Establece ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
Boletín N° 6422-07

1. Prolegómenos.- Tradicionalmente se ha entendido las causas de extinción de responsabilidad penal como "un conjunto de circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y destruyen la acción penal o la pena"[1], pues si la responsabilidad penal es el corolario jurídico de la reunión, en un acto determinado, de todos los elementos del delito, tales circunstancias la suprimen en lo que tienen de característico y la materializan, esto es, la obligación del delincuente de sufrir una pena. No obstante lo anterior las reflexiones dogmáticas señalan importantes limitaciones a su aplicación y el caso más importante esta dado por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Es por eso que mediante el presente proyecto de ley se pretende dictar **una norma interpretativa** para precisar el verdadero sentido y alcance las actuales normas internas que dicen relación con la extinción de la responsabilidad penal a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado surge una vigorosa noción en el Derecho Internacional Público, tendiente a salvaguardar la protección Internacional en materia de Derechos Humanos, como una forma de respuesta a los horrores de la criminalidad del Estado, pues las tradicionales formas de imputación existentes a la fecha no estaban en condiciones de responder a delitos como el genocidio, crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, entre otros y que como destaca ZAFFARONI "cobraron particular impulso dentro del derecho internacional público el *derecho internacional de los derechos humanos* y *el derecho internacional humanitario*, con considerable grado de autonomía"[2]. Es en este contexto, que además de la jurisdicción nacional, sobre la base del *principio de universalidad*[3]*,* que emana del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, se extiende por esta norma a los delitos contemplados en la *Convención sobre Prevención y sanción del delito de Genocidio* (1953), la *Convención de las naciones Unidas contra la tortura y otro tratamientos crueles humanos y degradantes* (1984). En estos casos, aun si se trata de un delito que no tiene su equivalente preciso en la legislación nacional –como el genocidio-, "no podría excusarse el juez de incriminar por falta de *lex certa,* ya que el homicidio calificado, la aplicación de tormentos, las lesiones corporales, el secuestro y demás delitos comunes, comprendidos en la definición del genocidio, sí están previstos por la legislación nacional, así como las reglas aplicables para el concurso de delitos, lo decisivo es que el tratado internacional obligue al Estado a la persecución del hecho, aunque

---

[1] GUZMÁN DALBORA, José Luis, *"Texto y Comentario al Código Penal Chileno"*, Tomo I, pág. 434, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

[2] Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro en *"Derecho Penal",* pág. 195 y ss., 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

[3] POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, *"Texto y Comentario al Código Penal Chileno"*, cit. Pág. 75.

cometido fuera de sus fronteras y no solamente a tipificarlo en la legislación interna"[4].

Este criterio ha seguido la Sala Penal de la Corte Suprema, al otorgar plena aplicación a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pues ha señalado que "los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa renuncia de los Convenios respectivos"[5].

La presente moción, tiene como antecedente directo dos mociones refundidas, la primera *que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos;* y la segunda, *en materia de prescripción de la acción penal en el caso de delitos especialmente sancionados por el Derecho Internacional e interpreta* (Boletines núm. 3345-07 y 3959-07, respectivamente), absurdamente –en un hecho inédito y excediendo las atribuciones legales-, declaradas inadmisibles en segundo trámite por el Senado (se sostuvo que no se inició su tramitación legislativa en el Senado, cuando en verdad). La idea matriz de estas mociones, es recogida por el presente proyecto parcialmente pues agrega una nueva propuesta en relación a la denominada prescripción gradual de la pena.

Establece legalmente la sana doctrina, que niega valor a semejantes disposiciones propias de regimenes tiránicos que –lejos de buscar sosiego en la comunidad (como es una auténtica amnistía)- buscan procurar impunidad por tantos hechos hayan cometido y por otro lado cumple parcialmente la sentencia condenatoria internacional (no una "mera recomendación", pues según esa tesis los fallos del Tribunal Constitucional no deberían cumplirse al carecer del auxilio de la fuerza pública para su cumplimiento) emitida por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), en el *Caso Almonacid*.

2. Alcances de una ley interpretativa. La interpretación de la ley "es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüisticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo"[6]. Como lo explican los profesores ALESSANDRI y SOMARRIVA, "llámense explicativas o interpretativas las normas que fijan el sentido, extensión o contenido de las palabras o conceptos que se encuentran en otras normas, o sirven de regla para su interpretación o la de los actos jurídicos"[7]. El concepto de ley

[4] POLITOFF, Sergio *"Derecho Penal",* pág. 152, Tomo I, Editorial Conosur, 1997.

[5] Sentencia de la Corte Suprema de 09.09.1998 publicado en *Revista Gaceta Jurídica,* pág. 122, N° 219.

[6] SQUELLA, Agustín, *"Introducción al derecho",* pág. 397, Editorial Jurídica de Chile, tercera reimpresión de la 1ª edición, 2003.

[7] ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *"Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho"*, pág. 16, Redactada, ampliada y puesta al día por Antonio Vodanovic, Cuarta edición, Editorial Nacimiento, 1971.

interpretativa se opone al de ley derogatoria o modificatoria. La doctrina expresa que "la ley interpretada y la ley interpretativa se muestran como dos **leyes coexistentes en torno al mismo objeto**; de aquí se desprende que pueden coexistir en la medida que no se encuentren, entre sí, en antinomia"[8].

El efecto de la ley interpretativa, es que se entiende incorporada a la ley interpretada, según lo establece el inciso segundo del art. 9 del Código Civil[9], lo que ha llevado a algunos a sostener que atribuir a la ley interpretativa del art. 93 del Código Penal, un efecto retroactivo, "en la parte más gravosa para el autor", es inaceptable en atención a la vigencia del principio *nulla poena* (que prohíbe una aplicación retroactiva de la ley).

Como explica el profesor CURY, "este punto de vista es desacertado. Si la ley es en realidad interpretativa –o sea, si efectivamente no hace mas que fijar el sentido de ella dentro de los marcos conceptuales preestablecidos- y si, además, la decisión respecto a esa calidad pertenece a los tribunales, no se divisa la forma en que su aplicación retroactiva, vulneraría el principio de reserva, puesto que la interpretación efectuada por la ley *también hubiese podido ser realizada lícitamente por el juez* aunque aquella no se hubiere dictado"[10]. Al respecto hay que destacar que ya nuestros tribunales de justicia tanto inferiores como superiores han dictado sentencias interpretando para el caso concreto el sentido que ha de tener las menciones a la amnistía y la prescripción establecidas en el artículo 93 del Código penal, en cuanto ha de entenderse que no se aplican a los delitos contra la Humanidad. Luego, tiene razón Bustos, al señalar que "es la hora que el poder legislativo establezca de modo general la correcta interpretación de estos términos, conforme a lo ya señalado por los tribunales"[11].

La cuestión, se refuerza si tenemos presente que el sentido propuesta se orienta a ratificar un mandato obligatorio en el ámbito internacional vigente con antelación a los hechos delictivos, como veremos en el apartado siguiente.

3. **Fallo Corte Interamericana *Caso Almonacid Arellano y otros*.** Como bien lo ha expresado la CIDH, "leyes de auto amnistía con las características descritas […] conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado"[12]. En consecuencia, dada su naturaleza, **el Decreto**

---

[8] DUCCI CLARO, Carlos, *"Interpretación jurídica",* pág. 46, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

[9] "Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

[10] CURY, Enrique,*"Derecho Penal" Parte General*, pág. 193, 8ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. En igual sentido, GARRIDO, t. I, pág. 95, NOVOA, *Curso..,* t. I, pág. 135, SOLER, t. I, pág. 136.

[11] Cfr. BUSTOS, Juan, ALDUNATE, Enrique, *"Inadmisibilidad de autamnistías en el derecho penal",* pág. 18, en Revista GACETA JURÍDICA, núm. 326, pág. 7-23, Agosto, 2007.

[12] *Cfr. Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo.* (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile[13].

En su considerando número 146, la CIDH ha establecido que "el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez. Esta violación se produjo por dos causas:
i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y
ii) por la aplicación del Decreto Ley No. 2.191. La primera violación fue producto de la resolución de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 1996 (*supra* párr. 82.17), mientras que la segunda fue consecuencia de las sentencias de 28 de enero de 1997 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (*supra* párr. 82.20) y de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial (*supra* párr. 82.21)".

En cuanto a los **efectos del fallo,** especial consideración en este punto merecen los considerandos 151 a 154 que se citan íntegramente a continuación, y que aclaran una serie de temas controvertidos en Tribunales durante los últimos años:

> 151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. **Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191,** por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145[14]. Pero además**, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*,** así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.
>
> 152. En efecto, **por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible**. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de

[13] *Cfr*. *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 44.

[14] el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.

guerra y de los crímenes de lesa humanidad[15] claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, **esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General** (*ius cogens)*, que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia[16]. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una **cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"**[17]. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

4. Refutación de una posible argumentación en contrario. Es necesario considerar las siguientes nociones:

a) **No se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal.** Se ha sostenido una infracción de la *prohibición de irretroactividad* en la aplicación de tratados internacionales posteriores al acaecimiento de los hechos, argumento falaz, en razón a que se trata de una *ratificación convencional* de hechos que ya eran delictivos en el ámbito interno, al momento de su ocurrencia, lo que acontece como señala NOVOA MONREAL, a propósito de la desaparición forzada de personas, "cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado

[15] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

[16] *Cfr*. O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9.

[17] *Cfr*. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente"[18].

Desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, sostiene AMBOS, que "una violación de la prohibición de retroactividad es negada unánimemente, porque ésta *no* habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal *escrito* al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad de derecho penal internacional se orienta al carácter del derecho internacional como un ordenamiento jurídico dinámico. Por ello, es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios *no escritos del derecho consuetudinario*. Por lo general esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión –guerra de agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra- ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional"[19].

No se vulnera la *prohibición de retroactividad de la ley penal*, pues esta se refiere a la **descripción del hecho** (que estaba descrito con anterioridad) y a la **pena** (considerado in abstracto en el tipo penal respectivo), suficientemente cumplidos pues los secuestros, los homicidios, la tortura, etc., ya eran punibles a la fecha de la comisión de los delitos. Otra cosa muy distinta es que el Estado pretenda –en cualquier tiempo- persistir en perseguir y castigar ciertos delitos como ocurrió con la ampliación del plazo de prescripción (interrumpido por el período de anormalidad constitucional) respecto de los crímenes del nacional socialismo, pues el Estado debe señalar que es lo que se castiga y con que penalidad, pero no cuanto tiempo debe "esconderse" el delincuente. Con mayor razón cuando la amnistía no es un equivalente funcional de la pena (no soluciona conflicto alguno) y sobre todo cuando la supuesta amnistía es un **auto perdón** por los crímenes de los propios legisladores.

Desde el punto de vista estrictamente de la responsabilidad, no sólo responden penalmente los autores y participes, pues, de la perspectiva internacional es el Estado quién compromete su responsabilidad en razón de su acción política, discriminatoria y atentatoria de los derechos humanos, ya que el Estado "no podrá alegar en su favor la no retroactividad de la ley penal, ya que esta es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de éste, y si el Estado no puede invocar esta garantía tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares"[20].

---

[18] NOVOA MONREAL, Eduardo: *"El desaparecimiento de personas". Breve análisis jurídico*, pág. 29, en Revista Araucaria de Chile, N°14, 1981. El autor, demuestra de manera contundente los elementos configuradores de esta clase de crímenes, y en aplicación de una rigurosa lógica jurídica a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, demuestra todos los preceptos internacionales que infringen. Similar posición sostiene BUSTOS en *"El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas"*, pág. 423, sobre la posible asimilación en la legislación interna, con detalle, pág. 429 (Obras Completas, t. II).

[19] AMBOS, Kai: *"La parte general del Derecho Penal Internacional". Bases para una elaboración dogmática,* pág. 85, traducción de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

[20] BUSTOS, Juan: *"El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas"*, pág. 428 y ss.

b) No se aplican las **reglas comunes de prescripción** si estamos ante una regla **internacional que dispone la imprescriptibilidad**[21]. El genocidio y los crímenes contra la humanidad plantean un conflicto que no tiene solución racional: no puede pensarse en una solución reparadora, por ejemplo, y menos aún en los otros modelos de solución de conflictos. Ante la brutal enormidad del ilícito y la falta de modelos de solución racional, el derecho penal prácticamente carece de espacios para limitar el poder punitivo incluso la *venganza privada*. Tiene razón Zaffaroni, cuando sostiene que "el poder punitivo es un *factum* político y lo único jurídico –y ético- es su contención penal que en este caso no estaría legitimada por la enormidad de la lesión"[22], en otras palabras, el injusto es de tal magnitud y **el esfuerzo del genocida por alcanzar la vulnerabilidad del sistema penal (por sus hechos criminales)** es tan extraordinario que el derecho penal es impotente en su función acotante o limitativa. A lo anterior se suma la arbitrariedad del Estado que procurará la *impunidad* de sus crímenes, por el transcurso del tiempo, pues mientras detenta el poder será imposible ejercer acciones para perseguir sus delitos, por eso se plantea la regla de la "imprescriptibilidad". En el mismo sentido, con otros matices se plantea que *la prescripción sólo puede correr desde que se pudo ejercer sin impedimentos la acción penal* (Welzel), bajo el conocido principio que "al impedido no le corre plazo", 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"[23] .

En la jurisprudencia la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, ha señalado que "la prohibición de autoexoneración que recae sobre los responsables de crímenes de lesa humanidad, no atañe sólo a situaciones tan obvias, como las 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 llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron dicho quebrantamiento"[24], agregando "que la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de 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"[25].

Pese a estas afirmaciones, la Corte Suprema construyó una nueva línea jurisprudencial, iniciada con el pronunciamiento sobre la casación presentada en el caso de Juan Rivera Matus (S.C.S. de 30.07.2007, Rol:

---

[21] BERNALES, Gerardo, *"La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos"*, Revista Ius et Praxis, 13 Nº1, págs. 245 - 265, 2007.

[22] ZAFFARONI, Alagia, Slokar, 2002, p. 200, "Derecho Penal" Parte General.

[23] HORVITZ, María Inés, *"Amnistía y prescripción en causas de violación de derechos humanos en Chile"*, pág. 224, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006.

[24] S.C.S. de 13.03.2007, Rol: 3125-04, considerando 8º.

[25] S.C.S. de 10.05.2007, Rol: 3452–06, considerando 74.

3808-06), fallo en el que concedió a los responsables, de oficio y en toda su extensión, el beneficio de la prescripción gradual, aseverando que si bien por su envergadura tales delitos no prescriben, es posible aplicar una atenuante muy calificada como el instituto penal reconocido en el artículo 103 del Código penal, fundando dicha concesión en "lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor". El otorgamiento de este beneficio de carácter facultativo para los juzgadores, se traduce en una considerable disminución de la pena, que en la práctica permite a los condenados cumplirla en libertad[26].

Sobre este último punto, debemos plantear que en esta clase de delitos si la regla es la imprescriptibilidad, en consecuencia, no es posible invocar las garantías (prescripción y prescripción gradual de la pena) que han sido establecidas a favor del ciudadano frente al Estado, por crímenes, efectuadas por sus agentes o particulares que actúan a nombre del Estado, pues significaría una ampliación de sus actuaciones arbitrarias (delictivas) al invocar en su propio beneficio estas garantías.

c) **Inadmisibilidad de las autoamnistías en derecho penal[27]**. Tiene razón MAÑALICH cuando explica el vicio que adolece toda *autoamnistía*, pues, "La auto-amnistía es la amnistía que se atribuye en primera persona. Esta forma de amnistía jamás puede alcanzar el éxito ilocucionario que podría justificarla: la estabilización normativa de la expectativa defraudada. La auto-amnistía se interpreta como un modo de elusión de las consecuencias de la responsabilidad…"[28]. De ahí que, no pueden ser calificadas jurídicamente como amnistía, sino más bien, **amnistía al revés** como sostiene RIVACOBA, las "destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el futuro por cuantas fechorías hayan cometido"[29]. En el derecho comparado, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR señalan que "por tratarse de leyes desincriminatorias debe ser en sentido material y formal, es decir, dictadas por el Congreso Nacional", luego sumándose a la naturaleza del instituto "esta sólo puede referirse a delitos políticos, pero nada obsta a que se refiera a otros delitos, salvo que se refieran a los que la República no puede amnistiar en razón de tratados internacionales, o los cometidos por los propios legisladores, pues se trataría de una legitimación del encubrimiento"[30], agregan además sobre este punto que "la ley 23.521 de 1987, conocida como *ley de obediencia debida*, fue también una ley de

---

[26] FERNÁNDEZ, Karinna, SFERRAZZA, Pietro, *"La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos"*.

[27] Sobre este punto, cfr. ALDUNATE, Enrique, *"Una necesaria revisión de la amnistía, sus presupuestos de validez y las limitaciones en el orden constitucional e internacional penal"*, en *Modernas tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*, libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Jose Urquijo Olaechea (Director), Nelson Salazar Sanchez (Coordinador), IDEMSA, Lima-Peru, 2007, en el mismo sentido, BUSTOS, Juan, ALDUNATE, Enrique, *"Inadmisibilidad de autoamnistías en el derecho penal"*, en Revista GACETA JURÍDICA, núm. 326, pág. 7-23, Agosto, 2007.

[28] MAÑALICH, Juan Pablo: *"El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía"*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, pág. 11-33, Nº 5 año 2004, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

[29] DE RIVACOBA, Manuel: *"Orden Político y orden penal"*, pág. 210, en Revista Chilena de Derecho, volumen 22, Nº 2, mayo-agosto de 1995.

amnistía encubierta de un modo que viola la Constitución Nacional, porque usurpa funciones del poder judicial (los legisladores no pueden absolver por obediencia debida). Se trata de una ley inconstitucional, por importar lo que los ingleses llaman un *Bill of Atteinder,* en que el Parlamento dicta una sentencia"[31]. Sobre este punto el profesor MATUS, señala que "no siendo oponible este D.L. ante el derecho internacional, es posible concluir que sus autores intelectuales y quienes asesoraron a los miembros de la Junta de Gobierno desde la propia junta o desde los Ministerios encargados de su redacción, de haber estado conscientes del efecto de esta suerte de [encubrimiento legal], podrían ser responsables de los crímenes contra la humanidad que de esta manera se encubrieron de hecho"[32]. En la órbita comparada, se puede plantear como un caso de **tentativa de encubrimiento**, por vía de la "amnistía", el acto de poder, Nº 22.924 de 22 de septiembre de 1983 (en Argentina), que pretendió amnistiar los actos de fuerza de los usurpadores a través de otro decreto emergente de la misma fuente (usurpadores del poder), configurando el delito de *tentativa de encubrimiento*, es decir, un delito con apariencia y registro de ley[33]. Como lo detalla MAIER, "El gobierno de fuerza sancionó, días antes de su dimisión, insólitamente, una ley llamada de *pacificación nacional,* que pretende, sobre todo, cubrir delitos cometidos por sus miembros o los integrantes de los cuerpos armados que sustentaban el poder, impidiendo su averiguación y su persecución posterior. Se trata de una ley de amnistía que el periodismo y el consenso popular califico mejor, dándole el nombre de "autoamnistía", en reemplazo de la engañosa designación oficial"[34].

d) No se vulnera **el ne bis in idem.** Como lo ha expresado la CIDH, en lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando:

> i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal;
>
> ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o
>
> iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"[35].

---

[30] ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *"Derecho Penal"*, Parte General, pág. 124-125, en colaboración con SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, 2ª edición, Ediar, 2002.

[31] ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *"Manual de Derecho Penal", Parte General*, pág. 105, 2ª edición, Ediar, 2006.

[32] MATUS, *"El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile Durante el Régimen Militar",* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-07 (2005).

[33] ZAFFARONI, *"Derecho… "*, ob. cit., pág. 125.

[34] MAIER, Julio B., *"Amnistía, vigencia del derecho y ley más benigna"*, pág. 682, en *Doctrina Penal,* Teoría y práctica de las Ciencias Penales, Nº 24, Octubre Diciembre 1983

[35] *Cfr*. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

Por otro lado, la CIDH considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

e) El Estado chileno **reconoce expresamente el valor de los Principios generales del derecho internacional** *(ius cogens).* El *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*, -obligatorio para Chile desde 1972-, después de regular los principios básicos de la jurisdicción penal interna (*nullum crimen nulla poena sine lege*, Art. 15.1), agrega:

> "Nada de los dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".**

Una particular situación se comprueba, a propósito de la publicación de los tratados ratificados por Chile, como lo plantea correctamente el profesor SILVA BASCUÑAN, deben entenderse como tratados vigentes en Chile "todos aquellos ratificados por nuestro país y que mantengan ese vigor según el derecho internacional, aun cuando no se hayan cumplido respecto de ellos los trámites internos de promulgación y publicación"[36], el mismo autor señala que no obstante haber sido ratificado en 1972, y promulgado por la dictadura en 1976, el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos,* vino a publicarse el 30 de abril de 1989, "tan pronunciado retardo se basó en la intención de mantener la vigencia y aplicación de normas legales claramente incompatibles con dichos pactos. Al amparo de ese obstáculo, generado por el propio régimen, los tribunales se excusaron de acoger acciones, recursos y reclamaciones sólidamente fundados en la vulneración manifiesta de reglas que, siendo obligatorias para Chile en el campo internacional, se violaban impunemente en la esfera interior"[37].

f) **Importancia de reestablecer el principio de igualdad.** No reconocer valor jurídico a disposiciones de semejante índole (auto amnistía), no es otra cosa que reestablecer el *principio de igualdad* quebrantada bajo estas supuestas "garantías", para todos los ciudadanos, que no buscan sino otra cosa privilegiar a un grupo bien determinado por las fechorías cometidas y procurar su impunidad. La anulación de los efectos de la **autoamnistía**, significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden

---

[36] SILVA BASCUÑAN, Alejandro: *"Tratado de Derecho Constitucional"*, t. IV, p. 116, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Dispone el art. 27 de la Convención de Viena: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Como ratificado y formalizada la ratificación, un tratado es plenamente aplicable en lo externo y en lo interno, no es excusa alguna, en orden al cumplimiento de un tratado, la circunstancia de no haberse practicado las formalidades de promulgación y publicación, desde que a tales formalidades no se vincula la obligatoriedad del tratado ni puede la inobservancia de ellas, por lo tanto, dar base a que, a pretexto de no haberse efectuado, se pretenda desconocer el compromiso por él asumido (p. 115).

[37] SILVA BASCUÑAN, ob. cit., p. 118.

invocar ni la *prohibición de retroactividad* de la ley penal más grave ni la *cosa juzgada*. Pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas, que justamente impiden el legítimo derecho de las víctimas de procurar justicia por tales crímenes.

En este sentido al plantear la inaplicabilidad de esta disposición, -por la vía interpretativa-, no debe entenderse como una vulneración de garantías, pues por esa vía lo que se busca es el restablecimiento de la igualdad quebrantada por el acto de poder referido y refrendado durante la existencia del régimen tiránico que lo validaba. Para el avance de la justicia se requiere una real cooperación democrática con los organismos encargados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, y no presiones para instalar la impunidad de los violadores de los derechos humanos, "esto es lo verdaderamente grave, lo verdaderamente demoledor, pues cuando en un régimen republicano y democrático se mira o se trata con predilección a un sector en detrimento del resto de la ciudadanía, y más, si tal sector es el militar, que posee los instrumentos de la fuerza, se está declarando que no representa ya la voluntad popular, sino que se ha entregado el miserable arbitrio de una facción, que ha abdicado el ejercicio de la soberanía y lo ha reemplazado por una actitud de mansedumbre y sumisión"[38]. En este punto, lo que si puede exigir el Estado democrático de derecho es que se prueben los hechos y que se respete le principio de humanidad, cuestión que se ha cumplido cabalmente en los casos aislados en que se ha hecho justicia.

5. Ideas Matrices.- El proyecto dispone que no se podrán aplicar las normas sobre amnistía o prescripción cuando según las reglas del derecho internacional [39]se refiera a hechos que configuren delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad o de guerra. De esta manera se entienden comprendidos los tratados ratificados por Chile que se encuentran vigentes, así como las reglas en tratados o convenciones que englobe las obligaciones internacionales del Estado Chileno (por ejemplo; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto de San José de Costa Rica), asimismo comprende los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (*ius cogens*), tal como se desprende del fallo de la CIDH, y que no admita dudas de su carácter interpretativo. Por otro lado la norma interpretativa dispone la inaplicabilidad de la denominada *prescripción gradual de la pena* o *media prescripción* establecida en el art. 103 del Código Penal, atendido que por una parte existe una obligación de entender esta clase de delitos sobre la noción de imprescriptibilidad, por otro lado, las garantías (prescripción) son establecidas a favor del ciudadano frente al Estado, por lo que el Estado no puede ocupar en su propio beneficio estas garantías, cuando se trata de sancionar crímenes perpretados por sus agentes o particulares que actúan a nombre de éste, pues significaría una ampliación de sus actuaciones arbitrarias (delictivas), lo que es contrario al Estado de Derecho y el Derecho Internacional.

---

[38] RIVACOBA, Manuel: "*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida"*, p. 535 y ss., en Doctrina Penal, Teoría y práctica de las Ciencias Penales, Nº 39, Julio Septiembre, 1987.
[39] Cfr. Informe, cit., pág. 11 y siguientes.

El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático, esto es, la constante revisión de porqué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada. Es por eso que sobre la base de estos antecedentes venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley:

"**Art. único.-** *Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que, en conformidad al Derecho Internacional, constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra.*

Asimismo, deberá entenderse que la norma del art. 103 del Código Penal, no será aplicable a los crímenes y simples delitos que, en conformidad al Derecho Internacional, constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, perpetrados por agentes del Estado o particulares actuando al servicio de éste".