

# Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile

María Inés Horvitz Lennon\*

El presente comentario se aboca al estudio de una de las últimas sentencias dictadas en Chile en materia de derechos humanos, donde se abordó, entre otros, el tema de la prescripción de la acción penal. Comenzaré con una (i) breve relación de jurisprudencia relevante en materia de derechos humanos en Chile y una síntesis de los considerandos resolutivos, para luego entrar al (ii) análisis jurisprudencial, con pronunciamiento sobre: a) aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a la época de ocurrencia de los hechos; b) naturaleza de la amnistía que establece el DL 2191, de 1978; c) aplicabilidad de la prescripción de la acción penal y cómputo del plazo.

\* Profesora Asociada Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Directora del Centro de Estudios de la Justicia de la misma Universidad.

## I. Breve relación de jurisprudencia y síntesis de los considerandos resolutivos

La sentencia de primera instancia, recaída en la causa Rol N° 63.257 del Juzgado de Letras de Angol, contra Joaquín Rivera González, por los secuestros calificados de Ricardo Rioseco Montoya (22 años) y Luis Cotal Álvarez (15 años), señala que las víctimas fueron detenidas ilegalmente durante la madrugada del 5 de octubre de 1973, “siendo imposible extender el período de tal anormal situación más allá del día siguiente, toda vez que está probado en autos que fueron fusilados horas después de su ilegal detención” (considerando 6º). Seguidamente, el fallo hace mención de todos los antecedentes probatorios que acreditan la fecha de causación de la muerte de ambas víctimas, para luego abocarse al tema de la aplicabilidad de la prescripción. La sentencia acoge la alegación de prescripción de la acción penal invocada por la defensa. Afirma que el “daño grave a las personas”, a que alude el artículo 141 del Código Penal, ocurrió el día 6 de octubre de 1973, fecha desde la cual se inició el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal del delito de secuestro calificado, transcurriendo “con creces (el plazo), sin que haya operado la interrupción o suspensión del mismo”.

Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco recalifica la participación del sentenciado de secuestro calificado a homicidio calificado (su participación “se redujo al fusilamiento y muerte de las víctimas...”). En síntesis, expresa que, “de hecho y de derecho, el país estaba en estado de guerra en mérito de lo previsto en el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, estado que se mantuvo hasta el 11 de marzo de 1975, a raíz de los Decretos Leyes 640 y 641 de septiembre de 1974, constituyéndose tribunales en tiempos de guerra”. Añade que en dicho período regía la Constitución de 1925 y estaban vigentes diversos

Este comentario, junto con el documento principal a que se refiere, están disponibles en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)

tratados internacionales sobre Derechos Humanos. El considerando 5º estima aplicables al caso los Convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional, promulgados por Decreto N° 752, de 1951, y vigentes al tiempo de comisión de los delitos enjuiciados, por existir un estado de guerra interno, todo ello al tenor de los artículos 3, 146 y 147 de la Convención sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra. El fallo expresa que la vigencia de los Convenios de Ginebra impiden al Estado Parte que incurra en infracciones graves al Convenio autoexonerarse de responsabilidad, y ello alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal previstas en la ley interna, como la amnistía o la prescripción. Añade que las cláusulas de un tratado, debidamente incorporadas a la legislación interna, prevalecen como “ley especial” respecto de las leyes comunes internas. También alude a los artículos 5 N° 1 y 15 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento que impondría la obligación a los Estados Parte, de juzgar y condenar a los responsables de actos u omisiones que, en el momento de cometerse, “fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, y entre tales principios estaría el de sancionar los crímenes de guerra y contra la humanidad, los que serían, además, imprescriptibles. En el considerando 7º, la sentencia declara que, “según la norma internacional ya citada, los delitos de homicidio son imprescriptibles e inamnistiables, porque constituyen delitos que afectan los derechos humanos configurando delitos de lesa humanidad que no permiten ni son afectados por prescripción ni amnistía”. La sentencia condena a Joaquín Rivera González como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado en contra de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez.

Con fecha 4 de agosto de 2005, la Corte Suprema, pronunciándose en el recurso de casación en la forma y fondo interpuesto por el condenado, anula la sentencia definitiva de segunda instancia y dicta una de reemplazo. En síntesis, los argumentos del voto de mayoría se pronuncian sobre los siguientes temas:

- a) Inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 al caso de autos, por no concurrir el presupuesto de su artículo 3º común, a saber, la existencia, a la época de los hechos, de un conflicto armado sin carácter de internacional. Para ello recurre a la interpretación histórica y doctrinaria de dicho precepto, al II Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1948 y al Estatuto de Roma, que servirían – a su juicio – para ratificar la interpretación de que dicho artículo 3º común no es aplicable a la especie (considerando 6º).
- b) Improcedencia de interpretar que Chile se encontraba en estado de guerra interna a la época de comisión de los hechos en virtud de las disposiciones del D.L. N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 1973, pues dicho cuerpo legal “se dictó (sólo) para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para los efectos de dicha legislación”. Reitera que no se dieron

los presupuestos fácticos que permiten sostener que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” (considerandos 7º y 8º).

- c) Inexistencia de prohibición alguna, en los Convenios de Ginebra, de autoexoneración de responsabilidad penal a través de causales de extinción de responsabilidad penal, pues el art. 148 del Convenio IV de Ginebra ha sido interpretado –afirma la Corte– en el sentido que el Estado infractor siempre será responsable de compensar económicamente los daños producidos, aunque no se castigue efectivamente al responsable de la infracción (considerando 9º).
- d) Inaplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque a la fecha de comisión de los hechos investigados aquel no se encontraba aún vigente en Chile (considerando 10º).
- e) Ausencia de fundamentación de la alegación de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad efectuada por la sentencia, pues se omite señalar “dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos (considerando 11º).
- f) Inaplicabilidad de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pues ninguna de dichas convenciones se encuentran vigentes en Chile (considerando 12º).

El voto de minoría (Ministros Sres. Cury y Segura) estuvo por rechazar el recurso de casación interpuesto por el condenado, aduciendo los siguientes argumentos:

- a) Aplicabilidad del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra al hecho investigado, pues existía “jurídicamente” en Chile un estado de guerra interno con ocasión de encontrarse vigente el Decreto Ley Nº 5, de 12 de septiembre de 1973, el que declaró que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, según el Decreto Ley Nº 2 del día anterior, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.
- b) Improcedencia de la alegación de que no existía un genuino estado de guerra interna en el país a la época de ocurrencia de los hechos para hacer inaplicables los Convenios de Ginebra, pues si se valieron de las ventajas que les concedía la referida declaración para facilitar la lucha en contra de los que se oponían al gobierno de facto, “hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso”.

- c) Existencia, en los Convenios de Ginebra, de una prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra cometidos, prohibición que no sólo se refiere a las consecuencias civiles de la infracción sino también a las sanciones penales contempladas para ellas, las que resultan necesarias por razones preventivo generales.
- d) La prohibición de autoexoneración no sólo abarca los supuestos más obvios de amnistías autoconcedidas, sino que implica también “una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción”.

**II. Análisis jurisprudencial, con pronunciamiento sobre: i) aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a la época de ocurrencia de los hechos; ii) naturaleza de la amnistía que establece el DL N° 2191, de 1978; iii) aplicabilidad de la prescripción de la acción penal, y iv) cómputo del plazo.**

Este comentario jurisprudencial abordará los siguientes temas del fallo de la Corte Suprema que acoge el recurso de casación interpuesto por el condenado: (i) la existencia o no existencia en Chile de un estado de guerra interno en la época en que ocurrieron los hechos encausados y la aplicabilidad de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949; ii) el DL N° 2191, de 1978, su carácter de (auto) amnistía y sus implicaciones para la teoría de la pena; iii) existencia de un determinado estado de cosas que hace imposible la persecución punitiva (situación de impunidad) y aplicabilidad de la prescripción de la acción penal a casos de graves violaciones a los derechos humanos, y iv) cómputo del plazo de prescripción en relación a un hecho acaecido durante la situación de impunidad.

(i) Nos parece que el voto de minoría del fallo del alto tribunal destaca el aspecto esencial de la cuestión relativa a la alegación de la existencia o no existencia de un estado de guerra interno en Chile. En efecto, si existió un cuerpo legal que declaró *ficticiamente* la existencia de un estado de guerra interno para los efectos de poder hacer funcionar los Consejos de Guerra, y aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para los imputados de graves delitos, así como las penas de tiempo de guerra contenidas en el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, “y para todos los efectos de dicha legislación”, aparece inadmisibles la alegación de que no existió efectivamente dicha realidad para hacer inaplicable la legislación protectora internacional prevista justamente para amparar a las potenciales víctimas de abusos y violaciones en sus derechos en tal supuesto, que fue justamente lo que ocurrió. Si dicha ficción jurídica fue utilizada para facilitar la represión de quienes fueron considerados enemigos del régimen militar, no cabe admitir hoy la alegación de los victimarios que obraron al

amparo de dicha legislación que tal estado de cosas en realidad no existió. Tal declaración tuvo múltiples consecuencias jurídicas desfavorables para los derechos de las personas. En este sentido, debe recordarse que, impetrada en diversas ocasiones, la actuación de la Corte Suprema a través de la interposición de recursos de queja en contra de los tribunales militares en tiempos de guerra, el máximo tribunal del país declaró repetidamente que carecía de poder jurisdiccional para revisar los fallos de los Consejos de Guerra argumentando que dichos tribunales estaban bajo la jurisdicción militar, “cuyo ejercicio pleno le corresponde al General en Jefe del Ejército o en quien éste delegue estas atribuciones, y en uso de ellas está facultado privativamente para aprobar, revocar o modificar las sentencias de aquellos tribunales en el territorio declarado en estado de guerra (C.S., Rol N° 7633-74, de 21 de agosto de 1974)<sup>1</sup>.”

Por consiguiente, la declaración de que Chile se encontraba en estado de guerra hizo aplicable el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 12 de octubre de 1949, referido a los casos de conflictos armados sin carácter internacional que pudieren ocurrir en el territorio de un Estado Parte. Entre las obligaciones que impone dicho precepto se encuentra la de otorgar un trato humanitario a las personas involucradas, incluso de contendientes que hubieren abandonado sus armas, prohibiéndose en cualquier tiempo y lugar, entre otros, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; y los atentados en contra de la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Una primera lectura del artículo 3° común de los cuatro Convenios de Ginebra, y especialmente, del Protocolo II, adicional a dichos convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional pareciera concluir que en el nivel estatutario del derecho de Ginebra, las infracciones a dicho precepto convencional no serían “infracciones graves” en el sentido específico de los cuatro convenios. Por consiguiente, no existiría a su respecto un mandato de punición para los Estados Partes ni tampoco la prohibición de exoneración de responsabilidad que sólo cabe respecto de las infracciones graves. No obstante, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos es a equiparar el tratamiento del conflicto interno al paradigma del conflicto bélico de carácter internacional, reconvirtiéndolo a un mismo esquema normativo de atribución de responsabilidades del Estado por la infracción de las normas que regulan los conflictos armados<sup>2</sup>.

ii) No obstante que en el caso que estamos comentando se aplicó la institución de la prescripción de la acción penal, haremos algunas breves reflexiones sobre la amnistía, pues la Corte Suprema se refiere a ella antes de pronunciarse sobre la prescripción, considerando que ambas se asientan sobre fundamentos análogos.

Sentado lo anterior, no cabe duda que el DL N° 2191, de 1978, tiene el carácter de una (auto) amnistía, esto es, puede ser claramente identificada

<sup>1</sup> Colegio de Abogados de Chile, *La Justicia Militar en Chile*, Ed. Jurídica de Chile, 1990, p. 67 y ss. que contiene la relación de numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales militares en tiempos de guerra.

<sup>2</sup> Vid. Mangas Martín, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990, *passim*; Salinas, H.: “El derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos”, en Infante/Cave (comps.) *Nuevos estudios de derecho internacional humanitario*, Colección de Estudios Internacionales, Santiago, p. 78 y ss. Una importante ratificación de la tendencia anotada es la sistematización hecha por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998, pero aún sin ratificar por el Estado chileno. En efecto, el Estatuto elimina las diferencias de estatus entre las infracciones cometidas con ocasión de un conflicto armado de índole internacional y las perpetradas en uno de carácter interno: todas ellas son de competencia de la Corte bajo las mismas condiciones (cfr. Bascuñán R., A.: “Derechos fundamentales y derecho penal”, en VV.AA. *Los derechos fundamentales*, SELA 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, *passim*).

- <sup>3</sup> Así, Ambos, K, *Impunidad y derecho internacional*, Díké, Medellín, 1997, p. 283.
- <sup>4</sup> Juez García Ramírez, en su voto concurrente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra Perú, caso Barrios Altos, párrafo 14.
- <sup>5</sup> *Ibid.*, párrafo 43.
- <sup>6</sup> Bascuñán R., A, "Derechos fundamentales y derecho penal", cit., p. 340.
- <sup>7</sup> *Ibid.*
- <sup>8</sup> *Ibid.*, p. 340. En el mismo sentido, Mañalich, J.P.: "El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía" en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 5, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004, p. 11 y ss., especialmente, p. 28.

como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues ella se dictó *con posterioridad* a ellos, con el evidente propósito de procurar su impunidad.

Existe cierto consenso en la doctrina que ha abordado el tema que el derecho internacional no establece una prohibición absoluta de las amnistías<sup>3</sup>. Así, se distingue entre la "autoamnistía", que son "expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos" y la amnistía (heterónoma) "que resulta de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados"<sup>4</sup>. Pero aun en este caso, como la amnistía importa sólo la *extinción* de la responsabilidad penal, no borra el delito ni la culpabilidad del sujeto, esto es, no implica la negación de responsabilidad. Es más, para que se produjeran los efectos pacificadores de la misma cabría exigir, en determinados casos, la atribución expresa de responsabilidad en el proceso penal.

Por consiguiente, la amnistía que resulta inadmisibles es la autoamnistía, esto es, la autoexoneración de quienes, detentando el poder durante y después de los hechos, garantizan de este modo su impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 14 de marzo de 2001 recaída en el caso "Barrios Altos", contra el Estado peruano, sostuvo que "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 obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia e impiden a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"<sup>5</sup>.

Es en este contexto sociopolítico que cabe hablar de *delitos de impunidad*, esto es, "delitos contra intereses fundamentales, cometidos por personas a quienes les corresponde mantener la vigencia del orden establecido, (cometidos) en forma sistemática y/o generalizada, y bajo condiciones fácticas de impunidad conocidas y asumidas *ex ante* por los autores de esos delitos"<sup>6</sup>. En efecto, cuando existe una reiteración de infracciones a normas fundamentales por parte del o de los responsables de su vigencia contándose con la garantía de la impunidad, la expectativa normativa de intangibilidad del círculo de afectados actuales o potenciales se hace insignificante frente a las expectativas cognitivas de peligro de afectación<sup>7</sup>. Por ello, frente a esta clase de delitos, cualquier acto de exención de pena conlleva un efecto negativo en el plano simbólico-comunicativo. Como señala Bascuñán, "una decisión legislativa posterior de prescindencia de la pena tiene inevitablemente el sentido de confirmación de la comunicación que portaban los delitos"<sup>8</sup>. En efecto, la autoamnistía sólo puede ser interpretada como un modo de elusión de las consecuencias de la responsabilidad y, en esa medida, favorece una



orientación cognitiva frente a la expectativa defraudada<sup>9</sup>. De allí que la ejecución de la pena aparezca como necesaria, como único medio de reafirmar la vigencia categórica, definitiva y universal de las normas fundamentales infringidas.

Por consiguiente, la amnistía, para que sea legítima, debe ser considerada un equivalente funcional de la pena, esto es, debe propender o, al menos no afectar el proceso de estabilización contrafáctica de expectativas normativas. En otras palabras, debe hacer posible la solución del conflicto sin pena<sup>10</sup>. Tal NO es el caso, como hemos visto, del Decreto Ley N° 2191, de 1978; por consiguiente, dicho cuerpo legal debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra y, por consiguiente, inaplicable a las infracciones graves contra los derechos humanos cometidas durante el lapso en que se consideró que hubo estado de guerra interno en Chile.

**III.** Como advirtiéramos, la institución aplicada al caso analizado por la Corte Suprema fue la prescripción de la acción penal, modo de extinguir la responsabilidad criminal contemplada en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal y existente en el ordenamiento jurídico chileno con mucha anterioridad a los hechos enjuiciados en este proceso. En tal sentido, existe una diferencia fundamental con la amnistía establecida por el Decreto Ley N° 2191, de 1978, pues se aplicó una circunstancia eximente de responsabilidad criminal que no fue afectada en su regulación, ni antes ni tras el 11 de septiembre de 1973, pues no se modificaron los plazos de prescripción y nuestra legislación no ha conocido, hasta la fecha, los delitos imprescriptibles<sup>11</sup>.

El fundamento común del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención especial). En su base operan, pues, consideraciones de racionalidad conforme a fines, es decir, de falta de necesidad prospectiva de la pena.

La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal), sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos. Este es el fundamento de justicia política de las disposiciones convencionales en el ámbito internacional que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos<sup>12 13</sup>, normas que, sin embargo, no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de tales delitos se asienta en una norma *ius cogens*, que "importa el reconocimiento de una norma ya

<sup>9</sup> Cfr. Mañalich, cit., pp. 27-28.

<sup>10</sup> Vid. Jakobs, G., *Derecho Penal Parte General*, Apartado 1, N°s 12-13, p. 14 y ss.

<sup>11</sup> Una situación especial se halla en el actual inciso final del artículo 250 del Código Procesal Penal, el que establece que el juez no podrá disponer el sobreseimiento definitivo "respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados".

<sup>12</sup> Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, de 9 de diciembre de 1968. De allí que, aunque ha ratificado y se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, delitos considerados contra la humanidad, y las Convenciones de Ginebra de 1949, sobre crímenes de guerra, nuestro país no ha cumplido, sin embargo, con las obligaciones impuestas a los Estados contratantes de "adoptar, con arreglo a las Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones"

contenidas en dichas Convenciones.

<sup>13</sup> Cfr. artículo 29, en relación con el artículo 5 (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión); vid. también Ambos, K., "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 5, Madrid, 2000, p. 127 y ss.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia de Argentina en causa N° 259, c/ Arancibia Clavel, por homicidio calificado, asociación ilícita y otros, considerando 28°. Resulta útil destacar, no obstante, que el Estado argentino suscribió y ratificó la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, la que fue incorporada a la legislación argentina por la Ley N° 25.778, de 2003, esto es con posterioridad a los hechos respecto de los cuales se quería aplicar.

<sup>15</sup> En el mismo sentido, Guzmán D'Albora, J. L., *Crímenes internacionales y prescripción*, ponencia presentada en el Seminario Internacional "La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de Derecho Penal Internacional", organizado por la Fundación Konrad Adenauer, São Paulo, marzo 2004.

<sup>16</sup> Se utiliza el término en el mismo sentido descriptivo que otra clase de delitos analizados

vigente en función del derecho internacional público de origen consuetudinario" y que "de esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos"<sup>14</sup>. Ello ocurriría cuando, no existiendo una norma de derecho positivo que consagre la imprescriptibilidad de los hechos al momento de su comisión, se dicte con posterioridad una regla interna que sí la establezca. En este contexto se plantea la cuestión sobre la legitimidad de la aplicación retroactiva de la regla de imprescriptibilidad desde la perspectiva del principio de legalidad en materia penal.

En nuestra opinión, no cabe plantear la imprescriptibilidad de dichos delitos en ausencia de la incorporación expresa de tal cláusula al sistema penal chileno, ya que, por imperativo del principio de legalidad, quedaría a salvo la alegación del reo de que la ley interna le es más favorable debiendo aplicársela en el caso concreto. En todo caso, el establecimiento de una regla de imprescriptibilidad en el ordenamiento punitivo interno sólo podría operar hacia el futuro y nunca retroactivamente<sup>15</sup>.

Sin embargo, podría plantearse una solución institucional alternativa que se derive de la idea del delito de impunidad. En efecto, esencial en su definición<sup>16</sup> es la perpetración del delito *contando con la garantía de la impunidad*; dicha situación configura un estado de cosas en que la persecución punitiva deviene imposible por la omisión deliberada en el cumplimiento de tal deber por los funcionarios del Estado llamados a verificarlo. Por consiguiente, sólo cabría entender *terminado* un delito de impunidad (y, por tanto, "cometido") cuando cesa la situación de impunidad: sólo entonces podría empezar a correr el plazo de prescripción de la acción penal<sup>17</sup>.

Las objeciones que pudieran plantearse a esta solución interpretativa del problema desde la perspectiva del principio de legalidad pueden resolverse entendiendo que esta particularidad de los delitos de impunidad no fundamenta la punibilidad de estos hechos, sino sólo la suspensión del cómputo de la prescripción<sup>18</sup>. Por otro lado, no es pacífica en la doctrina la discusión acerca de si la prescripción se sujeta o no al conjunto de garantías del *nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>19</sup>.

En suma, estamos de acuerdo con la conclusión del voto de minoría del fallo de la Corte Suprema que comentamos, cuando expresa que la prohibición de autoexoneración no sólo abarca los supuestos más obvios de amnistías autoconcedidas, sino que implica también "una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción".

En efecto, la prescripción es una institución propia del Estado de derecho que implica la clausura de la *contingencia* de la persecución punitiva o



de la ejecución de la pena una vez transcurrido un determinado lapso, el que dependerá normalmente de la gravedad del delito o de la pena. Esto significa, respecto de la prescripción de la acción penal, que la persecución penal haya sido contingente, esto es, que la acción penal haya *podido* ser ejercida durante algún tiempo. No obstante, lo constitutivo de los delitos de impunidad es, precisamente, *la supresión institucional*, esto es, desde el Estado, de la contingencia de la punición; en ellos, la prescripción no puede correr sino una vez que la persecución penal y la pena se vuelven contingentes: entretanto, el plazo de prescripción debe considerarse suspendido<sup>20</sup>.

doctrinariamente, como los delitos de corrupción o los delitos políticos.

<sup>17</sup> Mañalich, cit., p. 28.

<sup>18</sup> Mañalich, cit., pp. 28-29.

<sup>19</sup> Sosteniendo su carácter procesal, vid. Roxin, C.: *Derecho Penal, Parte General*, apartado 23, N<sup>os</sup> 50-52. Afirman su carácter penal material, Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal, Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 420 y ss.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, Guzmán D'Albora, cit., *passím*.

