Aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978 frente al Convenio de Ginebra de 1949: ¿hubo estado de guerra interna en Chile?

Comentario de sentencia

Mónica Isabel Barriga Ortega

I. Extracto de sentencia

Partes: Pinto Pérez, Víctor Raúl │Homicidio calificado – Recurso de casación en el fondo.

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 13 de marzo del 2007

Cita: MJCH_MJJ9412 │ROL: 3125-04, MJJ9412

Producto: Microjuris

Doctrina:

[…]

Visto:

[…]

Considerando: […]

Cuarto: […]Arguye que se ha decidido el sobreseimiento definitivo en contraposición al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en armonía con los artículos 1.1, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2°, 14, N° 1°, y 15, N° 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que se encontraban incorporados al orden interno al momento de pronunciarse el dictamen objetado y que estatuyen la potestad de interponer recursos efectivos en contra de las violaciones señaladas en los aludidos instrumentos, la obligación de los Estados a readecuar sus normas a las disposiciones de aquellos, el derecho a la justicia y a la verdad, así como la prohibición de aplicación de la amnistía a los casos como el de marras. Refiere que el artículo 6° del Estatuto Político consagra el principio de la supremacía constitucional y de vinculación

directa de la Carta, constituyendo pilar esencial del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona humana y los derechos que emanan de ella. Indica que el artículo 15, N° 2°, del reseñado Pacto prohíbe la aplicación de la amnistía en casos en que la acción típica auscultada es de carácter internacional, los que dan siempre derecho a la acción procesal para su persecución por encima de toda amnistía, prescripción u otra institución extintiva de responsabilidad criminal. Explica que los sentenciadores de la instancia, al valorar y aplicar la mencionada normativa internacional, yerran al reflexionar que esos instrumentos no han podido restar eficacia al Decreto Ley N° 2191, de 1978, prescindiendo de una interpretación coherente por la cual se concluya que este tiene validez en todo aquello que no haya sido regulado o prohibido por los referidos acuerdos, textos que tienen primacía constitucional conforme al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Magna y que se imponen por sobre la legislación nacional, por lo que necesariamente el Estado chileno queda restringido para conceder un perdón indiscriminado respecto de ilícitos internacionales realizados por agentes estatales. Afirma que cuando existe una colisión de derechos de rango constitucional, los jurisdicentes olvidan que, ante tal antinomia, debe primar la norma que mejor proteja los derechos humanos, en concordancia con el espíritu que emana del Estatuto Fundamental, prevaleciendo, por tanto, aquellos originarios provenientes de la violación de derechos esenciales por sobre los derivados y procedentes del acto de juzgamiento de la conducta violatoria en que se persigue la responsabilidad penal del hechor. Al no hacerlo así, se ha desconocido los convenios multilaterales citados que rigen plenamente en nuestro país.

Quinto: […] La amnistía dictada por el régimen militar chileno no puede entenderse aplicable a circunstancias que constituyen contravenciones serias a los Convenios de Ginebra, por lo que resulta jurídicamente ineficaz ante situaciones cualificadas como delitos por la Ley internacional. Ello en atención a que el orden interno debe ser interpretada en concordancia con el derecho multinacional y porque su sentido y alcance debe determinarse de modo que no pugne con los compromisos exteriores del Estado, por lo que el perdón concedido en Chile no puede entenderse referido a los ilícitos sancionados por la legislación mundial, los que deben ser siempre castigados, acatándose con ello el compromiso que la República ha contraído ante la comunidad mundial al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 […]

[…]

Décimo sexto: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Manuel Tomás Rojas Fuentes, los Convenios de Ginebra de 1949, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades […]

[…] Como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo […]

Décimo séptimo: Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

[…]

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. Ello debido que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la Ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. […]

Vigésimo segundo: […] Siguiendo con el raciocinio objetado, las normas de derecho internacional humanitario no podrían aplicarse nunca, si se reconociere la atribución del Estado Parte de borrar, a través de la amnistía y utilizando el derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra sistemáticamente concretados por agentes del mismo Estado Parte. […]

[…]

Vigésimo quinto: Que, por ende, el Decreto Ley N° 2191, de 1978, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexequible respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

[…]

Trigésimo cuarto: Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el auto de procesamiento que corre de fojas 2.337 a 2.240; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

[…]

Trigésimo sexto: […] Las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente. […]

Sentencia de reemplazo. Santiago, 13 de marzo de 2007

Considerando:

[…]

Sexto: Que, sobre este tema y según se determinó en los basamentos sexto a décimo sexto del fallo de casación, que se reprodujeron, a la data en que ocurrieron los acontecimientos

que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por consiguiente, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de 1949.

Séptimo: Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior", de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1°. 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

[…]

Noveno: Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

[…]

Décimo sexto: Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de las personas, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en una internacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos casos la justificación no depende sólo del Derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores fundamentales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

[…]

Décimo octavo: Que, de acuerdo con lo razonado y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, por cuanto, es obligatorio para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisible la prescripción que

pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

II. Breve descripción de la sentencia

El 13 de marzo del 2007, la segunda sala de la Corte Suprema acoge un recurso de casación en el fondo y dicta sentencia de reemplazo dada la petición de la querellante, familia de la víctima, representada por el abogado Nelson Caucoto Pereira. La discusión se basa en un conflicto de derecho, sobre la posibilidad de aplicar el Convenio de Ginebra tratándose de crímenes de guerra. Este análisis se verifica frente al homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, del cual resulta responsable Víctor Raúl Pinto Pérez. Rojas Fuentes, la víctima, era reservista del Ejército. Después del golpe militar fue llamado a reincorporarse al Regimiento de San Bernardo, bajo las órdenes del comandante Pinto Pérez, el imputado. En este lugar se da muerte al reservista en condiciones sobre las que existió controversia entre las partes, pero finalmente se determina que el ilícito fue ejecutado por Pinto Pérez, ocurriendo dentro de los primeros diez días del mes de diciembre del año 1973.

Los tribunales de primera y segunda instancia, al igual que la corte de casación, construyen decisiones convergentes respecto a la calificación del hecho como homicidio calificado. Sin embargo, el punto de divergencia se presenta frente a la declaración de sobreseimiento definitivo y extinción de la responsabilidad penal en favor del imputado, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel. De acuerdo a esta última, se debe aplicar el Decreto Ley 2.191 que contempla la amnistía en estos casos, decidiendo el cese de la investigación y prescripción de la causa. Es por ello, que la casación se funda en la falta de observancia a la normativa internacional vigente a la fecha.

El problema de derecho se funda en la determinación de la norma aplicable. El derecho internacional e interno en controversia a raíz de la interpretación de los siguientes tres cuerpos normativos. En primer lugar, el Convenio de Ginebra de 1949 con el objeto de proteger a contendientes y civiles, consagra normas que tipifican infracciones graves como los tratos degradantes, las lesiones, torturas, mutilaciones, homicidios y desapariciones forzadas. Se impone a los Estados el deber ineludible de castigar tales agresiones proscribiendo exonerarse a sí mismo o a otros, de las responsabilidades en que haya incurrido. En segundo lugar, el Protocolo II de 1977 contempla que los Estados podrán dictar

las amnistías más amplias a personas privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. De esta manera, se refleja el espíritu generoso de aquella institución, en que los vencedores perdonan a aquellos que se alzaron en su contra, siempre y cuando, no hubiesen cometido ilícitos de lesa humanidad.

En tercer lugar, en el ámbito interno, el Decreto Ley 2.191 de 1978 concede la amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Con la restricción de no estar procesadas o condenadas, sin distinguir entre los delitos comunes y aquellos cometidos con motivación política. Por su parte, la Corte Suprema declara el carácter imprescriptible de ciertos delitos cometidos en diciembre de 1973, entre ellos, el caso de homicidio que analizamos. Dada la importancia de contextualizar los hechos, la corte considera que Chile se encontraba en un conflicto armado de carácter interno, situación que comprendería los supuestos de hecho del Convenio de Ginebra para su aplicación. Así, expresa:

> Quinto: «[...] se vivió en Chile, un conflicto armado sin carácter internacional, situación regulada por los Convenios de Ginebra, que con el objeto de proteger a los contendientes y a los civiles que no lo fueren, consagra normas que tipifican "infracciones graves", como los tratos degradantes, las lesiones, torturas, mutilaciones, homicidios y desapariciones forzadas. Dichos acuerdos imponen a los Estados el deber ineludible de castigar tales agresiones […]»

Se consideró que la Ley de Amnistía no es concordante con el Convenio de Ginebra, ratificado por Chile en 1951, toda vez que al momento de los hechos en el país regía un estado de sitio declarado en septiembre de 1973. Establece que:

> Vigésimo tercero: «Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia

de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria».

Deviene de lo anterior que la amnistía dictada por el régimen militar chileno no puede entenderse aplicable a circunstancias que constituyen contravenciones serias a los Convenios de Ginebra. Por ello, resulta jurídicamente ineficaz ante situaciones cualificadas como delitos por la Ley internacional. Es más, el orden interno debe ser interpretado en concordancia con el derecho multinacional, su sentido y alcance debe determinarse de modo que no pugne con los compromisos exteriores del Estado. Aun así, la Corte Suprema señala en el considerando quinto: «[…] la amnistía tiene eficacia sobre todas aquellas materias que no constituya las serias vulneraciones señaladas en los tantas veces aludidos Convenios […]». Con la afirmación anterior, reconoce que la Ley de amnistía no queda derrotada en su totalidad por el Convenio de Ginebra, sino que solo en los casos en que nos encontremos frente a serias vulneraciones a los derechos de las personas.

Finalmente, la Corte Suprema sostiene que el caso constituye un crimen de lesa humanidad, por lo que son aplicables las normas de derechos humanos. En el considerando vigésimo séptimo expresa:

> «Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. […] En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.».

Es así como la Corte estima que no concurre el sobreseimiento definitivo, considerando improcedente la Ley de amnistía. Dicta sentencia de reemplazo para reabrir la investigación por homicidio calificado. Y reitera, como guía para los tribunales inferiores, no faltar a la observancia de la normativa internacional respetando el mandato del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la Republica.

Desarrollo

III. Motivación

Durante cualquier discusión cotidiana resulta indispensable ofrecer razones que respalden nuestra postura, en derecho, ello se vuelve una exigencia esencial. En palabras de la profesora Accatino, sentiríamos la misma perplejidad al ver a un juez decidiendo a través de dados que al «recibir una decisión desnuda de motivos, que se limitara sólo a afirmar o negar nuestro derecho o nuestra culpabilidad sin dar cuenta de las razones que la sostienen, sin justificar públicamente su preferencia»[1]. Sin embargo, a lo largo de la historia el deber de fundamentar no ha sido consustancial a los fallos. Su tradición ha estado ligada, por una parte, a la evolución del Derecho Procesal en cuanto a su forma y, por la otra, como una exigencia de carácter sustancial, de índoles políticos del Derecho Constitucional.

En un primer momento existían solamente deberes de información y reflexión al instante de sentenciar. Esta cuestión correspondía, principalmente, a que el sistema político imperante era el Estado absoluto, donde el monarca constituía el símbolo del poder. El rey era la personificación del Estado. La jurisdicción se desarrollaba en un modelo casuístico, no había deber de fundamentar las decisiones ante los súbditos, llegando a ordenarse que las sentencias solo contuvieran palabras decisorias[2].

Posteriormente, en el periodo de la Revolución Francesa, surge la idea de separación de poderes, como una aspiración a contrarrestar los privilegios de clases y que el propio poder contenga al poder, a través de las leyes. Le da prevalencia al poder legislativo sobre los demás. Así, la figura del juez es reconocida como una máquina de hacer silogismos, respecto de la cual existe cierta desconfianza por lo que se le comienza a exigir fundamentar, «*bouche qui pronunce les paroles de la loi* (boca que pronuncia las palabras de la ley), cuya única función se resume en la aplicación de la pena que la ley asigna»[3]. Los legisladores franceses impusieron el deber de motivar las sentencias, y a la vez crearon el Tribunal de Casación para controlar la actividad judicial.

[1] ACCATINO, 2003, p. 10.
[2] ROMERO, 2000, p. 574
[3] BORDALÍ, 2016, p. 24

Finalmente, en el diseño constitucional del Estado democrático de derecho se añaden las últimas cuestiones con un carácter político. La idea principal es que la soberanía recae en el pueblo, por ende, también la justicia es administrada en nombre de él. De este modo, el juez queda para siempre subordinado funcionalmente al poder legislativo quien es el representante directo del pueblo, lo que suele expresarse como la «sujeción del juez a la ley»[4].

Hecho este panorama histórico conviene ahora referirnos al plano actual. Al menos en nuestro sistema el deber de motivación muchas veces no se cumple. Entre otras razones, se debe a que existe una tendencia a judicializar todos los conflictos, las personas acuden a los tribunales de justicia para gestionar cuestiones que podrían haber sido solucionadas por vías alternativas a la jurisdicción. El exceso de trabajo para los jueces ha repercutido en la calidad de fundamentación para llegar a las decisiones judiciales. Lo que ha generado cierta desconfianza respecto a cómo llegan a elegir una solución para cada caso concreto.

La formación interna de la sentencia también está ligada a procesos psicológicos e ideológicos del juez, sus juicios de valor y sus preconcepciones son consideraciones que innegablemente repercuten en la decisión. Es por estas cuestiones que el imperante Estado de Derecho exige a la actividad judicial un actuar racional, que se den razones justificables, respondiendo al por qué han decidido de una determinada manera[5].

Hay que considerar que nuestro derecho está compuesto por una variedad de normas: expresas, apócrifas, inexistentes, derivadas, las que continuamente deben ser aplicadas e interpretadas por el juez. Cuando los tribunales se enfrentan a este tipo de dilemas tienen el deber de justificar porque han decidido en favor o desmedro de alguna norma. En este sentido, la motivación forma parte no solo de la formalidad de la sentencia como exigencia procesal, sino también, al examinar el fondo de esta, nos señala criterios que nos permiten analizar la sustancia de la jurisprudencia en determinados momentos de la historia.

Respecto a la sentencia comentada debemos poner atención a las cuestiones de interpretación y aplicación del Derecho. En suma, se aprecia que la motivación desarrollada por la Corte Suprema está debidamente fundada, es ordenada y completa. Desprende ordenadamente sus fundamentos en base a dos argumentos que podríamos resumir como: la normativa

[4] EZQUIAGA, p. 40
[5] BORDALÍ, 2016, p. 120

internacional tiene primacía frente al Derecho interno y, el Derecho Humanitario es inderrotable frente a cualquier norma que lo contravenga. Su argumentación es completa porque se hace cargo de las principales posturas contrarias, dando respuestas a cada una.

Así mismo, existe una lógica presunción de que el juez conoce el Derecho. Esta aseveración puede implicar tres cuestiones diferentes: (i) la presunción del conocimiento judicial del derecho para seleccionar jueces; (ii) los conocimientos jurídicos efectivos del juez o del sistema judicial; (iii) y, por último, la posibilidad real que el derecho pueda ser objeto de conocimiento[6]. Sin desconocer que realmente pueden existir problemas respecto a la propia formación y selección de los jueces, a efectos de este comentario, resulta pertinente detenernos en el último punto sobre la cognoscibilidad del derecho. Esta cuestión, pone de relieve la dificultad que existe para conocer los textos redactados por las autoridades normativas, tanto para los ciudadanos como para los jueces, lo cual se traduce en un problema de indeterminación.

Respecto a los ciudadanos, el sistema nos responde que la solución está dada porque los preceptos legales son publicados en el Diario Oficial, desde ese momento se reputan conocidos por todos y no se puede alegar su desconocimiento. Por una parte, esta aseveración puede ser criticada en base a la desigualdad social, cultural y educacional que permanece presente en nuestro país. La sujeción a la ley es una garantía hacia los derechos, ciertamente, permite que las personas desarrollen su vida dentro del sistema jurídico toda vez que les es posible prever las calificaciones deónticas de sus acciones u omisiones, es decir, cuando un ciudadano puede conocer las consecuencias jurídicas de sus actuaciones. Por otra parte, resulta paradójico que los ciudadanos no puedan alegar el desconocimiento de derecho, frente a lo que ocurre en la práctica de la actividad judicial, donde los jueces continuamente yerran en cuestiones de derecho, sin mayor responsabilidad de responsabilidad del Estado.

Respecto a los jueces, no cabe duda de que la expansión del derecho es otro factor que complica el panorama, pues ha repercutido en el derecho interno de los Estados. Frecuentemente, como es en el desenlace de este caso, se presentan a la Corte Suprema conflictos en los que se argumenta falta de observancia a la normativa internacional vigente a la fecha del caso. La mayoría de las veces el máximo tribunal termina acogiendo la petición

[6] EZQUIAGA, p. 45

y declarando la prevalencia del derecho internacional. Entonces uno podría cuestionar la actividad de los tribunales inferiores, su falta de observancia constituye una falta de conocimiento del derecho, esa misma falta de conocimiento que prácticamente está prohibida los ciudadanos. A estos problemas que comúnmente se ven enfrentados los jueces, se les conoce como determinación de la norma aplicable, ligados a la interpretación y aplicación del derecho. Al reconocer que el sistema jurídico chileno presenta un bloque de constitucionalidad, el juez no puede determinar la solución del caso considerando solo la normativa interna. Su fundamentación tiene que plantearse a través del conjunto de normas aplicables que comprenden todas las normas del ordenamiento, incluso las que se incluyen por el mandato del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Dentro del estudio de la argumentación jurídica, la interpretación de las normas internacionales, principalmente las normas sobre derechos humanos, propicia el espacio en el que los jueces pueden moverse con cierta libertad siempre que justifiquen jurídicamente sus inclinaciones. El problema es que en la práctica esto no ocurre con el rigor necesario. La falta de fundamentación o su ejecución imperfecta, aumenta las posibilidades de que el juez caiga en error, como es el caso de los tribunales inferiores analizados. La necesidad de justificar las sentencias aumenta cuando estamos frente al Derecho Internacional, y más aún si deciden no aplicarlo. Por su parte la Corte Suprema realiza una completa argumentación, desarrollando claramente su posición.

En general, se estima que cuando existe una colisión de derechos de rango constitucional, debe primar la norma que mejor proteja los derechos humanos. Al no razonar así, los jueces han desconocido los convenios multilaterales que rigen al país. En tanto, específicamente la amnistía dictada durante la dictadura militar no puede aplicarse a situaciones que constituyan contravenciones serias al Convenio de Ginebra, pues resulta ineficaz ante situaciones calificadas como delitos por la Ley internacional.

En la sentencia que nos convoca la Corte Suprema critica la cuestión, y en sus argumentos arguye, como lo ha venido haciendo en el último tiempo, que los jueces de tribunales inferiores yerran al no aplicar la norma internacional, y además, su fundamento es amplio teniendo en consideración que se trataba de un problema de derechos humanos.

IV. **Jurisprudencia**

a) Recopilación de jurisprudencia

De acuerdo a Taruffo[7], es clave distinguir entre jurisprudencia y precedente. El precedente se vincula con la tradición jurídica del derecho anglosajón y, la jurisprudencia, con la tradición jurídica romano-germánica. A efectos de este comentario se distinguirá el plano teórico y el práctico. En lo teórico se pretende analizar los argumentos que han esgrimido los jueces para su decisión al llevar la normativa internacional y el derecho interno a una cuestión concreta. En el plano práctico examinamos cómo se han solucionado casos similares.

Se reconocen puntos de conexión en las tesis construidas por los fallos que se desarrollan a continuación. En primer lugar, como punto de partida, su razonamiento coloca en primer plano los derechos de la persona humana, y su manera de garantizarlos es la aplicación del Derecho Internacional, a su juicio, creado para estos fines. En segundo lugar, coinciden en que la práctica internacional no tendría sentido, si los Estados pudieran cambiar unilateralmente su contenido o interpretación. En tercer lugar, la impostergable remisión de los tribunales al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la Republica, como norma de apertura al derecho internacional, por el cual no habría razón alguna para desconocer los derechos del individuo ante tribunales que tienen el deber de aplicar el Derecho Internacional.

Al analizar los casos concretos en que se ha aplicado la Convención de Ginebra en contravención de la Ley de amnistía, es posible aseverar que la jurisprudencia chilena no ha seguido una sola línea. Los casos en los que el derecho internacional ha suscitado más intervenciones son a propósito de crímenes de guerra acaecidos durante la dictadura militar de Augusto Pinochet Ugarte. Hasta el año 1998 la jurisprudencia mayoritaria sostiene la no aplicación del Convenio de Ginebra, por no darse el supuesto de hecho requerido, a saber, la existencia de un conflicto bélico efectivo. Por ello, se examina la discusión acerca de si el estado de sitio decretado en la época puede o no asimilarse a una situación de guerra, particularmente, a propósito de la utilización de los tribunales militares de tiempo de guerra durante dicho período.

[7] TARUFFO, 2007, p. 87

En principio, el razonamiento de los jueces de la sentencia comentada, no se basó expresamente en el de algún caso precedente, solo existe una mención en el considerando trigésimo sexto a un fallo de esta misma corte, para fortalecer su tesis de prevalencia del sistema internacional ante el derecho interno. Se trata del emblemático caso denominado Lauritzen con Fisco de 1955. Esta decisión constituye un hito en favor de la aplicación del derecho y la costumbre internacional, desde la fecha de su dictación es reiteradamente citada por la Corte Suprema y los tribunales inferiores. En palabras de Taruffo podríamos afirmar que estamos frente a un caso precedente, puesto que en la práctica los tribunales se remiten a él para fortalecer sus tesis de primacía de la aplicación de derecho internacional. En este caso se sostuvo:

> «[…] que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos […];
>
> Considerando 49: […] "de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y no según las disposiciones de nuestro derecho nacional, aún en el supuesto de que pudieran tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos […]

Continuando con el análisis, encontramos que ya en el año 1994 comienzan los primeros intentos por construir una base jurídica que reste eficacia en el ordenamiento interno al Decreto Ley 2.191. Parece arriesgada la decisión del 30 de septiembre de 1994 de la Corte de Apelaciones de Santiago, destacando de ella principalmente dos cuestiones: por una parte, como ya habíamos advertido, su tesis de primar el derecho internacional, por otra parte, se basa en la decisión Lauritzen con fisco, indiscutible precedente a la fecha:

> Sexto: […] g) «Que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se ha ido asentando en el sentido de dar primacía a los tratados sobre la ley interna, tanto bajo la Carta de 1925, como bajo el imperio de la Constitución actual. Algunos ejemplos de ello constituyen las sentencias Lauritzen con Fisco de 1955 […]»
>
> Séptimo: […] e) «Que, en materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección a los derechos de la persona humana, valor y principio fundamental y clave esencial para la interpretación

de todo nuestro ordenamiento constitucional como también lo establece la Constitución de la República en sus artículos 1º, 5º inciso 2º y 19 Nº 26, en una interpretación sistemática y finalista. Existe así una plena armonía entre el derecho convencional vigente en Chile en materia de derechos humanos y la Carta Fundamental»

Noveno: [...] «Ello implica que las autoridades de un Estado parte no pueden dictar normas internas que contravengan el cumplimiento de buena fe de los Convenios o Tratados Internacionales en análisis, desde la entrada en vigencia de estos. De esta manera, tales delitos [secuestro y desaparición] que constituyen infracciones graves de la Convención [de Ginebra], son imprescriptibles y no sujetos a amnistía [...]»

Conforme al criterio jurisprudencial dominante para el año 1994, esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema, en fallo de 26 de octubre de 1995, dejando sin efecto los procesamientos dictados y decretando el sobreseimiento definitivo. Esta cuestión es relevante para el presente comentario, pues indica el cambio de jurisprudencia en la materia, puesto que 10 años después el máximo tribunal decide totalmente lo contrario en un caso que revela un conflicto entre las mismas normas.

De acuerdo a la jurisprudencia revisada desde el año 2004 a la fecha, es posible identificar una línea jurisprudencial de fallos sucesivos en desmedro de la Ley de amnistía. La causa más ejemplificativa es la decidida por el máximo tribunal con fecha 17 de noviembre de 2004, Rol N° 517-2004, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo, en el denominado "Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez". En el cual declaró la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 a la situación existente en Chile en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1975, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 5 de 1973 y Decreto Ley Nº 641 de 1974. Sostuvo:

« Trigésimo cuarto: Pues bien, a la data de los acontecimientos en análisis, indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que en su artículo 3º (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de

internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo.

Trigésimo quinto: Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto 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 desconocidos»

Este fallo confirma expresamente la aplicabilidad del Convenio de Ginebra a la situación que vivía Chile. Sirve de base para la definitiva construcción doctrinal y jurisprudencial de la improcedencia de la Ley de amnistía cuando se trate de crímenes de lesa humanidad. Cabe destacar que los argumentos esgrimidos por la Corte en ese entonces son los mismos que

ocupa la sentencia que comentamos. En este sentido, dentro de la clasificación de Taruffo, el caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, es el precedente al que se remiten las cortes en su argumentación. El ejemplo en nuestro caso es muy claro, pues a pesar de no citar expresamente la causa, se construyen argumentos literalmente iguales, de manera que haciéndose cargo de los hechos similares (la situación de guerra interna comprendida entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco) terminan por extraer la misma norma.

Considerando que la jurisprudencia se centra en mayor medida en cuestiones de derecho podemos notar que las últimas sentencias señaladas, más la sentencia comentada podrían tratarse en su conjunto como una línea jurisprudencial, aunque no es individualizada formalmente por ningún tribunal. Sus argumentos emplean, principalmente, qué entienden por la Ley de amnistía y cuál debe ser su rol en el conjunto de normas jurídicas de nuestro ordenamiento, considerando el bloque de constitucionalidad. Reiterando el estado de guerra interna que permite subsumir los hechos en la norma del Convenio de Ginebra, que a la vez impide la aplicación de la Ley de amnistía.

b) **Discusión:**

En el ordenamiento jurídico chileno no existe obligatoriedad vertical u horizontal para que los jueces decidan en el caso particular conforme a decisiones anteriores. Las cortes que citan precedente en nuestro sistema lo hacen más bien con la pretensión de ejemplificar y así darle mayor fuerza argumentativa a su decisión para cumplir con los deberes de motivación. En cierto modo, queda a discrecionalidad de cada juez enfrentando sus propios compromisos con la igualdad, aplicar o no, el mismo razonamiento con el que se decidió en hechos similares, o la norma que se extrajo frente a las mismas disposiciones.

Ferreres considera que los jueces estarían obligados a interpretar y aplicar el derecho de acuerdo con los criterios establecidos por los tribunales supremos. En todo caso, admite que la jurisprudencia no se impone con carácter categórico en todos los casos. No siempre hay claridad sobre el conjunto de materiales que integran el ordenamiento jurídico y determinar la solución es, por ende, más difícil[8].

[8] FERRERES, p. 44

En este contexto de precedente no vinculante, surge un caso paradigmático, la Corte Suprema contradice a la jurisprudencia asentada por ella misma, en sentencia de fecha 4 de agosto de 2005, Rol Nº 457-2005. Al conocer de un recurso de casación en el fondo, en el denominado «Caso del coronel Joaquín León Rivera González» volvió a la doctrina anterior de no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949. Este caso es emblemático porque produjo un quiebre y retroceso jurisprudencial, ya que no reconoció el carácter de ius cogens de normas del derecho internacional de los derechos humanos sobre la imprescriptibilidad. La Corte no aceptó la tesis del conflicto armado no internacional, y declaró prescrita la acción penal.

Ahora veamos cómo podemos analizar esta situación de acuerdo a lo que postula Ferreres, específicamente, con relación a los valores que hay detrás de la pretensión de unificar las respuestas judiciales[9]. Hablamos de la seguridad jurídica y la igualdad. No es inusual que en nuestro sistema los distintos tribunales de justicia lleguen a soluciones totalmente opuestas frente a un mismo caso. Esto afectaría la seguridad jurídica entendida como la posibilidad que tienen los ciudadanos de saber cuál será la calificación deóntica si llevan a cabo un determinado comportamiento. Otra arista es ¿cómo defendemos la igualdad? Actualmente la justicia puede dar soluciones completamente diferentes a casos con hechos similares.

Frente a ambos valores la jurisprudencia de nuestro asunto quedaría al debe. Por una parte, los imputados no saben realmente cuál es la consecuencia jurídica que definirá el proceso. Para los militares -autores de los crímenes- probablemente prever la calificación jurídica no hubiera cambiado en nada su actuar, pero aun así debe dárseles seguridad. Por otra parte, haciéndonos cargo de la igualdad, lo que ocurrió en la práctica es que a muchos de ellos se les declaró el sobreseimiento definitivo, dándole fin al proceso y otorgándoles la libertad. A otros se les negó, siguió su proceso, en el cual muchos fueron condenados cumpliendo penas hasta el día de hoy. Relatado así, resulta indiscutible que en estos casos debió haberse juzgado de la misma forma. Principalmente, porque la totalidad de estos se desprenden de un solo hecho en común, la dictadura militar. Ciertamente, haber tenido un precedente vinculante, desde el cambio de jurisprudencia en favor del Convenio, hubiera mejorado la práctica.

[9] FERRERES, p. 46

Al relacionarlo con el texto de Ferreres, podría agregarse la discusión sobre prevaricación. Esta se presenta cuando una autoridad normativa dicta una resolución arbitraria en un asunto judicial, a sabiendas que aquella es injusta y contraria a la Ley. En este sentido, los tribunales de instancia del año 2000 en adelante podrían haber caído en prevaricación toda vez que dictaron sentencias contrarias a la jurisprudencia asentada por el máximo tribunal.

Antes de continuar voy a responder una de las probables objeciones. Algunos pueden pensar que, si hubiera existido precedente vinculante en las decisiones de estos casos, la jurisprudencia no hubiera avanzado, de manera que aún se continuaría aplicando la Ley de amnistía como en dictadura militar. Es cierto, algunas veces al vincular decisiones judiciales vertical u horizontalmente se coarta de alguna manera la capacidad de evolución de las sentencias. Bastaría asentar una decisión como la correcta para que cada uno de los casos posteriores siguiera el mismo curso. Sin embargo, creo que en el caso que analizamos existe un error más contextual y grave, frente al cual, en algún momento los tribunales como el desarrollo de la doctrina comenzaría a revocar este precedente. Con error más grave y contextual, quiero decir que estamos hablando de crímenes de lesa humanidad, y que además hay que entender el conflicto en base al contexto de dictadura militar. Así ocurrió en la práctica, por ejemplo, en la citada sentencia dictada en 1994 por la Corte de Apelaciones de Santiago. Considero, que frente a injustos de esta índole los tribunales no pueden ni deben apegarse a un precedente errado, había razones más fuertes para contravenirlo.

Abocándome a otros puntos que pueden suscitar discusión, principalmente me llama la atención ¿en qué momento pareció tan claro para los tribunales de justicia el deber de aplicar el Convenio de Ginebra con preeminencia a la Ley de amnistía? ¿cómo determinaron esto? A pesar de no ser la única razón, creo que este vuelco en la jurisprudencia pone de relieve una cuestión no tan clara a prima facie, pues detrás de los dos caminos jurisprudenciales existe una gran carga política que descansaba en los jueces al declarar si había existido, o no, una guerra interna en nuestro país durante la década de los setenta.

Lo determinante es que desde el año 2000 a la fecha existe un cambio en la jurisprudencia mayoritaria, de la que se hace parte el fallo comentado. Los tribunales optan por darle prevalencia a lo pactado en el Convenio de Ginebra de 1949. Por lo que se puede aseverar que hay jurisprudencia conforme y asentada en la materia. Un dato a tener en cuenta es que

este vuelco en las decisiones coincide además con la detención en Londres de Augusto Pinochet, en noviembre de 1998. Desde allí, a pesar de continuar vigente, el Decreto Ley de amnistía comienza a no aplicarse, pierde eficacia normativa. Cobra sentido la discusión sobre si continuar aplicando la Ley creada en un régimen dictatorial constituiría una contravención a nuestro Estado Democrático de Derecho. Razones que finalmente se traducen en que durante el año 2014 se deroga la Ley de Amnistía.

V. Error Judicial

Los jueces al igual que cualquier ser humano también se equivocan, el punto aquí es ¿cuándo estamos frente a un error judicial? No está muy claro qué debe entenderse por error judicial, y si este puede referirse a cuestiones de hecho, o si también, a cuestiones de derecho. Aun así, el error judicial está reconocido en convenios internacionales y en derecho comparado.

Según Malem, para que se entienda configurado un error judicial, debe haber en el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas para un mismo caso; y que, a pesar de esto, el juez adopte una decisión completamente diferente. No obstante, señala que no se podría hablar de error cuando haya indeterminación jurídica, es decir, cuando no hay ninguna respuesta correcta para el caso. En definitiva, para este autor el error judicial no implica el uso judicial de la discrecionalidad, sino que más bien, supone el traspaso de los límites hacia la arbitrariedad[10].

Para Malem, resulta relevante tener en cuenta la noción de error judicial, pues en último término, «una decisión judicial estará bien fundada cuando no padece ninguna de las múltiples formas en que puede presentarse dicho error»[11]. El autor presenta unas categorías de errores judiciales, clasificándolos en errores de encabezamiento, en los fundamentos de hecho, en los fundamentos de derecho y en el fallo. En lo que sigue, desarrollaré algunas hipótesis que el autor considera errores de derecho, a la luz de la decisión comentada.

Los errores de derecho pueden afectar tanto a la interpretación como a la aplicación del derecho, o puede ser un solo error que tenga repercusiones en las dos dimensiones. Este último, es el error que está presente en el caso analizado, específicamente un error en la

[10] MALEM, p. 12
[11] MALEM, p. 14

interpretación de un precepto del Convenio de Ginebra, que suscitó un error en la aplicación del derecho develando un conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional.

a) Errores en la interpretación del derecho

Malem considera que hablar de interpretación del derecho trae a la discusión, por una parte, lo referido a la determinación del significado de los textos jurídicos, y por otra, la sistematización del derecho[12]. La determinación del significado de textos jurídicos, es decir, el proceso de cómo pasamos de las disposiciones jurídicas a las normas, es a través de la interpretación. Bien resume Guastini «la operación intelectual que conduce del enunciado al significado –o, si se prefiere, la operación de identificación del significado- no es otra cosa que la interpretación»[13].

Considerando lo anterior, es posible aseverar que los jueces de primera y segunda instancia yerran al sostener la no aplicación del Convenio de Ginebra por no darse el supuesto de hecho requerido, a saber, la existencia de un conflicto bélico efectivo. Queda a disposición de los tribunales darle contenido a lo que se entendería por un conflicto bélico efectivo, determinando si el estado de sitio decretado en la época puede o no asimilarse a una situación de guerra.

Las decisiones mencionadas optaron por realizar una interpretación restrictiva del Convenio de Ginebra, desde una mirada bastante formalista y literal consideraron que el estado de guerra al que se refería el Convenio nunca existió en Chile. Los tribunales hacen caso omiso a la realidad de la época. Se debía reconocer que las violaciones a los derechos humanos tuvieron «un carácter masivo y sistemático. Masivo, por la gran cantidad de personas afectadas, transgrediendo simultáneamente derechos fundamentales; sistemático, porque tales violaciones respondían a políticas de acción concebidas por las autoridades de facto y aplicados con recursos del Estado»[14].

En definitiva, señalaron la no aplicación de esta norma internacional por no hacer subsumible la situación de Chile a la protección internacional en la materia. No es que los jueces hayan

[12] MALEM, p. 24
[13] GUASTINI, 2014, p. 78
[14] SILVA, 2011, p. 127

elegido equivocadamente el criterio interpretativo, sino que lo hicieron operar de una forma incorrecta, violentando las reglas supremas del propio ordenamiento.

La Corte de Casación realiza, a mi juicio, una mejor interpretación. Le da un sentido extensivo a la idea de conflicto bélico efectivo, de manera que subsume lo acontecido en Chile al derecho internacional. Argumenta principalmente que cuando en los conflictos se presenta una discusión sobre violación de Derechos Humanos, no cabe la menor duda que la interpretación debe ser realizada siempre en favor de la mejor protección hacia los derechos y en concordancia con el derecho multinacional.

Por lo que se refiere al significado en sí, personalmente, no estaría dispuesta a afirmar que estamos frente a uno totalmente obscuro[15], creo que los tribunales tenían herramientas objetivas para determinar la situación de guerra o no. Existen amplios estudios empíricos sobre lo sucedido durante la dictadura militar, entre ellas, informes de la Comisión Valech, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Comité de ayuda a los refugiados, Comité de Cooperación para la Paz en Chile, etc. Por lo tanto, estamos frente a un significado claro.

Volviendo a la interpretación, es momento de desarrollar su otra arista. La sistematización del derecho asume que debería haber una correspondencia y armonía entre las disposiciones normativas de un sistema jurídico. Es labor del intérprete identificar cautelosamente cuáles son las disposiciones que se vinculan al caso, teniendo en cuenta todo el conjunto de normas vigentes y aplicables. Hecho esto, se puede realizar la construcción de argumentos justificativos a la decisión.

Los sentenciadores de instancia yerran al reflexionar que la normativa internacional no le resta eficacia al Decreto Ley 2.191. Prescinden de una interpretación coherente y realmente sistemática, a través de la cual se concluya la validez de este, pero en todos aquellos casos que no hayan sido regulados o prohibidos por la normativa internacional. Es decir, la Ley de amnistía tiene eficacia sobre todas aquellas materias que no constituyan serias vulneraciones a los Derechos Humanos. Además, dentro de la sistematización debe considerarse que el Convenio de Ginebra tiene primacía constitucional, conforme al inc. 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

[15] MALEM, p. 27

Existe una parte de la doctrina que para establecer la jerarquía de los tratados internacionales realiza una diferencia para aquellos relacionados con derechos humanos[16], en este sentido, la postura mayoritaria es aquella que señala que dichos tratados tendrían rango constitucional. Así lo afirma Hugo Llanos Mansilla cuando se refiere a la Constitución para argumentar que «el articulo 5 le otorga, además, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles así una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales»[17].

Los jueces de instancia, en palabras de Malem, también incurrieron en error al no detectar una contradicción entre las normas. Los tribunales optaron por dar una interpretación que no genere una antinomia, quizá por la carga argumentativa que no estuvieron dispuestos a enfrentar.

b) **Errores en la aplicación del derecho**

Cuando se trata de aplicar el Derecho también surgen errores, principalmente en determinar cuándo o qué normas resultan aplicables al caso[18]. En este caso, nos detendremos en los errores respecto a la calificación jurídica, los cuales «suceden cuando no se ha subsumido correctamente la situación fáctica que se considera probada en el proceso en el supuesto de hecho de una norma»[19]. Como ya se ha planteado, estamos frente a un error en la interpretación que generó una incertidumbre sobre qué preceptos se debían aplicar, específicamente, si era aplicable el Convenio de Ginebra o no. Parece que la cuestión de fondo es que los tribunales de instancia hubieran hecho una especie distinción entre lo que resulta aplicable formal y materialmente. No es que no reconozcan la aplicabilidad del Convenio, puesto que formalmente constituye una norma vigente desde el año 1951. Sino que, en cuanto a su contenido, llegan a la conclusión de que no fue dictado para circunstancias como las que vivió Chile, por ende, no es aplicado.

Es una falsa asunción de los tribunales inferiores creer que el derecho internacional no resulta aplicable, la norma pertenece y debe ser aplicada. La Corte Suprema rectifica estas decisiones argumentando, por una parte, la vigencia del Convenio de Ginebra y por otra, la obligación

[16] Para más información sobre derechos humanos en el ordenamiento interno, NASH, 2012.
[17] LLANOS, 1990, p. 124.
[18] LLANOS, 1990, p. 32
[19] LLANOS, 1990, p. 34

que tiene Chile de respetar los acuerdos, deteniéndose principalmente en el rango normativo que le atribuye a la regla internacional. Como se señala en el apartado de Jurisprudencia, la Corte Suprema ha sido oscilante en sus decisiones. No obstante, ya en el año 1955 falló en favor de la normativa internacional, dándole prevalencia sobre el derecho interno. Actualmente, la doctrina mayoritaria sigue esta línea. En palabras de Bustos Valderrama, «nuestra respetabilidad frente a la comunidad de las naciones, a través del cumplimiento de los compromisos voluntariamente contraídos, nos obliga a hacer prevalecer las normas de los tratados por sobre las contenidas en las leyes nacionales»[20].

VI. Discrecionalidad

Los ordenamientos jurídicos intentan ser lo más precisos posible, aun así, constantemente nos dejan un rango de indeterminación. Normalmente nos encontramos con afamados «conceptos jurídicos indeterminados» que obscurecen la labor interpretativa de los aplicadores del derecho. Esta situación ha sido tratada desde diferentes escuelas jurídicas. El Realismo jurídico, por ejemplo, afirma que el derecho positivo no determina las verdaderas soluciones del caso. Desde una postura más radical, afirman que los jueces son los auténticos creadores del derecho. Estos postulados han sido foco de diversas discusiones teóricas entre las escuelas positivistas, iusnaturalistas, realistas, etc.

Lo que no ha estado en discusión es que el Derecho en más de una ocasión nos da razones para atribuir diferentes calificaciones normativas para un mismo comportamiento, y ¿quién es el que decide finalmente? el actor judicial. Él decide en el caso concreto la regla que obtiene a partir de la disposición, en último término, es el juez quien nos expresa qué pretendía reglar el legislador. De ahí que se genera una especie de cuota de poder, dejándose a la discrecionalidad del sujeto la elección que estime pertinente sobre un significado u otro.

Ahora bien, la discrecionalidad entregada a los jueces no está exenta de problemas. En primer lugar, el poder judicial no es representativo de los ciudadanos, es decir, no es elegido democráticamente. Parece contraintuitivo que un órgano sin ese tipo de legitimidad termine dotando de contenido a nuestro Derecho[21]. En segundo lugar, el grado de discrecionalidad de los jueces podría afectar la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. Sabemos que un

[20] BUSTOS, 2002.
[21] IGLESIAS, 1999, p. 22

primer problema es que un tribunal puede fallar cuestiones completamente contradictorias sobre mismos hechos. Sin embargo, lo que resulta todavía más problemático es que al ser el juez quien decide el contenido de la norma, los ciudadanos ya no podrían prever las consecuencias jurídicas de sus actuaciones. De nada serviría que las leyes fueran dictadas por el legislador si los jueces las aplicaran solo conforme a su convicción. En este sentido, se dice que está permitida la discrecionalidad de los jueces, solo si, ofrecen razones dentro del marco de soluciones posibles.

Según Iglesias, no es fácil definir discreción debido a los amplios sentidos desde los que puede abordársele. Para la autora, discreción judicial alude a un «espectro de problemas jurídicos que enfrenta la función de adjudicación de normas, la función de resolver conflictos mediante el Derecho»[22]. La perspectiva interpretativa del Derecho permite trazar la distinción entre discreción débil y fuerte en base a la relación de las proposiciones en el marco de un esquema conceptual de soluciones posibles.

La discreción en sentido débil se presenta cuando el ordenamiento jurídico señala una solución, pero existe cierta complejidad para que sea aplicada. Es decir, la norma es claramente determinable, pero su aplicación conlleva ciertas cuestiones que dificultan la adjudicación. En sentido fuerte, el ordenamiento jurídico ofrece más de una respuesta correcta, y es el juez quien debe determinar cuál de ellas decidirá elegir.

En la sentencia comentada estamos frente una solución compleja que permitió que los tribunales inferiores decidieran de manera contradictoria al tribunal supremo. Como es de esperar, el problema se deriva de la indeterminación. No hay criterios objetivos para constatar la existencia de una guerra interna a la fecha de los hechos. De esta forma, por las razones que desarrollare a continuación, creo que ambos tipos de discrecionalidad se encuentran implicados en este caso en mayor y menor medida.

En primer lugar, podemos constatar la discrecionalidad en sentido débil, porque luego de que los jueces de instancia extrajeron la norma que declaraba la no existencia de guerra interna, estaban desestimando la concurrencia de la normativa internacional. Una vez tomada la decisión interpretativa el contexto es complejo, porque obliga a fallar en favor de un Decreto

[22] IGLESIAS, 1999, p. 24

Ley vigente que a todas luces contraviene en particular, el Convenio, y en general, el Derecho Humanitario. En nuestro caso, las soluciones que el Derecho les presenta como correctas en realidad solo dependían de la interpretación que le dieran al concepto de «guerra interna». En este sentido, el ámbito de discrecionalidad débil de los tribunales inferiores dependió exclusivamente de su interpretación.

Frente a la complejidad, Iglesias cree que «aquí el intérprete puede estructurar de modo coherente el conjunto de su aparato teórico para llegar a una solución interpretativa acerca de la respuesta jurídica en un caso particular»[23]. Razonamiento parecido es el que proporciona la sentencia comentada. En su parte considerativa desarrolla los argumentos teóricos sobre la primacía del Derecho Internacional y el Derecho Humanitario, para despejar cualquier complejidad al momento de adjudicar la solución. En la decisión de la Corte Suprema, la discreción débil no concurre, o más bien, ella misma lo restringe. Porque considera que cuando está implicado el Derecho Humanitario, no hay complejidad suficientemente relevante y, por ende, no sería oscura la solución.

En segundo lugar, la discreción fuerte esta menos presente en nuestro caso. Los jueces no tenían varias soluciones disponibles, solo dependía de su interpretación a cuál Derecho darle prevalencia, internacional o interno. La solución era unívoca con independencia de la norma que decidieran aplicar. Sin embargo, sobre este tema, Iglesias afirma una cuestión que considero relevante para este comentario. La autora estima que frente a este tipo de discreción el juez goza de un margen de autonomía «que posibilita a este órgano sentar por sí mismo las razones que guiaran su actuación. En estas situaciones, las razones que no son dictadas por el derecho son los criterios que permiten dirimir el conflicto normativo y seleccionar una alternativa como la correcta»[24].

Esos criterios a los que se refiere la autora son los que permitirían haber esclarecido la toma de decisión de los tribunales inferiores. Considero que los ordenamientos jurídicos deberían reconocer, si es que aún no lo hacen, la necesidad de regular y aplicar criterios extrajurídicos. En muchos casos la tarea de los jueces se vería facilitada y es posible que incurran menos en error judicial. En otros términos, esto significaría desarrollar herramientas objetivas y

[23] IGLESIAS, 1999., p. 64
[24] IGLESIAS, 1999, p. 32

reguladas para que puedan tener una mejor apreciación de la realidad. En definitiva, se ampliaría la discrecionalidad judicial por una cuestión de necesidad.

Para finalizar, conviene referirnos a la ineludible posibilidad de que los jueces hayan incurrido en arbitrariedad. Hablamos de ella cuando un juez toma una decisión fuera de toda lógica de soluciones plausibles en Derecho, lejos de «ese marco de respuestas admisibles entre las que el órgano de adjudicación debe efectuar su elección»[25], la llamada «zona de razonabilidad». En nuestro caso, considero que los jueces de instancia, aunque incurrieron en error, su decisión no fue arbitraria. Ambas soluciones eran plausibles dentro del marco de respuestas admisibles. Constatar o no, el estado de guerra interna les permitía aplicar o no, la normativa internacional. Como ya mencionamos, su marco de soluciones posibles dependía de la apreciación de cuestiones empíricas, que lamentablemente los sistemas jurídicos no tienen las herramientas para controlar.

[25] IGLESIAS, 1999, p. 54

Bibliografía

Accatino, D., "La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de las judicatura moderna?" en *Revista de Derecho Valdivia,* n° XV, 2003, p. 10, disponible en formato electrónico: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200001#1 (10 de julio de 2017).

Bordalí, A., Derecho Jurisdiccional, Derecho Austral, primera edición, Valdivia, 2016.

Bustos, C., "Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jurídica con la ley", *Revista de Derecho*, N° 7, Agosto, 2002, https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/97577671-341c-4086-b79c-b682990119ea/3.pdf?MOD=AJPERES (12 de junio de 2017).

Ezquiaga, G., "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley" en La función judicial.

Ferreres, V., Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia, en El carácter vinculante de la jurisprudencia, Fundación coloquio jurídico europeo, Segunda Edición, Madrid, 2009.

Guastini, R., Interpretar y Argumentar, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

Iglesias, M., El concepto de discreción judicial, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999.

Llanos, H. *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público,* tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

Malem, J., El Error Judicial, en El error judicial. La formación de los jueces, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid.

Nash, C., Sobre derechos humanos en el ordenamiento interno, Nash, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile*, Editorial Andros Impresores, Santiago, 2012.

Romero, A., "Las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia: Un derecho esencial del justiciable" en Revista chilena de derecho, Universidad de los Andes, Chile, 2000.

Silva, M., “La situación del Decreto Ley de Amnistía después del fallo Almonacid Arellano”, en Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado, vol 25, n°2, 2011.

Taruffo, M. “Precedente y Jurisprudencia” en Revista Precedente, Universidad ICESI, Santiago de Cali, 2007.