**Minuta**

**Fundamentos sobre la Aplicación del Decreto de Indulto por el Presidente de la República**

**Leonardo Estradé-Brancoli**

**Asesor Legislativo**

**27 de Febrero de 2018**

Fundamentos sobre Aplicación del Decreto de Indulto por el Presidente de la República

1º Se ha sostenido por funcionarios del Ministerio de Justicia que el indulto es una facultad excepcionalísima, y solo en esa calidad debe otorgarse porque altera una sentencia judicial.

Al respecto cabe señalar consideraciones de hecho y de derecho, así como de consideraciones históricas.

En cuanto a consideraciones de hecho, que lo señalado por los titulares de la cartera de justicia (el anterior y el actual) parten de una premisa que los fallos de los tribunales son enteramente justos, que son casi infalibles. Premisa que no considera que en la tramitación de un juicio penal tanto a nivel internacional como a nivel nacional se producen errores judiciales que terminan en una condena de personas inocentes por no haber tenido participación alguna en el hecho o de haberla tenido la calificación de dicha participación es incorrecta, por ejemplo haber sido encubridor, pero se le encausa como autor; y aún en ese caso de existir la participación como autor o cómplice no se considera la fuerza moral irresistible, que tiene una construcción doctrinaria a partir de la fuerza irresistible. Por su parte frente a casos iguales o similares, muchas veces la sentencia de los tribunales es contradictoria, lo cual deje en evidencia que si un fallo es justo el otro necesariamente es injusto; siguiendo el lineamiento anterior, los tribunales no siempre aplican la eximente de legítima defensa aun incompleta, pero otros sí; de igual manera la circunstancia de sevicias, entendida ésta como malos tratos, o tratamientos cruel o degradante a otra persona o específicamente de violencia intrafamiliar que la ley lo circunscribe a ciertos parientes y cónyuge o conviviente, algunos tribunales la consideran y otros no frente a un mismo hecho punible.

 En cuanto a consideraciones de derecho; se trata de una facultad que está en la ley, y como tal le corresponde al Presidente aplicarla no solo como un derecho, sino como un deber -por ser una facultad legal- al menos en casos frente a sentencias manifiestamente injustos.

En cuanto a consideraciones históricas, sean éste Emperador, Rey, Presidente o Primer Ministro, en cuanto a una aplicación justa de dicha facultad es tener en consideración los antecedentes de hecho y de derecho que correspondan, y en ningún caso proceder por mero arbitrio; tal es el sentido histórico como contemporáneo para tenerlo presente por el Jefe de Estado o de Gobierno o Ministro de Justicia en su caso, según disposición de la ley o por detentar facultad delegada.

2º Funcionarios del Ministerio de Justicia han rechazado peticiones de indulto, fundado en no haber cumplido los dos tercios de la pena o la mitad de la pena, según el delito de que se trate.

Al respecto cabe tener presente que se señala aquello en la ley de otorgamiento de indulto como principio general, se trata precisamente por ello de una mera concordancia con la ley que otorga la libertad condicional, que fija esos límites para otorgar dicho beneficio, pero solo con la finalidad de equivalencia de ambas normas jurídicas, no excluye la posibilidad de indulto en cualquier tiempo porque expresamente la ley lo faculta para ello, es mas ni siquiera requiere que en esa circunstancia el decreto deba ser fundado, únicamente se exige se haya dictado sentencia condenatoria en cualquier instancia.

La norma precedentemente señalada es equivalente a la existente en los mas diversos países, sea que éstos tengan sistema presidencial o parlamentario; incluso la diferencia se produce únicamente por el hecho de exigir en algunos países la sentencia condenatoria, pero en otros basta con el procesamiento, no la sentencia en cuanto al otorgamiento del indulto.

Para reforzar lo señalado en el caso de Chile el Presidente de la República que siempre ha tenido la facultad de indultar, con la plena vigencia de la Constitución, se le limitaba en caso de que el condenado lo fuere por delitos que la ley tipificaba como terroristas. Una reforma constitucional posterior bajo el gobierno del Presidente Patricio Aylwin restableció dicha facultad para el Presidente de la República, aún en ese caso sin limitación de transcurso de tiempo de condena, esto es facultad según la regla general.

3º Hay quienes sostienen que el indulto debiera ser otorgado por un órgano suprajudicial y no por el Presidente de la República.

Ese predicamento desconoce que es el Presidente de la República quien en su calidad de Jefe de Estado y de Gobierno el responsable de la política penitenciaria en todo el territorio nacional, y ser parte de ella el otorgamiento o no de un determinado indulto el cual puede ser de tipo general esto es beneficio a un determinado grupo de condenados, o de amnistía en cuyo caso requiere de la aprobación del Parlamento, siguiendo el mismo trámite de un proyecto de ley; o de tipo particular como atribución exclusiva presidencial.

Si esa atribución recayere en un órgano suprajudicial, éste estaría de alguna manera subordinado a la Corte Suprema, por lo que de suyo se inhibiría para proceder en consecuencia. En cambio la visión global de país la tiene el Presidente de la República para ponderar las distintas circunstancias y proceder o no al otorgamiento del indulto particular, pero ello solo se logra cuando dicha potestad es ejercida por un órgano distinto al judicial, por cuanto los factores que se tienen en consideración van más allá de lo jurídico, como lo es el factor humano, entre otros.

Una de las fuentes del derecho chileno lo constituye el derecho comparado, y en éste será el Jefe de Estado (el Presidente de la República en los sistemas presidenciales por ejemplo Estados Unidos y los países de América del Sur, entre otros) o Jefe de gobierno (en sistema parlamentario el Primer Ministro en el caso de Canadá y formalmente el rey pero con informe del gobierno en los países europeos). Sería un completo contrasentido fuere Chile una excepción al respecto, dado que en el hecho sería privarse de una facultad como parte de una política penitenciaria y criminológica, que como ya se señaló el responsable último es el Poder Ejecutivo, en particular el Ministerio de Justicia y cargos bajo su dependencia.

Propuesta

Es deseable que el Poder Ejecutivo representado en el Presidente de la República tenga presente que la vía del indulto, mas que una carga sea la posibilidad real de corregir sentencias que o sean manifiestamente injustas por no ajustarse a derecho, o no se ponderaron en el fallo los mas diversos factores mas allá de lo meramente jurídico.