de la República. La causal enunciada es amplia y contempla tanto una faz formal como material, es decir, el deber es en lo adjetivo y en lo sustancial, lo que en palabras del profesor Patricio Zapata en su exposición, no se relaciona necesariamente con lo dispositivo de los fallos y en cómo se vincula esto con el abandono. El abandono debe ser notable, de una manifestación tal, que sea fácilmente observable por la comunidad. En rigor, no se requiere precedente, ni jurisprudencia en sentido fuerte con determinada orientación para evaluar Notable Abandono de Deberes, pues basta solo un fallo en cuya matriz el abandono del deber sea apreciable públicamente por grosero.

3. Los Magistrados aplicaron única y exclusivamente el DL 321 para conceder libertad condicional, una disposición a todas luces insuficiente para justificar por sí sola la concesión de este privilegio para quienes hayan cometido delitos de lesa humanidad, al ser dictada mucho antes de incluso acuñarse la noción de "Delitos de Lesa Humanidad". El Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, establece este tribunal como de jurisdicción complementaria ante el no ejercicio del deber fundamental de los Estados parte de conocer asuntos criminales considerados así por el Derecho Internacional. El ordenamiento jurídico internacional no puede considerarse un derecho entre Estados o meramente regulador de instituciones, sino un derecho humanizado, que busca la protección integral de los derechos de las personas a través de la celebración de tratados que humanizan la guerra, sancionan el genocidio, protegen las minorías, castigan la tortura y crímenes de lesa humanidad. Con todo, el Estatuto de Roma establece principios de aplicación general que tiene vigor en Chile al encontrarse este tratado ratificado y vigente en el ordenamiento jurídico nacional, debiendo estos principios cumplirse en plena concordancia con el principio que irradia el cumplimiento de todos los tratados, el Pacta Sunt Servanda.

4. La doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, ha acogido abiertamente la modalidad del Derecho Anglosajón en relación con que las normas del Derecho Internacional se incorporan automáticamente y de manera general al derecho nacional, esta doctrina es la denominada de Recepción Global o Automática y la idea del Bloque de Constitucionalidad[118] planteado por el Profesor Humberto Nogueira. Amparado en esto, existen resoluciones que han puesto la costumbre internacional por sobre la ley nacional, por ejemplo, al invocar el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad. Bajo esta misma lógica, hay jurisprudencia en la que se establece de manera expresa el Control de Convencionalidad como deber y obligación de los jueces en su decisión.[119] En aras de proteger de mejor manera los Derechos Humanos y Fundamentales, la evolución de la jurisprudencia es clara en cuanto a su orientación de verificar el control de convencionalidad, en plena concordancia con lo expresado por el Profesor Arturo Fermandois, en cuanto a aquellas normas de tal relevancia, que son de ius cogens, priman por otro precepto del ordenamiento nacional y deben ser aplicados por cualquier juez, siendo el control de convencionalidad, la forma en que se cumple con Tratados Internacionales de Derechos Humanos y se garantiza su plena vigencia en Chile.

5. De conformidad a lo establecido por el Profesor Humberto Nogueira en su exposición, es que la legislación, de ordinario, no contempla delitos de lesa humanidad. Con todo, existe una regla general -según expresa- en la que no caben beneficios en favor de condenados por delitos de lesa humanidad. Con esto, se podría llegar de modo errado, a la conclusión de que al no estar señalada la prohibición de otorgar beneficios, se podrían conceder estos interpretando a contrario sensu. Sin embargo, concluye el profesor Nogueira, que los beneficios para este tipo de delitos son de derecho estricto y, como tales, deben estar consagrados expresamente, pues por regla general, no proceden.

6. La Acusación Constitucional es un medio que contempla la propia Constitución Política de la República y, como tal, se entiende como una facultad privativa que puede ejercer en la oportunidad que lo estimen y bajo las causales expresadas. La independencia de los poderes se concibe como un derecho, como parte de un diseño institucional que lo consagra como principio, pero no debe entenderse como una independencia absoluta, toda vez que existe un sistema de frenos y

[118] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos*. Santiago, Librotecnia, 2006.
[119] Fallo de la Corte Suprema 9031-2013

contrapesos en cuya esencia radica un sistema de coordinación intra e inter órganos y poderes del Estado, tal y como expuso el Ministro de la Corte Suprema Sergio Muñoz, estableciendo la lógica de que la técnica de separación de poderes no es de carácter rígido, sino de interacción y coordinación, de modo tal que desde el punto de vista institucional, la Acusación Constitucional es plenamente viable.

7. El Notable Abandono de deberes no supone necesariamente una conducta reiterada, es posible que se pueda manifestar en una sola actuación judicial (Así lo manifestaron los abogados Claudio Nash, Humberto Nogueira, Patricio Zapata, Rodrigo Poblete), manifestable en un abandono de deber formal o sustancial y, como la norma no distingue, perfectamente puede expresarse dicho abandono en una resolución judicial, sin necesidad de revisar lo dispositivo del fallo. La Acusación no es una revisión del fallo, pues no es un medio de impugnación de resoluciones judiciales que la ley franquea para estos propósitos. Con todo, en palabras del Profesor Claudio Nash, que expuso ante nuestra comisión, es posible, incluso, la revisión o examen de un fallo sin poner en riesgo el Estado de Derecho, toda vez que no hay causa que se reabra, ni resolución que se sustituya. Sin ir más lejos, los reos seguirán gozando del beneficio de cumplir la pena bajo modalidad de libertad condicional.

Por tanto, y de conformidad a lo expuesto, la Acusación Constitucional es una facultad que está expresamente consagrada en el artículo 52 de la Constitución de la República y, como tal, comprendida dentro de un orden institucional de coordinación de Poderes del Estado que no vulnera, en lo absoluto, la Independencia de los Poderes. Por lo demás, es el instrumento de control y fiscalización que corresponde de manera exclusiva a nuestro órgano y no está, bajo ninguna hipótesis, vedado para interponerla ante los Magistrados enunciados, pues bajo ningún punto de vista implica revisar, ni modificar lo dispositivo del fallo, al punto que los condenados seguirán cumpliendo la pena en libertad. En el particular, los Magistrados de la Excma. Corte Suprema, no verifican control de convencionalidad[120], es decir, no integran normativa internacional en su decisión, configurándose así un notable abandono de deberes, toda vez que hay transgresión a un deber sustancial en el que desconoce compromisos internacionales suscritos por Chile, ratificados y vigentes. Como fundamenté anteriormente, el ordenamiento jurídico internacional no puede considerarse un derecho entre Estados o meramente regulador de instituciones, sino un derecho humanizado, que busca la protección integral de los derechos de las personas.

Finalmente, señaló que por las facultades que expresamente le concede la Constitución Política, como diputada de la República, manifestó su voto **A FAVOR** de la Acusación Constitucional.

****

El diputado señor **Velásquez, don Esteban** expresó que su intervención se estructura en base a un breve análisis de los antecedentes de la acusación, de la defensa, con exclusión de su cuestión previa, para continuar con sus argumentos que fundamentan la decisión en la parte de la conclusión.

Acerca de los antecedentes de la acusación, precisó que con fecha 22 de agosto de 2018, un grupo de 10 diputados, conformado por las H. Diputadas Hertz, Hernando, y Sepúlveda, y los H. Diputados Boric, Celis, Crispi, Hirsch, Naranjo, Nuñez, don Daniel, y Soto, don Raúl, en ejercicio de la facultad que les otorga la Constitución

[120] Entendido como aquél deber de los jueces realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y demás instrumentos del sistema interamericano. (FERRER MAC-GREGOR)

Política de la República en su artículo 52, N°2, letra c), interpusieron una acusación constitucional contra Hugo Enrique Dolmestch Urra, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo Y Carlos Guillermo Künsemüller Loebenfelder, todos Ministros de la Corte Suprema, integrantes de la Sala Penal del mencionado tribunal.

Fundan la acusación en que "los días 30 y 31 de julio del presente año, siete ex militares condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad, obtuvieron el beneficio de la libertad condicional, sin sujetarse a las condiciones y requisitos establecidos en las convenciones y tratados internacionales suscritos por Chile y que forman parte del derecho interno. Tres ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema, en abierta vulneración a los principios que emanan de lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución y, por lo tanto, a las normas imperativas contenidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos, se pronunciaron por la libertad de los sujetos en sendas resoluciones sobre recursos de amparo. De este modo, los magistrados abandonaron notablemente sus deberes al dejar de ejercer el control de convencionalidad y facilitaron la impunidad de los ex militares condenados, al otorgar un beneficio que hace ilusoria la sanción impuesta por sus crímenes. La conducta de los ministros acusados revive una herida abierta en nuestra sociedad y abre una peligrosa puerta para que los culpables de la desaparición y muerte de otros chilenos quede en la más absoluta impunidad. Al mismo tiempo, lo resuelto por los ministros debilita severamente el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares[121]".

El libelo se estructura en base a VI Títulos: I) resumen (página 1), ii) consideraciones previas (página 2), iii) Legitimidad de la acusación constitucional en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de deberes en el marco del Estado de derecho (páginas 4 y siguientes), iv) responsabilidad de los ministros de los tribunales superiores de justicia: notable abandono de deberes (páginas 8 y siguientes), v) Hechos (páginas 13 y siguientes), y vi) Capítulos acusatorios (páginas 46 y siguientes).

Estos últimos capítulos se subdividen en dos: Capítulo I. De la responsabilidad constitucional que cabe a los ministros acusados, por haber faltado de manera grave o notable al deber de realizar un control de convencionalidad al momento de resolver un conjunto de recursos de amparo, que fueron interpuestos por condenados por delitos de lesa humanidad, dejando a éstos en libertad condicional, y Capítulo II. De la responsabilidad constitucional que cabe a los ministros acusados por haber faltado de manera grave o notable a sus deberes, al haber facilitado la impunidad de los crímenes de lesa humanidad.

Sobre los antecedentes de la defensa, indicó que con fecha 6 de septiembre del 2018, en el marco del debido proceso, y en particular, en el ejercicio de su derecho a defensa, los Ministros acusados interpusieron la cuestión previa, a la que se refiere la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y sus respectivas contestaciones.

De conformidad al artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, corresponde dilucidar la cuestión previa a la Sala de la Cámara de Diputados, razón por la cual esta minuta no se hará cargo de los argumentos allí expuestos.

En cuanto a la defensa de don HUGO ENRIQUE DOLMESTCH URRA[122], éste solicita el rechazo de la acusación, y por consiguiente su absolución,

---

Texto de la acusación constitucional, disponible en https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=42282&formato=pdf.|

[122] Texto de la defensa en https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=147201&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION.

basado en 4 capítulos formulados en pregunta y 2 capítulos en los cuales se dedica a controvertir los capítulos acusatorios del libelo acusatorio: I. ¿PUEDE ACUSARSE CONSTITUCIONALMENTE A MINISTROS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA? (páginas 79 y siguientes), II. ¿QUÉ TIPO DE CONDUCTAS (ADJETIVAS O SUSTANTIVAS) CABEN DENTRO DE LA CAUSAL "NOTABLE ABANDONO DE DEBERES"? (páginas 81 y siguientes), III. LAS SIETE SENTENCIAS SEÑALADAS EN LA ACUSACIÓN, ¿REVELAN UNA GRAVE, REITERADA Y RELEVANTE FALTA DE LOS DEBERES CONSTITUCIONALES Y LEGALES IMPUESTOS A LOS JUECES DE LA REPÚBLICA? (páginas 88 y siguientes), IV. LAS SIETE SENTENCIAS SEÑALADAS EN LA ACUSACIÓN, ¿FUERON ADOPTADAS CON TORCIDA INTENCIÓN O DESCUIDO MANIFIESTO? (páginas 94 y siguientes), V. REFERENCIA AL CAPÍTULO PRIMERO ACUSATORIO: SUPUESTA FALTA AL DEBER DE REALIZAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA DICTAR LAS SIETE SENTENCIAS SEÑALADAS EN LA ACUSACIÓN (páginas 96 y siguientes), VI.REFERENCIA AL CAPÍTULO SEGUNDO ACUSATORIO: SUPUESTA FACILITACIÓN DE LA IMPUNIDAD DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD AL DICTAR LAS SIETE SENTENCIAS SEÑALADAS EN LA ACUSACIÓN (páginas 122 y siguientes). Finalmente, se encuentra un último capítulo referido a las conclusiones.

En cuanto a la defensa de don CARLOS GUILLERMO KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER[123], éste plantea su contestación en 4 títulos, I. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL (páginas 12 y siguientes), II.- NO EXISTE FALTA RESPECTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (páginas 17 y siguientes), III.- OTRAS CONSIDERACIONES (páginas 19 y siguientes), IV.- OBSERVACIONES FINALES (página 21). Luego, en títulos no numerados, plantea tres cuestiones: EL FUNDAMENTO DE LA ACUSACIÓN ES LA DISCREPANCIA CON LO RESUELTO POR LOS JUECES (páginas 21 y siguientes), LA ACUSACION Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL (páginas 28 y siguientes), y OBSERVACIONES FINALES (páginas 37 y 38).

En cuanto a la defensa de don MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO, éste contesta la acusación solicitando el rechazo de la misma, con 4 títulos que se denominan: 1. ANTECEDENTES DE ESTE ACUSADO (página 31 y siguientes), 2. CONTESTACIÓN AL PRIMER CAPÍTULO DE LA ACUSACIÓN (páginas 34 y siguientes), CONTESTACIÓN AL SEGUNDO CAPÍTULO DE LA ACUSACIÓN (páginas 66 y siguientes), 4. EL NOTABLE ABANDONO DE DEBERES. LOS ESTÁNDARES Y EL MODO EN QUE ESTA ACUSACIÓN LOS INFRINGE. (páginas 71 y siguientes).

En términos generales, y sin afán de exhaustividad, se puede señalar que las defensas están contestes en controvertir la acusación en los siguientes puntos, sin perjuicio de que cada uno efectúa argumentaciones específicas de ellos, en cada caso: i) la falta de atribuciones de la Cámara de Diputados para acusar constitucionalmente a los Ministros de la Corte Suprema, por sus resoluciones judiciales, ii) la inexistencia de un notable abandono de deberes, iii) la ausencia de una exigencia expresa de control de convencionalidad, iv) la ausencia de una conducta de facilitar la impunidad.

Finalmente, expuso en relación con los argumentos que fundamentan la conclusión.

En primer término, cabe fijar la competencia que tiene el diputado suscriptor respecto de la Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional entablada contra Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller.

---

[123] Texto de la defensa en https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=147200&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION

Sobre el particular, y en este caso, la Cámara de Diputados tiene la facultad exclusiva de “Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: c) De los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes” (artículo 52, N°2, letra c) de la Constitución Política de la República).

De esta forma, a la Cámara le compete declarar “si han o no lugar las acusaciones”, para entablarla en el Senado, quien a su vez conocerá y resolverá como jurado, limitándose a “declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa” (artículo 53, numeral 1) de la Constitución Política de la República).

Al respecto, la Real Academia Española define “dar lugar a algo” como “Ocasionar, motivar”, y “ocasionar”, a su vez, se entiende como “Ser causa o motivo para que suceda algo”. En definitiva, de las normas transcritas, si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a la acusación, ocasiona, es causa, o motivo, de entablar la acusación en el Senado. *A contrario sensu* no le corresponde entonces declarar si el acusado es o no “culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa”.

Lo anterior es lógico, toda vez que el juicio constitucional es un proceso, en el cual el órgano acusador (Cámara de Diputados), está separado del que enjuicia (Senado).

De esta forma, la LOCCN mandata a esta Comisión determinar la procedencia de la acusación (artículos 38, y 41). La misma RAE define “proceder”, en una de sus acepciones, como “Hacer algo conforme a razón, derecho, mandato, práctica o conveniencia”. En otros términos, corresponde a los diputados integrantes de la Comisión señalar si la acusación está conforme a la Constitución, y las leyes, teniendo en consideración lo planteado por la defensa.

Para este ejercicio, en primer término, se deberá determinar si la acusación cumple con los requisitos formales que establece la Constitución Política, para luego analizar si la causal esgrimida (notable abandono de deberes), procede, en el análisis de sus capítulos.

La acusación constitucional se esgrime en uso de las atribuciones claramente establecidas en la Constitución Política, dado que tanto los sujetos acusados, como el objeto de la misma (la causal), están previstos en el texto de la Carta Fundamental. Desde este punto de vista, y sin perjuicio de que no le corresponde a este diputado pronunciarse sobre una eventual vulneración del principio de separación de poderes, debe descartarse que este instrumento de la acusación constitucional, presente en nuestra tradición desde 1833, constituya un atentado contra la independencia de los Tribunales, dado que ello importaría negarle cualquier utilidad a una herramienta que se construye en base a los frenos y contrapesos que tienen los poderes del Estado entre sí.

Por su parte, se descarta que la causal de notable de deberes sólo contenga los denominados deberes adjetivos, sino que además debe extenderse a los deberes objetivos, lo que no significa *per se* un atentado al principio de separación de poderes. La Constitución Política no limita la causal, por lo que cualquier interpretación que implique reducir su alcance implicaría necesariamente restringir atribuciones que la propia Carta Fundamental establece. Ello no quiere decir que se interpongan acusaciones constitucionales cada vez que haya una discrepancia de interpretación en un fallo entre la Cámara de Diputados y los Tribunales Superiores de Justicia, sino que deberá estarse al tenor literal de la Constitución, esto es, comprobarse cada uno de los requisitos de la causal de notable abandono de deberes.

Desde este punto de vista, la acusación constitucional entablada por los 10 diputados mencionados se realizó en el marco de las atribuciones exclusivas que le otorga la Constitución Política a la Cámara de Diputados (artículo 52, N°2), cumpliendo todas las exigencias formales para ello.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de fondo, esto es, la concurrencia de la causal de notable abandono de deberes, se debe justamente establecer, en primer término, si existe un deber, si ese deber se abandonó, y si ese abandono es notable.

La existencia del deber se fundaría, de conformidad a los acusadores, "ejercer, en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un control de convencionalidad[124]". Las defensas sostuvieron que los Ministros, en cada caso sí ejercieron este control de convencionalidad, o que tuvieron a la vista los tratados internacionales que señala la acusación[125]. Desde este punto de vista, más allá que se discuta si existe o no este deber, los Magistrados expresamente reconocen haber tenido a la vista los tratados, cuestión que se aprecia de los propios fallos, dado que se citan algunas normas de las convenciones internacionales en cuestión, de tal modo, que podemos concluir necesariamente que sí existe un deber. Señalar lo contrario implicaría desconocer el propio artículo 5° inciso segundo, de la Constitución Política de la República, que reconoce como límite de la soberanía nacional el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y señala que "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

En cuanto al abandono de este deber, esto es, a la circunstancia de haber incumplido el deber de ejercer el control de convencionalidad, debemos señalar que se comparte lo señalado por la acusación en torno a que "Los Ministros acusados esgrimen razones de derecho interno, en particular el Decreto Ley sobre libertad condicional y sus requisitos, para dejar sin aplicación del Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte IDH[126]", asimismo, "reconocen el carácter de delitos de lesa humanidad cometidos por los amparados. Sin embargo, no practican el control de convencionalidad al momento de conceder el beneficio de libertad condicional[127]".

En esta parte, cito al profesor Nash, que compareció a la Comisión a entregar su parecer sobre la acusación. Al respecto, el profesor señala cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la propia Corte Suprema, y en menor medida el Tribunal Constitucional establecen perentoriamente la obligación de aplicar el control de convencionalidad. En los casos que convocan a la acusación, el profesor señala: "La Corte Suprema cita la Corte Interamericana y dice que en el seguimiento de la sentencia de Barrios Altos no procedía conceder los indultos que el Presidente Kuczynski dio a Fujimori, haciendo ver o insinuando que no se habían cumplido las formalidades.

Sin embargo, si se fijan en lo que dijo la Corte Interamericana es que en ese caso había un problema de formalidades y un problema sustantivo. La Corte Interamericana lo que dijo a Perú, y que la Corte Suprema lo tiene en cuenta, es que había elementos sustantivos para dictar una medida como, en ese caso, un indulto. Por lo tanto, estaba en pleno conocimiento de que la Corte Interamericana determinó que hay estándares y el control de convencionalidad dice que usted debe regirse a la normativa vigente internacional y a los órganos de control, en este caso, la Corte. Entonces,

[124] Página 49 del libelo acusatorio.
[125] Página 31 de la defensa del Ministro Dolmestch, página 6 de la defensa del Ministro Kunsemuller, página 34 de la defensa del Ministro Valderrama.
[126] Página 70 del libelo acusatorio.
[127] Página 76 del libelo acusatorio.

tenemos a la Corte Interamericana que ha establecido criterios restrictivos para este tipo de medidas.

El Estatuto de Roma, si bien la normativa que dicta tiene que ver con su propio funcionamiento, cumple estándares básicos en términos de decir claramente que las penas se deben cumplir -artículo 110-, y solo si va a haber rebaja pueden tenerse en consideración ciertos criterios. Y la rebaja no la hacen los Estados, la puede hacer solo la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, hay criterios suficientes para haber resuelto estas libertades condicionales de una manera distinta. Me parece que todos podríamos estar de acuerdo, relativamente fácil, en términos de que aquí ha habido una infracción por parte de los jueces de la Corte Suprema[128]".

Asimismo, cabe citar al profesor Nogueira, quien señaló en la Comisión que: "En el caso en análisis, la Sala Penal de la Corte Suprema en recurso de amparo otorgó la libertad condicional a través de cinco sentencias, a siete reos condenados por violaciones a los derechos humanos, aplicando el DL 321 de 1925, previsto para libertades condicionales de reos comunes, no para delitos de lesa humanidad, violatorios de derechos humanos o crímenes de guerra.

Tal aplicación constituye una vulneración del derecho a la jurisdicción como regla de ius cogens, comprendida en los artículos 8 de la CADH y 14 del PISCP de Naciones Unidas, la que comprende asegurar el cumplimiento de las penas emitidas por los tribunales competentes y no aplicar medidas de libertad condicional que constituyen una forma indirecta de impunidad, si ellas no cumplen los estándares internacionales de derechos humanos.

La vulneración del derecho a la jurisdicción implica asimismo, la vulneración constitucional del artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la Constitución que prohíbe suspender la aplicación de tratados internacionales ratificados y vigentes como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre desaparición forzada de personas. Todo ello conforme a las determinaciones de la Corte IDH, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura y el Comité sobre desaparición forzada de personas.

La conducta expresada en las cinco sentencias implica asimismo vulnerar la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en sus artículos 26 y 31.1 que obligan a los estados partes a aplicar los principios de ius cogens cumplimiento de buena fe de las obligaciones contenidas en tratados internacionales y los artículos 42 y 43 de la misma convención que prohíben adoptar medidas de suspensión de los efectos de los tratados internacionales, lo que, a su vez genera un ilícito internacional y responsabilidad internacional del Estado.

El derecho internacional convencional, consuetudinario y los principios de ius cogens, que los jueces deben necesariamente aplicar, como lo ha reconocido jurisdiccionalmente la propia Corte Suprema, no permiten adoptar medidas de libertad condicional, con lo cual la Sala Penal de la Corte Suprema vulneró el derecho vigente que necesariamente debieron aplicar.

Las cinco sentencias de protección realizan una interpretación manipulativa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos, para intentar otorgar legitimidad a tales decisiones, que no tienen fundamento en tal sentencia, lo que queda en evidencia, con la resolución de la Corte IDH de mayo de 2018 de supervigilancia del Caso Barrios Altos, que desmiente las afirmaciones hechas por la Sala

[128] Acta de la Sesión N°1 de la Comisión, página 17-18.

Penal de la Corte Suprema, la cual no fue considerada por el Tribunal, lo que incumple el deber de aplicar los estándares internacionales en materia de cumplimiento de sentencias en materia de crímenes contra los derechos humanos, obligatorios para dicho tribunal.

Todas dichas conductas violan gravemente los artículos 5° inciso 2° de la Constitución; artículo 6°, que determina que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"; y 54 N° 1, inciso 5°, que impide a los tribunales suspender los efectos de las disposiciones de tratados ratificados y vigentes unilateralmente, como asimismo el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales que precisa la aplicación de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia[129]".

En consecuencia de lo dicho, cabe señalar que en los fallos de los Ministros acusados se podría distinguir un abandono del deber de aplicar control de convencionalidad.

Restaría entonces determinar si ese abandono de deberes fue "notable", es decir, grave o evidente.

La acusación constitucional se funda en la gravedad que implicaron los 7 fallos firmados por los Ministros acusados, con los cuales se otorgó libertad condicional a una serie de condenados por crímenes de lesa humanidad. La parte V) de la acusación, denominada "Hechos" es gráfica en describir cómo fueron condenándose cada una de estos criminales, aplicándose el derecho internacional íntegramente, y cómo luego, a través de los 7 fallos cuestionados, en general, se otorgaron 7 libertades condicionales a personas que han cumplido sólo parte de una baja pena, sin arrepentimiento, y sin colaboración para indagar en otros sucesos.

Citó uno de los fallos, por el cual se condenó a JOSÉ QUINTANILLA FERNÁNDEZ, FELIPE LUIS GONZÁLEZ ASTORGA, y HERNÁN ERNESTO PORTILLO ARANDA, tres criminales que hoy gozan del beneficio de libertad condicional, y el cual es ilustrativo de lo que acá mencionado: "Los crímenes de lesa humanidad no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad del hombre, de suerte tal que para su configuración existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen 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.

Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra - legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

---

[129] Minuta entregada por el profesor Humberto Nogueira a la Comisión, denominada "Acusación constitucional en caso Ministros de la Corte Suprema en virtud de sentencia de protección que aplica DL 321 de 1925 a condenados por delitos de lesa humanidad", páginas 25-26.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito investigado en la presente causa y el contexto en el que se desarrolló, con la participación de miembros del Estado, no cabe duda alguna que debe ser subsumido a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que merece una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular".

Esta categórica afirmación de la Corte Suprema, efectuada sólo unos años antes de las libertades cuestionadas, contrasta claramente con lo que se expresa en los fallos que las contienen, en donde se señala que: "conviene aclarar que aun cuando el párrafo 3° del artículo 110 del Estatuto de Roma establece restricciones para la reducción de la pena a quienes hayan sido condenados, entre otros, por crímenes de lesa humanidad -como se califica el cometido por el amparado-, tales limitaciones rigen sólo para la rebaja de sanciones impuestas por la Corte Penal Internacional establecida por dicho Estatuto, lo que, huelga aclarar, no se ajusta al caso sub lite".

Como se puede apreciar, existe una evidente diferencia en la forma de juzgar y condenar, y la forma en que se aprecian los beneficios carcelarios, en relación al control de convencionalidad. En el primer caso se hace una aplicación clara y cierta del derecho internacional, y por tanto, se cumple con el control de convencionalidad, mientras que en el segundo, existe una desdibujada función que se le atribuiría a esta normativa, desechando, para estos casos, la aplicación de los diversos tratados internacionales antes citados, y por tanto, eludiendo el mencionado control de convencionalidad, por tratarse de un aspecto distinto a la condena, esto es, la ejecución de la pena.

Resulta tremendamente llamativo que Ministros con una larga trayectoria, que aplicaron el derecho internacional en causas por violaciones a los Derechos Humanos, ejerciendo el debido control de convencionalidad, hayan resuelto acoger estos amparos, dando la libertad a las mismas personas que ellos habían condenado.

Como se planteó también en la Comisión, es cuestionable además, que se haya dado lugar a ello en virtud de recursos de amparo, quizás no siendo la vía jurisdiccional idónea que permitiría jurídicamente dejar sin efecto las decisiones de una Comisión técnica que expresamente era de la opción de no otorgar las libertades condicionales (el cual además es el organismo al cual la ley le atribuye la potestad para hacerlo). El profesor Zapata planteó: "me parece que un instrumento como el habeas corpus está pensado para deshacer graves arbitrariedades, pero no para sustituir en el micro manejo el trabajo complejo y delicado de la reinserción, la ejecución de la pena, el otorgamiento o no de las libertades condicionales[130]". Y luego, ante una consulta que efectué en la sesión respectiva: "La Corte Suprema está haciendo un *micromanagement* para el cual no tiene los recursos, los tiempos ni tampoco las capacidades, y sucede -como usted señaló muy bien- que un día el ministro Valderrama dice que no pueden dar la libertad porque tiene causas pendientes y los otros parece que no lo escuchan[131].

Cabe recordar que la mayoría de estos 7 fallos, vinieron a revocar la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, y a su vez, las decisiones de la Comisión de Libertad Condicional, organismo técnico encargado de decidir sobre la idoneidad de una persona para optar a este beneficio. Los mismos informes de la Comisión señalaban que estas personas no tenían conciencia del delito, conciencia del

[130] Acta de la Sesión N°1 de la Comisión, página 8.

[131] Acta de la Sesión N°1 de la Comisión, página 37.

daño y mal causado, ni disposición para el cambio, tal cual se aprecia de los documentos acompañados en la acusación.

Esta diferenciación en la aplicación del debido control de convencionalidad lleva a que, para la condena, sí exista una distinción entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad, pero para su ejecución, se difumine, llegando al absurdo de que en alguno de estos 7 casos, transcurrieron menos de 2 años y medio de prisión efectiva, ¿es justificable esta distinción? Según se ha dicho hasta acá, pareciera que el abandono de los deberes, revista cierta gravedad.

Agregó que muchos de estos criminales, que hoy gozan de libertad condicional, aún tenían causas pendientes, y así lo expresó incluso el Ministro Valderrama en la causa Rol C-16.820-18.

Aún más, no se debe perder de vista, aunque la Comisión y sus distintos invitados hicieron muy poco hincapié en ello, que los principales afectados con estas decisiones son las víctimas directas de los delitos por los cuales fueron condenados los que hoy son liberados, ¿qué significa para ellos que la persona que secuestró y contribuyó en la desaparición (hasta el día de hoy), de uno de sus familiares hoy esté libre luego de cumplir una bajísima condena, en comparación con el grave delito cometido?

Los principales afectados son las víctimas de estos delitos, quienes ven cómo luego de largos juicios, con condenas con penas bajas, que vinieron casi 30 años después de terminado la dictadura militar, se beneficia a criminales de lesa humanidad con la libertad condicional, en circunstancias que, aplicando el derecho internacional, no se les debería haber otorgado. Este precedente genera una vulneración tan grave, que constituye el notable abandono de deberes que imputa la Constitución.

Es ilustrativo lo mencionado por doña Lorena **Pizarro**, de la Agrupación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, en la Comisión: “Diputados y diputadas, cuando hablamos de este tema hablamos de seres humanos, hablamos de vidas, hablamos de personas que por pensar distinto fueron perseguidas, asesinadas, torturadas, y en nuestro caso, incluso, no fueron capaces de entregarnos sus cuerpos. ¡Todavía los buscamos! Pero resulta que estos siete señores, solo como ejemplo, jamás colaboraron para saber qué pasó con nuestros familiares. Es más, sienten que cumplieron con el deber militar. Ese no puede ser el país que construimos[132]”.

Asimismo, doña Alicia Lira, en representación de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, señaló: “Estamos hablando de eso, de vidas porque, además, estos crímenes son tan alevosos, tan graves, porque no fueron por maldad, no fueron porque alguien perdió la paciencia, sino que fueron premeditados y por razones políticas. Es my importante: la maldad de planificar, de secuestrar, de ejecutar, de torturar[133]”.

Cabe una pregunta final, ¿cuál será la consecuencia de estos fallos en las sucesivas peticiones de libertad condicional que realicen los condenados por crímenes de lesa humanidad? Aún es parte de la ficción, pero con seguridad podríamos asegurar que esta jurisprudencia les da una alternativa, un precedente que de todas formas será alegado en los Tribunales, y que formará parte de su propia “seguridad jurídica”. Esa consecuencia tiene que analizarse desde el punto de vista de las víctimas, y lo que significará continuar, en este estado de cosas, los juicios que han iniciado para la averiguación de la verdad.

[132] Acta de la sesión N°3, página 7.
[133] Ibid. p. 9.

Nada más claro que lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su comunicado de 17 de agosto, a propósito de estas libertades condicionales: “el sistema interamericano de derechos humanos ha advertido que la aplicación de medidas que le resten sentido o eficacia a las penas impuestas en dichos tipos de crímenes, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, erradicar y sancionar. Para graves violaciones a los derechos humanos los Estados deben, por tanto, asegurar el cumplimiento efectivo de la sanción que adopten los tribunales internos, considerando que la imposición de las penas debe contribuir verdaderamente a prevenir la impunidad como mecanismo que impida la repetición de los ilícitos. Asimismo, la Comisión observa que la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares[134]”.

En consecuencia, sí es posible asegurar que el abandono de los deberes es grave, o notable.

A modo de conclusión:

- Lo que hasta aquí se ha señalado implica señalar que la acusación constitucional interpuesta cumple con las formalidades constitucionales y legales para ser admitida a tramitación, y para que se dé lugar a ella. En este sentido, no implica una vulneración del principio de separación de poderes, ni atenta contra la independencia judicial.

- Por su parte, la acusación constitucional cumple con las exigencias de fondo, esto es, imputar a los magistrados acusados el notable abandono de sus deberes, distinguiendo que sí existe un deber (control de convencionalidad), que este ha sido incumplido (libertades condicionales), y que este incumplimiento es grave, sobre todo desde la perspectiva de las víctimas y de la sanción de los crímenes de lesa humanidad.

- En tales términos, el diputado suscriptor está a favor de recomendar a la Sala la procedencia de la acusación constitucional indicada.

****

La diputada señora **Castillo** sostuvo que en base al análisis del libelo, de las defensas de cada uno de los acusados, y de las exposiciones de cada uno de los invitados, ha podido arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, es necesario señalar que la cuestión previa deducida por los acusados debe ser resuelta por la Sala de la Corporación, por lo que los argumentos que justifican mi voto se referirán exclusivamente al fondo del asunto.

En este sentido, es importante aclarar que la Cámara de Diputados efectúa esencialmente un examen de procedencia de la acusación, por lo que no corresponde hacerse cargo de la trayectoria de los acusados en cuanto a su vida personal o profesional, cuestión que ha sido esgrimida como parte de su defensa. Siendo el Senado, quien en definitiva, actuando como jurado, deberá resolver esta acusación analizando su mérito respecto de cada uno de los acusados.

Respecto a la causal de notable abandono de deberes, se ha discutido en esta comisión el alcance y límites del concepto. A mi juicio, y siguiendo al profesor

[134] Comunicado de Prensa CIDH - CIDH expresa preocupación por otorgamiento de libertad condicional a condenados por graves violaciones a los derechos humanos en Chile, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/185.asp.

Humberto Nogueira, esta causal implica dejar de cumplir, de manera digna de atención, las obligaciones que corresponden a una determinada autoridad pública, según lo dispuesto en la Constitución, los tratados o convenciones internacionales ratificadas y vigentes, así como por las leyes de la República. En relación con las funciones de la judicatura, esto significa que los jueces no solo pueden ser acusados por infracción a deberes formales, sino también a deberes sustantivos. Dentro de estos últimos, se incluye el abandono grave de las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone garantizar, en sus respectivos ámbitos de competencia, así como el resguardo de los derechos de las personas, entre los que destaca especialmente el derecho de acceso a la justicia plena de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Los Ministros acusados han incurrido en una infracción grave a sus deberes al no realizar el debido control de convencionalidad, el cual implicaba, en los hechos materia de esta acusación, aplicar sustantivamente las reglas y estándares internacionales que dicen relación con la concesión de beneficios carcelarios a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad. Esta infracción es grave, pues al desatender su correcta aplicación, ha generando una forma de impunidad.

En este sentido, es necesario recordar que Chile ya fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano, señalando al efecto, en su párrafo 124, lo siguiente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

La lucha contra la impunidad, así como el derecho a obtener reparaciones, es una obligación del Estado, que proviene de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, que comprende, a su vez, las obligaciones de prevenir las violaciones de derechos humanos, de investigarlas, sancionar a los responsables, y proporcionar recursos efectivos de reparación a las víctimas.

A partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha revisado durante la tramitación de esta acusación y que debieron haber atendido los Ministros en el ejercicio del control de convencionalidad, es dable concluir que la ejecución de la pena en casos de crímenes de lesa humanidad es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas, sus familiares, que el otorgamiento de beneficios carcelarios no puede constituir una forma de impunidad y que los tribunales nacionales no pueden permitir la liberación anticipada de condenados de forma discrecional en el caso de delitos de lesa humanidad.

En los casos que motivan la acusación, los Ministros acusados han aplicado el contenido de un Decreto Ley del año 1925 que rige para quienes cometen delitos comunes, vulnerando las normas y estándares internacionales especialmente consideradas en el sistema interamericano de derechos humanos para crímenes de lesa humanidad.

El camino a una justicia justicia plena y el cierre de las heridas que generó la dictadura cívico-militar, no se acabará hasta que se castigue al último de los

culpables de las crímenes cometidos contra las personas en Chile, lo cual no solo debiera implicar acabar con toda forma de impunidad biológica -aquella que se presenta en situaciones en que por el paso del tiempo y la negligencia del Estado, una persona fallece sin haber sido condenada por la comisión de delitos de lesa humanidad- sino también con aquella con un cierto matiz simbólico, como se da en los casos en que, como en la especie, se conceden beneficios penitenciarios que hacen ilusorio el sentido de reproche del castigo y de reparación a las víctimas.

La condena sin ambigüedades a los crímenes del pasado, además de una cuestión jurídica, requiere una expresión de voluntad política clara y firme de parte de todos los poderes del Estado, reconociendo nuestro pasado reciente, buscando verdad y justicia, y resguardando la memoria histórica, para que nunca más en Chile seamos víctimas de un quiebre de la Democracia, que imponga a fuego y sangre una dictadura que vulnere los derechos humanos de las personas.

Por estas razones, creo que el juicio jurídico político que constituye esta acusación constitucional debe ser informado favorablemente en cuanto su procedencia, para que el Senado determine si corresponde o no hacer efectiva la responsabilidad constitucional que cabría a los Ministros por notable abandono de deberes producto del otorgamiento indebido de la libertad condicional a siete violadores de derechos humanos, habida cuenta de los dos capítulos desarrollados en el libelo

****

El diputado señor **Soto, don Leonardo** (Presidente) hizo entrega de la fundamentación de su votación a través del siguiente documento que es del tenor que sigue:

“I. Consideraciones de Hecho.

1. La Acusación Constitucional está fundada, en su aspecto fáctico, en una serie de fallos dictados por la Corte Suprema los días 30 y 31 de julio del presente año, que concedieron el beneficio de libertad condicional a 6 de 7 condenados por delitos de lesa humanidad, que ocurrieron a partir del golpe de estado de 1973, y en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, efectuadas por agentes del Estado, como parte de un política general de persecución y exterminio de parte de la población. Todos estos crímenes afectan gravemente la paz y la conciencia universal de la humanidad, y que en palabras de la Corte de Apelaciones de Santiago, en uno de los fallos condenatorios contra uno de los beneficiados, no cabe duda alguna que estos delitos deben ser subsumidos *“…**a** la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que merece una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular”* (Causa de José Quintanilla Fernández).

2. Los criminales de lesa humanidad, beneficiados por los ministros acusados:

1. **GAMALIEL SOTO SEGURA.** Condenado a la pena de **10 años y un día** de presidio mayor en su grado medio y otras accesorias, por el delito de **secuestro calificado**, en calidad de **autor**, de Eduardo Enrique González Galeno, ocurrido el 14 de septiembre de 1973. Ingresó a Punta Peuco el día 21 de marzo de 2013. La víctima hasta el día de hoy es un detenido desaparecido; su victimario, hoy goza de libertad condicional. La evaluación psicológica del condenado indicaba la ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado y iii) disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que “niega su participación directa en los hechos, no logrando incorporar un juicio crítico certero

en torno a la comisión del delito y afirmando estar injustamente privado de libertad, sin internalizar aspectos devaluados de sí mismo, refiriendo insistentemente que se encuentra privado de libertad por una venganza política y que es inocente, porque no ha cometido delito alguno […] no visualiza necesidad de un cambio de actitud frente a sus propias acciones […] no logra vislumbrar en su comportamiento elementos que sean merecedores de arrepentimiento".

2. **MANUEL ANTONIO PÉREZ SANTILLÁN.** Condenado a la pena de **5 años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, y otras accesorias, por el delito de **secuestro calificado**, en calidad de **cómplice**, de Eugenio Berrios Sagredo, químico de la DINA. La evaluación psicológica del condenado indicaba la insuficiencia conciencia del delito y una ausente disposición para el cambio. Su evaluación criminológica consta que "reconoce sólo parcial y circunstancialmente su participación en los hechos por los cuales cumple condena". Hoy goza de libertad condicional.
3. **JOSÉ DEL CARMEN QUINTANILLA FERNÁNDEZ.** Condenado a la pena de **5 años y un día** por el delito de **secuestro calificado**, en calidad de **autor**, de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975 en la ciudad de Copiapó. La víctima hasta el día de hoy es un detenido desaparecido; su victimario, hoy goza de libertad condicional. Consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia de delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que "el sujeto minimiza su participación en el delito por el que cumple condena, negando toda responsabilidad al respecto y realizando un análisis meramente descriptivo de situaciones, sin profundizar y sólo en la perspectiva de liberarse de toda culpa". Asimismo "se le aprecia en un estadio motivacional de precontemplación, no logrando evidenciar necesidad alguna de cambio en torno al procesamiento que realiza de las acciones delictivas por las cuales cumple condena, evidenciando una insuficiente disposición al cambio".

4. **HERNÁN PORTILLO ARANDA.** Condenado a la pena de **5 años y un día** por el delito de **secuestro calificado**, en calidad de **autor**, de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975 en la ciudad de Copiapó. La víctima hasta el día de hoy es un detenido desaparecido; su victimario, hoy goza de libertad condicional. "Consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia de delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) valida o justifica sus conductas delictuales. En su evaluación criminológica consta que no se aprecia una mirada suficientemente reprobatoria de su accionar, visualizando su comportamiento como el cumplimiento de su deber militar. Respecto a la víctima de su accionar, no lo integra como propiamente tal en su discurso, ni despliega empatía hacia él; es así como su conciencia de mal causado se aprecia como ausente. Por último, no existe una genuina disposición al cambio, ni un cambio de actitud respecto a las acciones que derivaron en su actual condena, por lo cual motivacionalmente se aprecia en fase de pre-contemplación.".
5. **FELIPE GONZÁLEZ ASTORGA.** Condenado a la pena de **5 años y un día** por el delito de **secuestro calificado**, en calidad de **autor**, de Alonso Lazo Rojas, ocurrido a partir del 14 de noviembre de 1975 en la ciudad de Copiapó. La víctima hasta el día de hoy es un detenido desaparecido; su victimario, hoy goza de libertad condicional. Según consta en el fallo del Ministro don Mario Carroza Espinosa, Rol 2182-98, de fecha 13 de marzo de 2017, FELIPE LUIS GUILLERMO GONZÁLEZ ASTORGA también fue condenado a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, y accesorias por su autoría en el delito de secuestro calificado de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa del desaparecido ALONSO LAZO ROJAS), ocurrido desde el 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de junio de 1976. "Consta de la evaluación psicológica

practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia de delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) valida o justifica sus conductas delictuales. En su evaluación criminológica consta que "niega toda responsabilidad en los hechos por los cuales se le ha condenado, señalando que sólo se limitó a cumplir órdenes. A su vez, hay ausencia de conciencia en el mal causado, no empatiza con su víctima y existe una ausencia y falta de visión sobre la posibilidad de realizar un cambio motivacional respecto del delito por el cual se le acusa".

6. **MOISÉS RETAMAL BUSTOS.** Condenado a la pena de **6 años año** des presidio mayor en su grado mínimo y accesorias, por el delito de **secuestro calificado**, en contra de Ariel Arcos Latorre, Juan Pavas Chunck-Galeazzo y Enrique Pargadoy Saquieres, hecho ocurrido a finales del mes de septiembre de 1973. La víctima hasta el día de hoy es un detenido desaparecido; su victimario, hoy goza de libertad condicional. "Según consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) Conciencia de delito, ii) Conciencia del daño y mal causado y iii) Disposición para el cambio. En su evaluación criminológica consta que niega su participación en los hechos que se le imputan y por los cuales ha sido condenado, lo cual hace presente una total ausencia de arrepentimiento.".
7. **EMILIO ROBERT DE LA MAHOTIERE GONZÁLEZ**. Condenado a la pena de **3 años un día y accesorias**, por el delito de **homicidio calificado** y **secuestro calificado,** en calidad de **cómplice y encubierto**, en el denominado caso "Caravana de la muerte – Antofagasta, perpetrados contra las personas Luis Eduardo Alaniz Álvarez, Dinator Segundo Ávila Rocco, Mario del Carmen Arqueros Silva, Guillermo Nelson Cuello Álvarez, Segundo Norton Flores Antivilo, José Boeslindo García Berríos, Mario Armando Darío Godoy Mansilla, Miguel Hernán Manríquez Díaz, Danielo Daniel Alberto Moreno Acevedo, Washington Redomil Muñoz Donoso, Eugenio Ruiz-Tagle Orrego, Héctor Mario Silva Iriarte, Alexis Alberto Valenzuela Flores y Marco Felipe de la Vega Rivera. El victimario hoy goza de libertad condicional. "Consta de la evaluación psicológica practicada, el condenado muestra una ausencia de i) conciencia de delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) valida o justifica sus conductas delictuales. En su evaluación criminológica consta que "se percibe una actitud de apertura y colaboración, libre de instrumentalización…además rechaza haber provocado algún daño, no logrando plasmar una imagen de la víctima y menos generar una empatía hacia ellas… Respecto a un eventual arrepentimiento el informe respectivo y la evaluación criminológica del sujeto, evidencian que, al negar las conductas que le han sido imputadas y al no haber un reconocimiento del daño causado, no visualiza razones por las cuales deba arrepentirse".

En este último caso, no obstante que la sala penal dispuso una nueva evaluación del condenado por la Comisión de Libertad Condicional, el ministro Dolmestch, era de la opinión de conceder la libertad condicional de inmediato.

3. Es posible advertir que, en algunas de las sentencias, tanto ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago como de la Corte Suprema, todos Ministros de Tribunales Superiores de Justicia, justificaron sus votos para rechazar las libertades condicionales con los siguientes argumentos:

- En el caso de Hernán Portillo Aranda la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando Noveno, manifiesta:

> *"Que de acuerdo al mandato Constitucional dispuesto en el inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política de la República, siendo deber de los órganos del Estado promover tales derechos, no es posible otorgar al amparado el mismo tratamiento que a los condenados por delitos comunes. En ese sentido, no basta con que cumpla las exigencias que establece el Decreto Ley N° 321, consideradas mínimas para ser postulados en Lista 1 por el*

tribunal de Conducta respectivo. En efecto, tal como señala el informe de la Comisión referida, no amerita la concesión del beneficio a su respecto puesto que su informe psicosocial da cuenta que no tiene conciencia del delito ni tampoco ha adoptado una actitud abierta al cambio, fundamento suficiente para desestimar la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión.".

- En el caso de Felipe González Astorga, el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Señor Llanos, concurrió al rechazo, en los siguientes términos:

"…teniendo especialmente presente que en el caso que nos ocupa, el amparado cumple una condena por un delito de lesa humanidad, lo que de acuerdo al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, en su artículo 110 párrafo cuarto, establece requisitos adicionales para otorgar el aludido beneficio, lo que en este caso no se cumple; y teniendo además presente que dicha convención internacional sobre derechos humanos se encuentra ratificada y vigente, por lo que forma parte del bloque de constitucionalidad con arreglo al artículo 5 ° inciso 2° de la Carta Fundamental".

- El Ministro de la Corte Suprema, Jorge Dahm, en la Causa relativa a Moisés Retamal Bustos (Causa rol 16.961-18), señaló en su voto en contra que:

"2° Que el carácter de delito de lesa humanidad por el cual fue condenado el solicitante impide concluir, en las actuales condiciones, que Moisés Retamal Bustos cumpla el tiempo mínimo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley N° 321 para postular a la libertad condicional, en concordancia con los artículos 110 Estatuto de Roma promulgado por Chile con fecha 1 de agosto de 2009 y 5 de la Constitución de Política de República, que si bien contempla la posibilidad de reducir la pena por delitos de lesa humanidad ello es sólo procedente cuando "el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua" (artículo 110, regla 3ª) lo que no acontece en la especie.".

Que estas razones contrastan con las entregadas por los ministros acusados, que prefirieron aplicar el decreto ley de libertades condicionales y el estándar normativo relativo a los delitos comunes, no teniendo en consideración de forma sustantiva el mayor estándar que debe aplicarse en virtud de que estamos frente a delitos de lesa humanidad.

II. Consideraciones de Derecho.

1. Primero es necesario asentar que esta acusación no afecta la independencia ni la autonomía del poder judicial.

Es una atribución exclusiva de la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones constitucionales que se formulen contra un serie de autoridades, dentro de las cuales se contempla al Presidente de la República, Ministros de Estado, el Contralor General de la República, los generales o almirantes de las FFAA, Intendentes, Gobernadores y Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, como son los Ministros de la Corte Suprema acusados.

Esta facultad se ha ejercido por la Cámara de Diputados en varias ocasiones y contras distintas autoridades. Solo a modo de ejemplo, desde la vuelta a la democracia se han acusado constitucionalmente a Ministros de Tribunales superiores en 8 ocasiones y contra 22 integrantes del máximo tribunal (contando esta acusación). En todas estas acusaciones nunca estuvo en riesgo la separación de poderes, sino todo lo contrario, la separación se ha puesto en práctica, en aquel aspecto que exige el control y contrapesos necesarios entre poderes. Una república democrática requiere de poderes que ejerzan

sus funciones y que se controlen unos a otros, de modo que resulte efectiva la distribución del poder, para así evitar su concentración y el abuso en su ejercicio.

El Congreso Nacional no puede renunciar al ejercicio de sus facultades, consagradas expresamente por la Constitución y para lo cual fuimos elegidos por los ciudadanos. No podemos permitir que un poder del estado pretenda entrometerse diciéndonos cuando y como debemos hacer uso de nuestras facultades, ni tampoco admitir que la Corte Suprema pretenda impedir que ejerzamos el control político constitucional, que por medio de la acusación constitucional, venimos en este acto a realizar.

Faltaríamos a nuestros deberes constitucionales si no ejerciéramos las potestades que la Constitución Política de la República atribuye al Poder legislativo y en particular a la Cámara de Diputados.

Sobre este punto debemos rechazar con firmeza y convicción la pretensión de la Corte Suprema de neutralizar el ejercicio de nuestras facultades, alegando una falsa vulneración al Estado de Derecho, equiparado el ejercicio de esta facultad con el fatídico quiebre institucional provocado el año 1973 por las FFAA -como expresara el ministro Carlos Aránguiz- o que su aprobación significaría el fin de la democracia -como afirmara uno de los abogados defensores. No lo vamos a permitir. La democracia chilena fue conquistada por el pueblo de Chile, costando la vida de miles de personas, cuyos familiares exigen hasta el día de hoy –y que nosotros reiteramos acá- toda la verdad y toda la justicia. El pueblo de Chile ha sido claro: no hay espacio para la impunidad y para nada que se le parezca; ningún contexto justificará jamás la tortura, el asesinato y las violaciones de todo tipo practicadas por años en nuestro país y que pocos tuvieron la valentía de denunciar, ante el silencio cómplice de autoridades y también de la Corte Suprema de esa época. Nadie puede desviarse del camino trazado por el pueblo de Chile. Resulta paradójico que la Corte Suprema reclame autonomía e independencia el día de hoy, cuando jamás la tuvo durante la dictadura. Ha sido la conquista de nuestra democracia la que ha permitido la separación de poderes, el control recíproco de éstos y ha servido de garantía para contar con un régimen republicano y democrático de derecho.

Pretender, como lo han sostenido las defensas de los Ministros acusados, que el ejercicio de la potestad acusatoria de la Cámara de Diputados, respecto de los altos magistrados de los tribunales superiores de justicia, importaría una trasgresión al artículo 76 de la Constitución Política de la República, constituye una profunda equivocación no solo jurídica, sino que también teleológica.

La discusión jurídica sobre este punto es muy relevante. Determinar sobre el verdadero sentido y alcance de la frase "…revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones…", consagrada en artículo 76 de la Constitución, fue materia de discusión en el seno de la comisión. El verbo revisar, en un sentido jurídico relevante, debe entenderse como "someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo" y nada de eso ocurrirá en caso de acogerse la presente acusación. Debemos reiterar que el mismo libelo acusatorio señala expresamente que, de acogerse la acusación, no se dictará una sentencia de reemplazo ni anulará las sentencias dictadas y que, asimismo, no está corrigiendo ni enmendando dichos fallos. Es más, y aunque lo lamentemos profundamente, los criminales de lesa humanidad seguirán en libertad condicional.

Quienes voten hoy, deben tener la tranquilidad de que esta corporación no excede sus atribuciones, sino que ejerce un mecanismo de control constitucional expresamente contemplado en el artículo 52 de lama constitución, el cual faculta para controlar la sujeción de las autoridades de otros poderes del Estado a la Constitución y las leyes. Esta es una garantía para todos y todas los chilenos, profundamente democrática y

republicana, ya que con ello se evita el ejercicio arbitrario o abusivo del poder público y el alzamiento de un órgano del Estado como supremo poder por sobre otros.

Por lo anterior, podemos afirmar categóricamente que esta acusación constitucional no afecta ni afectará la seguridad jurídica de ser acogida.

2. Esta acusación cumple con todos los requisitos formales y sustantivos que exige la Constitución, la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional y el reglamento de la Cámara de Diputados.

La acusación ha sido presentada por no menos de diez diputados ni más de veinte, en virtud del artículo 52 Nº 2, letra c) de la Constitución, entre los que se encuentra la diputada Hertz, víctima de la dictadura, y que por medio de una maniobra vil se intentara –sin éxito- inhabilitar; la acusación ha sido tramitada respetando con esmero el debido proceso de la parte acusada, recibiendo a invitados expertos que expresaron distintas visiones del asunto en estudio, a las agrupaciones de familiares de las víctimas de la dictadura cívico militar y a los abogados defensores de los ministros. Todo en un ambiente de respeto y diálogo democrático; el libelo acusatorio señala con claridad los capítulos acusatorios y los términos en que se acusa a los ministros, permitiendo a estos el ejercicio de su defensa.

La acusación acusa a los ministros en dos capítulos:

1) Sobre la responsabilidad constitucional que cabe a los ministros acusados, por haber faltado de manera grave o notable al deber de realizar un control de convencionalidad.
2) Sobre la responsabilidad constitucional que cabe a los ministros acusados por haber faltado de manera grave o notable a sus deberes, al haber facilitado la impunidad de los crímenes de lesa humanidad.

3. El notable abandono de deberes.

En torno al alcance de la causal de notable abandono de deberes se debaten dos grandes criterios. Uno de ellos, que se ha denominado como restringido, refiere que el notable abandono de deberes sólo comprende aquellos de carácter formal o adjetivos.

Esta visión ha sido superada. Como ejemplo, en el año 1945, fue acusado constitucionalmente el Contralor General de la República, Agustín Vigorena, que fue destituido por tomar razón de numerosos reglamentos y decretos con infracción de preceptos constitucionales y legales, es decir, las imputaciones decían relación con infracciones o incumplimiento de deberes sustantivos.

Esta discusión volvió a presentarse en la acusación constitucional que terminó destituyendo al Ministro Cereceda. En esa oportunidad la defensa, en la cuestión previa, arremetió indicando que esto afectaba la independencia del poder judicial y que se imputaba la infracción de deberes sustantivos, lo cual no sería procedente.

Esta interpretación minimiza el rol del Congreso al momento de ejercer el control político constitucional sobre los Ministros de los tribunales superiores de justicia. Durante el debate de la acusación que destituyó al ministro Cereceda, **Andrés Aylwin** refutó la interpretación de los ministros acusados, señalando:

> *“En tal sentido, frente a un texto claro que la Corte Suprema responde por notable abandono de sus deberes, y a nuestro derecho a interponer una acusación constitucional, es realmente sorprendente que se pretenda jibarizar nuestras atribuciones. Para algunos parece que nuestra única*

función fuera tener un cronómetro para verificar si los ministros llegan a su hora en la mañana, se retiren a su hora en la tarde y cumplen su horario de trabajo ¡Triste papel es el que algunos piensan que nosotros, poder público representante, más que nadie del pueblo, deberíamos tener función de control!"

En tal oportunidad se destituyó al Ministro Hernán Cereceda Bravo por "una evidente denegación de justicia" al incumplir su obligación de dictar sentencia sin dilaciones indebidas, que vulneran los artículos 8 de la CADH y art 14 PIDC de Naciones Unidas en caso de derechos humanos, según apuntó el profesor Nogueira a esta comisión.

4. De qué se acusa a los Ministros de la Corte Suprema?

Los Ministros son acusados de notable abandono de deberes por no ejercer un control de convencionalidad al conceder a criminales de lesa humanidad el beneficio de libertad condicional y por haber facilitado la impunidad.

4.1. EL PRIMER CAPÍTULO ACUSATORIO. Los Ministros son acusados por no ejercer un **control de convencionalidad** al conceder a criminales de lesa humanidad el beneficio de libertad condicional.

La obligación del Estado, y del Poder Judicial en particular, de ejercer un control de convencionalidad, tiene como antecedente directo la sentencia de la Corte IDH, en el caso Almonacid Arellano, que condenó al Estado chileno declarando su responsabilidad internacional. Que el fundamento positivo del referido control de convencionalidad, en palabras del propio Ministro de la Corte Suprema, don Sergio Muñoz –citando a Humberto Nogueira- "surge de las obligaciones erga omnes que los Estados Partes asumieron libre y voluntariamente al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos; reconocer la jurisdicción vinculante de las sentencias de la CIDH, las que constituyen obligaciones de resultado para el Estado Parte, de acuerdo con los artículos 67 y 69 de la misma Convención y considerar a la CIDH como intérprete auténtica y final de la CADH.".

Que no es posible advertir la realización de un ejercicio de ponderación por los ministros acusados, atendido el carácter de lesa humanidad de los delitos, lo cual es una regla que exige la jurisprudencia de la CIDH para tales casos, lo cual significó la aplicación de las normas para delitos comunes del referido decreto ley de libertad condicional a delitos de lesa humanidad. Este ejercicio de ponderación era necesario por tratarse de delitos de lesa humanidad.

Es la misma Corte Suprema la cual ha dicho que *"La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo. En otras palabras se debe efectuar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho la naturaleza de los tratados, su objeto y fin, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta."* (Párrafo quinto, Rol 9.031-2013)

Este es justamente el déficit de las sentencias que concedieron la libertad condicional. Un ejercicio de ponderación coherente con el derecho humanitario de los DDHH, no se verifica en ninguna de las sentencias que concedieron la libertad condicional.

Si examinamos el Decreto Ley sobre libertad condicional, podemos constatar que este no regula su otorgamiento respecto de los delitos de lesa humanidad, por lo cual a estos delitos no puede aplicarse el régimen del artículo 2º ni del artículo 3º. Esta categoría de delitos, que son de la mayor gravedad, no están contemplados por la norma legal, que el legislador de 1925 nunca tuvo a la vista. Por esta razón, el vacío en la regulación debía colmarse de manera coherente con el derecho internacional de los DDHH, que siempre distingue entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad, aplicando a éstos mayores exigencias atendida su mayor gravedad. Pero ocurre que la decisión adoptada por los Ministros acusados borra tal distinción, relativizando y haciendo difusa la diferencia reconocida por el derecho internacional de los DDHH, aplicando insólitamente el estatuto legal de los delitos comunes, de los delitos de bagatela, ni siquiera el de los crímenes de mayor cuantía a delitos de lesa humanidad, al momento de otorgar el beneficio de libertad condicional.

Las defensas han intentado sostener la idea de que en este punto, qué normas se debían aplicar, habían varias y distintas interpretaciones posibles, todas equivalentes y neutras entre sí; claramente es una argumentación manifiestamente inconsistente y sobretodo equivocada, ya que entre todas estas interpretaciones teóricamente posibles, existían algunas que promovían un respeto a las normativas de derechos humanos vigentes contra otras que no, lo cual incluso fue advertido por ministros que votaron en contra del otorgamiento de la libertad condicional. Recordemos que el artículo 5 de la Constitución no solo impone la obligación a todos los órganos del estado de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sino que, además, de promoverlos. Resulta tan evidente la equivocada decisión adoptada por los ministros acusados, que uno de los abogados defensores manifestó ante la Comisión que él no habría votado en el sentido que lo hizo su defendido (Esto también fue reiterado por diversos invitados).

4. El Instituto Nacional de Derechos Humanos, que cumple un rol fundamental en esta materia, señala que –a su juicio y de acuerdo a las normas vigentes de derecho internacional- la concesión de beneficios carcelarios a esta clase de condenados, deben cumplir ciertos criterios de evaluación legislativa o judicial, entre los que se encuentran: considerar la especial gravedad del delito cometido; haber escuchado a las víctimas o sus familiares; que el condenado haya expresado su voluntad de cooperar con la investigación, que la conducta del condenado manifieste un auténtico arrepentimiento y, en ningún caso, conlleve un forma de impunidad.
Estos criterios de evaluación o ponderación para la procedencia de la libertad condicional de condenados por crímenes de lesa humanidad, deben ser aplicados por todos los órganos del Estado al cumplir sus distintas responsabilidades, ya sea cuando a los jueces decidir un caso particular o cuando los órganos legisladores modifican la legislación nacional.

Por ello, hace dos días atrás, en el marco de la Comision Mixta del Congreso Nacional, que se encuentra modificando el DL 321 que regulan las libertades condicionales, se dió un paso histórico, aprobando por mayoría, la incorporación a la legislación nacional el reconocimiento de la categoría de condenados por crímenes de lesa humanidad y se regula su tratamiento elevando los estándares por sobre los delitos comunes más graves, conforme lo dispone el derecho internacional de la derechos humanos.
De este modo, este Congreso Nacional, por vez primera, se hace un cambio legal a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos, y exigido durante por ellas durante décadas, pero que el modelo de transición de la vuelta a la democracia les negó o no se atrevió a realizar durante estos 28 años desde la vuelta a la democracia.
Aprovecho la oportunidad de destacar y agradecer a las bancadas de parlamentarios de la DC, del PPD, del PS y del FA y demás de la oposición, que apoyaron este cambio legal, porque promueven el respeto y la vigencia de los ddhh y se hacen cargo y solucionaran definitivamente el problema de donde de impunidad, que hoy día conocemos, por la liberación indebida de autores de crímenes de lesa humanidad.

4.2. EL SEGUNDO CAPÍTULO ACUSATORIO. Los Ministros son acusados que en forma deliberada y consciente, incumplieron y abandonaron sus deberes al impedir el acceso a la justicia en la ejecución de penas de delitos de lesa humanidad, otorgando beneficios indebidos en ese contexto, lo que se traduce en concreto en una forma de **impunidad o de favorecimiento de la impunidad**.

Esta idea es ratificada por la propia CIDH, en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú (2004): "…145. El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vásquez Chumo. No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad…" (Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 145).

Lo que hicieron los Ministros acusados es hacer primar un Decreto Ley por sobre la normativa internacional que exige la realización de un control de convencionalidad, por un lado, y generando un resultado que constituye el otorgamiento indebido de beneficios a criminales de lesa humanidad, lo cual es contrario a la Convención de Viena que entrega primacía al derecho internacional de los derechos humanos y sus estándares, por sobre el derecho interno.

Es necesario aclarar, que los ministros acusados incurrieron en un error al entender que la expresión "indebida", utilizada por la Corte IDH, no significa que sea suficiente cumplir con los requisitos legales para proceder a su otorgamiento. Esta interpretación, significó desconocer la jurisprudencia de la Corte IDH, intérprete última de la Convención ADH, incurriendo los ministros acusados en un ilícito constitucional, conforme al artículo 5 de la Constitución.

5.- Las defensas ante argumentado que la pena tiene un fin de rehabilitación y reinserción social y que la Justicia no puede ser entendida como venganza y que siempre hay que considerar la posibilidad de perdonar.

Coincido plenamente con ellos. Es verdad, la justicia no es venganza y ojalá cada preso común de nuestro país no sólo tuviera las comodidades y tratamiento que han tenido estos privilegiados condenados, sino que también ojalá salieran rehabilitados de nuestras cárceles.

Pero estos sujetos liberados, condenados por crímenes atroces, no están rehabilitados, ni se contempla un programa para ello.

Estos sujetos, de acuerdo al informe de libertad condicional rechazado, muestran total ausencia de conciencia del delito cometido; no tienen conciencia del daño y mal causado a sus víctimas; validad y justifican su participación en los crímenes y manifiestan no tener disposición para el cambio. Es decir, no están rehabilitados, ni desean rehabilitarse.

Y sobre el perdón, me disculparán, pero los jueces no están para perdonar, sino que para impartir justicia.

Si alguien puede perdonarlos por los crímenes cometidos, serán las víctimas y sus familias, son ellos los que cargan sobre sus hombros el dolor de la pérdida de sus seres queridos, los que llevan décadas pidiendo simplemente Verdad y Justicia los que pueden hablar de perdón, pero no los jueces.

6. Por último, y a mayor abundamiento, señalar que la responsabilidad del Estado chileno se ha visto comprometida por el actuar de los ministros acusados. Incluso, los fallos que concedieron libertad condicional a criminales de lesa humanidad, fueron reprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante un comunicado, en que de modo expreso hace un llamado al máximo tribunal de justicia a realizar un control de convencionalidad.

Uno de los párrafos de la comunicación, del pasado 17 de agosto, señala que:

> "Por su parte, la presidenta de la CIDH, Comisionada Margarette May Macaulay afirmó: "La aplicación de beneficios debe tener en cuenta que es necesario aplicar requisitos más exigentes para casos de graves violaciones de derechos humanos. De lo contrario, tornaría inefectiva la sanción que se impuso, en contravención con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en materia de graves violaciones a los derechos humanos".

Por tanto, es por estas razones que votó a favor del informe de la comisión encargada de estudiar la referida acusación constitucional y solicito sea declarada procedente la acusación constitucional contra los ministros acusados.".

****

I.- RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LA COMISIÓN

En consecuencia, y en consideración a todo lo antes expuesto, esta Comisión **recomienda** a la Sala de la Corporación **APROBAR** la procedencia de la acusación constitucional presentada por las diputadas señoras Marcela Hernado Pérez, Carmen Hertz Cadíz y Alejandra Sepúlveda Órbenes y los diputados señores Gabriel Boric Font, Ricardo Celis Araya, Miguel Crispi Serrano, Tomás Hirsch Goldschmidt, Jaime Naranjo Ortiz, Daniel Nuñez Arancibia, y Raúl Soto Mardones, en contra de los Ministros de la Excma. Corte Suprema, señores Hugo Dolmestch Urra, Manuel Valderrama Rebolledo y Carlos Künsemüller Leobenfelder.

Votaron por **aprobar** la procedencia de la acusación constitucional los diputados señores **Leonardo Soto Ferrada** y **Esteban Velásquez Nuñez y las** diputadas señoras **Natalia Castillo Muñoz** y **Carolina Marzán Pinto.**

Votó por rechazar su procedencia el diputado señor **Renzo Trisotti Martínez.**

Finalmente, en virtud de la letra a) del artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918 del Congreso Nacional, la Comisión acordó designar al diputado señor **LEONARDO SOTO FERRADA** para que sostenga ante la sala la acusación constitucional.

Sala de la Comisión, a 13 de septiembre de 2018.

ALVARO HALABI DIUANA
Abogado Secretario de la Comisión

ANEXOS

Los siguientes documentos se encuentran disponibles en formato digital en la página web institucional pertinente:

1.- Acusación Constitucional presentada y documentos anexos.
2.- Patrocinio y Poder conferidos por los tres Ministros de la Excma. Corte Suprema
3.- Defensa de los afectados.
4.- Presentación del profesor, abogado señor Arturo Fermandois.
5.- Exposición del profesor, abogado señor Humberto Nogueira.
6.- Presentación del profesor, abogado señor Enrique Navarro.
7.- Presentación del profesor, abogado señor Rodrigo Poblete.
8.- Exposición del abogado Lautaro Ríos.
9.- Exposición del abogado Isidro Solís.
10.- Presentación de la abogada Claudia Cárdenas.
11.- Planteamientos de don Sergio Muñoz.
12.- Minuta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos.
13.- Planteamientos del abogado Gabriel Zaliasnik.
14.- Minuta elaborada por la Secretaria de la Comisión sobre la Acusación Constitucional.

INDICE

I.- ACTUACIONES Y DILIGENCIAS PRACTICADAS 1

II.-SÍNTESIS DE LA ACUSACIÓN, DE LOS HECHOS QUE LE SIRVEN DE BASE Y DE LAS INFRACCIONES QUE SE LE IMPUTAN A LOS MINISTROS AFECTADOS 3

CAPÍTULOS ACUSATORIOS 31

- CAPÍTULO PRIMERO: 31

- CAPITULO SEGUNDO: 53

III.- DEFENSAS DE LOS AFECTADOS 61

IV.- PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN 62

V.- EXAMEN DE LOS HECHOS Y CONSIDERACIONES DE DERECHO 198

VI.- RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LA COMISIÓN 225

VII.- DIPUTADO QUE SOSTIENE LA ACUSSACIÓN CONSTITUCIONAL 225

ANEXOS 226