

**Moción de los diputados señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Tapia, Saffirio, Navarro, Ascencio, Rossi y Riveros.**

**Proyecto de ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. (boletín N° 3345-07)**

1. Sobre las causales de extinción de responsabilidad penal en el contenido actual del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Necesidad de una ley interpretativa.

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”,<sup>[1]</sup> 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 está 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 de 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”.<sup>2</sup> Es en este contexto, que además de la jurisdicción nacional, sobre la base del principio de universalidad,<sup>3</sup> 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 otros 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 cometido fuera de sus fronteras y no solamente a tipificarlo en la legislación interna”.<sup>4</sup>

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”.<sup>5</sup>

2. “La justicia al servicio de la verdad histórica”.<sup>6</sup> Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, represión estatal y violaciones sistemáticas a los derechos humanos. La responsabilidad en el hecho situado “mas allá de las alambradas”. El autor de escritorio “hace su trabajo decentemente”.

El presente proyecto busca establecer claramente un asunto de orden semántico en relación a la interpretación de las leyes penales y el Derecho Internacional Penal, referidas a un especial grupo de conductas delictivas, de las peores que la historia de la humanidad conoce, aquellas que encierran la máxima cobardía y que se refieren a la utilización de la organización del Estado en la modalidad de aparatos de seguridad encargado de la represión de la disidencia, bajo el reiterativo y burdo pretexto del enemigo interno, que en palabras del espantoso jurista<sup>7</sup> Carl Schmitt, quién en 1927 escribía que “la distinción propiamente política es la de amigo enemigo”, donde “el enemigo es, en un sentido singularmente intenso, existencialmente, otro distinto, un extranjero, con el cual caben en caso extremo conflictos existenciales”,<sup>8</sup> de manera que “la necesidad de pacificación interna conduce al Estado (el que como unidad esencialmente política. corresponde el *ius belli*) a decidir por sí mismo mientras subsista, quién es el enemigo interno”.<sup>9</sup>

Este actuar antijurídico a que hacemos referencia y que a partir de un jefe del aparato de poder es quien tiene el dominio del hecho en la realización de los delitos. El profesor Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, pero es en el dominio de voluntad que es el que adquiere relevancia en este contexto, donde podemos distinguir: si este es por coacción, error o en virtud de aparatos organizados de poder. Esta última modalidad que también se denomina dominio por organización, consiste en “el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del hombre de atrás, quién “tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”.<sup>10</sup>

De esta manera el autor mediato, que conforme a la teoría tradicional<sup>11</sup> se restringía a aquellos casos en que un sujeto mediante coacción o mediante error utilizaba a otro individuo como instrumento, sufre una importante revisión pues Roxin, cree posible indicar una tercera forma, en que no hay miedo, no hay engaño y es el caso del “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”; se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan para una organización jerárquicamente organizada, por ejemplo, puede tratarse de una banda de gánsters, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (régimen de Hitler o Stalin). Quién actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción<sup>12</sup> y precisamente, aquí se manifiesta, el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, puede cambiar a los ejecutores a discreción, es la fungibilidad de los ejecutores, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, si bien los ejecutores son responsables como autores, porque son autores dolosos, son emperero, personajes anónimos para el que esta detrás.

El o los miembros superiores del aparato de poder pueden confiar, que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo, por ende, los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder”, de modo que la figura central del suceso -a pesar de la lejanía con el hecho-, es el hombre de atrás en virtud de su medida de dominio de organización. Pero, para afirmar la concurrencia del dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que “pueda dirigir la parte de la organización que se encuentre a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros”. Desde el punto de vista anterior, se puede considerar autor mediato, a cualquiera que este incardinado en un aparato de organización de tal modo que “pueda dar órdenes a personas subordinadas a él” y haga uso de esa facultad “para la realización de acciones punibles”.<sup>13</sup> De esta manera, el que no puede ser cambiado es aquel que tiene que decidir cuándo y cómo y que tiene que decidir el sí del delito, el que se encuentra detrás de los autores.

Esta modalidad de autoría no es novedoso en la historia reciente de nuestro país, al parecer nuestra conciencia no es capaz de abarcar el proceso total y dimensionarlo, quizás una mirada a la historia de la humanidad sea útil, pues ya el autor de escritorio, es decir quién no tuvo participación directa en los crímenes pero que si tenía el dominio del hecho por la responsabilidad en la deportación de miles de judíos a los campos de exterminio, como ocurre con el caso Eichmann, quién en el interrogatorio sentado frente al Tribunal de Jerusalén, sostuvo que “yo no tuve nada que ver con ninguna clase de horrores, yo hacía mi trabajo de manera decente” (anständig, la palabra alemana que el usa; que significa “decente”, “honorable”), la decencia justamente estaba en no estar presente detrás de las alambradas, pero cuya distancia del lugar de los hechos era irrelevante para el castigo, pues el poder de realización de los delitos estaba en sus manos, y es precisamente aquí donde nace la noción que como sostiene el profesor Schroeder,<sup>14</sup> consiste en que “la medida de la responsabilidad no disminuye sino crece con la mayor lejanía o distancia del lugar del hecho” (el dominio del hecho situado más allá de las alambradas).

Es interesante constatar la actuación de los tribunales encargados de enjuiciar a los responsables por esta clase de crímenes. En un escrito homenaje a Schaffstein, en 1975, el profesor Hans Welzel, plantea el tema de la relación entre derecho y moral, escribía este autor que el aumento de la frecuencia de una determinada clase de delitos, pudiera disminuir la culpabilidad individual, como consecuencia de la disminución de la conciencia de la antijuridicidad de tales conductas. El fortalecimiento de la conciencia ético-social mediante el endurecimiento de la punibilidad se haría entonces necesario.<sup>15</sup> Paradójicamente la idea o noción de continuidad, en la manifestación de la negación de la criminalidad del Estado y del “caos organizado”, significaran para un importante número de juristas y jueces, que el Estado de Hitler no fuera considerado una interrupción de la constitucionalidad, lo que se tradujo en que las soluciones se orientaran más hacia al Estado que hacia el derecho, resultando la fórmula con que los Tribunales alemanes, favorecieron a los criminales de guerra.

De ahí nace la necesidad en la realidad latinoamericana de tomar los resguardos necesarios en la interpretación de la legislación penal, para una efectiva sanción a los crímenes abominables, especialmente en el caso chileno. Como con razón señala el profesor Novoa Monreal, “a poco que se profundice en el enfoque jurídico, sin embargo, se advierte que la gravedad especial del desaparecimiento de personas es mucho más que una suma de violaciones separadas de diversos derechos humanos, ya que precisamente todas ellas en su conjunto -dada la forma en que tienen lugar los desaparecimientos- adquieren una intensidad especial, que excede a una suma y se convierte en una multiplicación aumentada y progresiva de males derivada precisamente del modo y combinación agravados que dentro del conjunto adquieren las diversas violaciones tradicionales que podrían contarse separadamente”,<sup>16</sup> de lo expuesto se demuestra que el desaparecimiento de personas, realizado en forma masiva y sistemática, constituye un hecho cuya prevención y represión no resultan bastantes las disposiciones tradicionales de normas internacionales y de preceptos penales internos. Las implicancias jurídicas, por el vasto número de sujetos afectados y las deliberadas dificultades que el hecho mismo pone a su esclarecimiento y punibilidad, son razones suficientes al decir de Novoa que “cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado 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”.<sup>17</sup>

La reflexión política después de Auschwitz, de Gulag y de la “Operación Cóndor”, al decir de Politoff, hacen intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de que el ser humano, su autonomía y su dignidad, no pueden ceder ante ningún proyecto social. Los derechos humanos (y el llamado derecho natural concreto), como primera prioridad, son la respuesta a la realidad de los campos de exterminio. El hombre y la mujer de nuestro tiempo tienen razón de encogerse de hombros frente a las supuestas exigencias de “los pueblos portadores de historia” u otras mitologías. A diferencia del paradigma amigo-enemigo, la concepción del Estado de derecho presupone la legitimidad del pluralismo y de la “clase discutidora”.

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 por qué 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 vengo en proponer el siguiente

## PROYECTO DE LEY

“ARTÍCULO PRIMERO.- Agréguese el siguiente inciso final al artículo 93 del Código Penal.

### TÍTULO V

#### DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Art. 93.- La responsabilidad penal se extingue:

1° Por la muerte del reo, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria.

2° Por el cumplimiento de la condena.

3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4° Por indulto. La gracia del indulto sólo permite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes.

5° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo conceda acción privada.

6° Por la prescripción de la acción penal.

7° Por la prescripción de la pena.

Fijando el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se contemplan en esta disposición deberá entenderse que serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

ARTÍCULO SEGUNDO: Agréguese el siguiente inciso final al artículo primero de la ley N° 18.050 sobre normas generales de indulto.

“Toda persona que se encuentre condenada podrá solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley y en su reglamento.

No obstante, el indulto no procederá respecto de los condenados por conductas terroristas calificadas como tales por una ley dictada de acuerdo al artículo 9° de la Constitución Política del Estado.

Tampoco procederá el indulto tratándose de conductas calificadas como torturas, secuestro, detención ilegal, y que según los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.”.”.

