

CHILE / José Luis Guzmán Dalbora

## Crímenes internacionales y prescripción\*

1. Esta intervención tiene por objeto exponer y discutir someramente el efecto imprescriptible de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y otros documentos supraestatales. Nuestra aproximación al tema tendrá como base el fundamento de la prescripción, con especial referencia a la actual disciplina de esta en el derecho penal del país de que es ciudadano el autor, o sea, Chile. Pero es posible y correspondería a su deseo que las reflexiones que siguen, más allá de esa limitación espaciotemporal, sean de algún interés para los juristas de otras naciones y sus ordenamientos internos.

Sírvanos como punto de partida una disposición del Código Procesal Penal, cuerpo normativo que ha empezado a regir gradualmente desde diciembre de 2000 y que abarcará todo el territorio chileno a mediados de 2005. El artículo 250, al regular las condiciones de procedencia del sobreseimiento definitivo de una investigación penal, determina que debe ser decretado, entre otras situaciones, cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por alguno de los motivos establecidos legalmente.<sup>1</sup> Sin embargo, a renglón seguido añade una excepción al tenor de la

---

<sup>1</sup> Tales motivos son enumerados en el artículo 93 del Código Penal: la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, el perdón del ofendido en los delitos de acción privada, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. Cf. Guzmán Dalbora, *De la extinción de la responsabilidad penal*, en *Texto y comentario del Código penal chileno*, tomo I (único publicado). Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, con la coordinación de Jean Pierre Matus Acuña. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 433-487. El Código Procesal Penal agrega dos factores adicionales de efecto extintivo: el cumplimiento del plazo fijado para la suspensión condicional del procedimiento (artículo 240) y la aprobación judicial de un acuer-

cual el juez no podrá disponerlo “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>2</sup> Esta salvedad representa una norma inédita en el ordenamiento vernáculo. Su inserción al interior de los demás preceptos sobre la extinción de la responsabilidad y el cierre resultante de los procesos penales entraña dificultades, las que no son tanto de lógica ni de categorismos jurídicos, sino tienen índole axiológica y, por tanto, condicionan la construcción según fines valorados, como quiera que el que comentamos contradice un principio fundamental e inconcuso del derecho penal chileno.

En efecto, una tradición centenaria quiso en él, como en la mayoría de los países de la cultura jurídica a que pertenece, que todos sus delitos y penas prescriban en los plazos y según las formas previstos por la ley. El derecho nacional está lejos de contemplar delitos o penas de perpetua memoria jurídica, hecho subrayado por la doctrina y que la jurisprudencia viene acatando de antiguo.<sup>3</sup> Sólo parecen sustraerse a la prescripción ciertas puniciones propias del derecho penal castrense, a saber, las de degradación, destitución, separación del servicio y pérdida del estado militar, que el Código del ramo considera, con terminología por demás desafortunada, “siempre de carácter permanente e imprescriptible”.<sup>4</sup> Con todo, una mirada más atenta nos descubre aquí que la ley *magis dixit quam voluit* o, si se prefiere, que acuñó derechamente una cláusula vacía. Pues siendo tales penas accesorias de otras principales, a cuya imposición judicial queda supeditada su existencia, y por prescribir todas estas en los términos fijados por el artículo 97 del Código Penal,<sup>5</sup> resulta que con el cumplimiento de los plazos correspondientes a las penas principales se extinguirán también las accesorias.<sup>6</sup> Por modo que, una vez despejados los ribetes engañosos de la norma en palabra, se reafirma el principio de que partimos, la absoluta prescriptibilidad de delitos y penas.

---

do de reparación entre imputado y víctima (art. 242). Cf. Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pp. 575-577.

<sup>2</sup> Reserva hecha de que el inculcado o acusado haya fallecido o cumplido su condena.

<sup>3</sup> Cf. Fontecilla Riquelme, *Tratado de derecho procesal penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. III, 2ª ed., 1978, pp. 170 y ss. (3 vols. publicados).

<sup>4</sup> Artículo 219 del Código de Justicia Militar, aprobado por el decreto-ley n° 806, de 23 de diciembre de 1925, que es la ley penal militar del país y permanece en vigor, con múltiples modificaciones, hasta nuestros días.

<sup>5</sup> Quince y diez años en el caso de los crímenes, cinco años para los simples delitos y seis meses tratándose de faltas. Téngase presente que rige en Chile el sistema tripartito de clasificación de los delitos según su gravedad.

<sup>6</sup> El Código Penal, que regula de modo asaz minucioso la prescripción, ordena en su artículo 105 que las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito —lo que incluye las oriundas de una pena accesoria— sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena (principal).

Esto aparte, el renacimiento contemporáneo de las excepciones a la prescripción se ciñe, en general, a ciertos crímenes de particular gravedad y proyección cosmopolita. El Estatuto de Roma, con su disposición sobre la imprescriptibilidad de los delitos de competencia de la Corte, es una clara muestra de ello.<sup>7</sup> Ahora bien, la interrogante de si puede infundirse vida a dichas excepciones en el derecho interno, como pretende el Código Procesal Penal, requiere establecer antes dos cosas: primero, que los crímenes internacionales estén incorporados al catálogo de tipos delictivos vigente en el país; segundo, que el Estado haya adherido en forma a los documentos que acuerdan a tales crímenes las secuelas que nos interesan y que el transcurso del tiempo sería incapaz de cancelar.

Ambas exigencias carecen de respaldo positivo. El derecho penal chileno, así el común como el que vaga extramuros del Código, conoce apenas un limitado número de crímenes de guerra e ignora totalmente el genocidio y los crímenes contra la humanidad. En otras palabras, no se ha hecho aún la adecuación que precisa la legislación interna como requisito imprescindible para poder perseguir y castigar *en cuanto tales* esos actos, en lo que ha de tenerse en consideración que no existe ni se reconoce en el país la posibilidad de que un crimen internacional surja directamente del derecho supraestatal, convencional o consuetudinario.<sup>8</sup> Tampoco se ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. Todo esto explica que la Corte Suprema de Justicia, al hilo de una jurisprudencia constante y respaldada por el parecer mayoritario de la doctrina, haya negado la posibilidad de atribuir esa calidad a delito alguno sobre la única base del derecho consuetudinario internacional, entendido como *ius cogens*. El arraigo de esta tradición es de tal peso que el mismísimo Código Procesal Penal, cuando demanda la ratificación del tratado para tener por ajena la prescripción a determinados delitos, puso a salvo la exigencia de una *lex scripta* en la esencial cuestión de la cabida restringida o la extensión sin límites del derecho de castigar en esta materia.

Por consiguiente, mientras estos crímenes no sean introducidos al derecho interno y sigan sin ratificar la Convención de 1968 o el Estatuto de Roma, el precepto

---

<sup>7</sup> Artículo 29, en relación con el 5° (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión), acerca de lo cual hay que ver Ambos, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte penal internacional”, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2ª época, n° 5, 2000, p. 144 (127-169).

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, si bien Chile ratificó el 11 de diciembre de 1953 la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, los intentos de introducir el maleficio al Código Penal han sido hasta ahora infructuosos. Sobre este y otros particulares nos extendemos en nuestra contribución sobre Chile en el volumen *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, editado por Kai Ambos y Ezequiel Malarino, con prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicher, publicado por la Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, pp. 165-175 (163-200).

mencionado restará como una formulación de deseos ayuna de sustancia jurídica. De que resulte recomendable dejar este designio en la condición que actualmente ostenta, de letra muerta, y, al revés, mantener incólume la vieja tradición, discurrimos en los apartados sucesivos.

2. Cuando la ley procesal penal chilena toca el tema que nos ocupa a propósito del sobreseimiento definitivo de un proceso, basado en encontrarse extinta la responsabilidad del acusado, guarda perfecta armonía con las disposiciones sustantivas del Código Penal, al que ahora debemos dirigir la mirada.

La prescripción aparece considerada entre las causas que extinguen la responsabilidad criminal, esto es, como una de varias circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y que destruyen la acción penal o la pena. Cualesquiera de tales circunstancias (prescripción, amnistía, etc.) pueden ser alegadas por la defensa en la audiencia preliminar al juicio oral, a título de excepción de previo y especial pronunciamiento (artículo 264 del Código Procesal Penal), forma y oportunidad que en el caso de la prescripción del delito están muy en la línea de la etimología de la palabra y la historia de la institución jurídica que nombra.<sup>9</sup>

Aunque a veces se afirma que cada una de las causas de extinción de la responsabilidad penal posee un fundamento propio<sup>10</sup> y el aserto no esté desprovisto de un fondo de verdad, inspira a todas un principio común, que reside en una prudente autolimitación, plasmada en la ley, del *ius puniendi*, puesto que en ellas el Estado, bajo ciertos supuestos y para responder a determinadas exigencias, renuncia a su pretensión punitiva y, por ende, hace abandono de su poder de que se persiga y sancione a los responsables de un delito. La prescripción, ese instituto liberador de las consecuencias de la fechoría, obedece asimismo a aquel pensamiento fundamental. Pero la modalidad específica que asume a su respecto el principio sintético y rector de la familia que la amadriga, es un caldero en que hierven antiguas disputas.<sup>11</sup>

Casi todas las doctrinas acerca del especial fundamento de la prescripción penal han sido objeto de debate en Chile. Por de contado que nos referimos a las que procu-

---

<sup>9</sup> La voz latina *praescriptio*, conforme recuerda Eduardo Reale Ferrari en su monografía *Prescrição da ação penal. Suas causas suspensivas e interruptivas*, Saraiva, San Pablo, 1998, p. 1, aludía en el proceso romano a un escrito presentado como medio defensivo previo a la *demonstratio* y que impedía al magistrado entrar al mérito de la cuestión, a menos que desestimase con un pronunciamiento especial la excepción aducida. Para una sinopsis de su historia, Lorenz, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzbuch. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, Berlín, 1955, pp. 3-4.

<sup>10</sup> Como piensa en España Quintero Olivares, *Curso de derecho penal, Parte general*, CEDECS, Barcelona, 1997, cf. p. 581.

<sup>11</sup> La prescripción, escribe Lorenzo Morrillas Cueva, está "cargada de controversias", y la actual unanimidad teórica en justificarla "se quiebra en el momento de fundamentar su razón de ser". "Prescripción del delito y de la pena", en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona, t. XX, 1993, pp. 273 y 274. Véase también, del mismo autor, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 195-197.

ran ilustrar el sentido de la prescripción como conquista de la época dorada del Iluminismo, ya que secuaces de las concepciones que deniegan plaza a la extinción por obra del tiempo de la potestad punitiva, no los hubo en el país ni siquiera durante la etapa en que prevaleció en las aulas universitarias el positivismo peligrosista. La distinción reviste importancia. Sólo para las doctrinas que justifican la prescripción puede representar un problema el afán de que debiera haber delitos y penas que escapen a su férula. En cambio, para quienes le recusan toda razón de existir, la concesión de un espectro amplísimo a las actuaciones del ministerio público en el ejercicio de la acción nacida del delito es algo ingénito al modo de ser normal del derecho penal. Aquí han de interesar las primeras, no los últimos.

Se ha argumentado el fundamento de la prescripción desde tres perspectivas. Muchas teorías —las más antiguas— lo cifran en la situación subjetiva del delincuente, e invocan, por ejemplo, la falta de identidad personal del reo producida por el paso de los años, los padecimientos sufridos por él a lo largo de aquellos en que evadió a la justicia, o la enmienda que revelaría el hecho de no haber delinuido durante tanto tiempo. Mas estas son todas presunciones, cuando no hueras fantasías a las que la realidad desmiente con alguna frecuencia. Un segundo grupo de doctrinas se sitúa en el prisma del Estado, para sostener, ora que la usura del tiempo dificulta la reconstrucción de las pruebas, allega incertidumbre a los procesos y abre camino al error judicial, ora la renuncia a la acción demostrada por la inercia del aparato punitivo en la represión de los delitos, ora lo innecesario o inútil de un castigo tan distante de la ocurrencia del ilícito, a la luz de los fines asignados a la pena, y la declinación consiguiente del interés estatal en su punición. La crítica de estas posiciones corre a las parejas de su carácter sofisticado —pues la acción penal pública no es renunciable para ni está a disposición de los órganos estatales competentes—, de la explicación incompleta —sólo válida para la prescripción de la acción penal, o sólo para la de la pena— que ministra al polifacético fenómeno prescriptivo, y de la forma en que lo confunden con una cuestión de punibilidad del delito. Queda todavía un tercer grupo de teorías. Estas acuden al punto de vista de la sociedad, bien porque el transcurso de los años debilita la alarma colectiva creada por el maleficio, ya porque este deja de formar parte de la memoria de las nuevas generaciones y se desdibuja, a fuer de la sombra del olvido, en el recuerdo de la que lo presenció. El injusto del delito, no menos que su autor, “se tornan cada vez más ajenos con el tiempo, de modo que una persecución o ejecución penales que tarden demasiado en llegar, serían una total injusticia”.<sup>12</sup>

Este último criterio merece nuestra preferencia, en la medida en que toma en cuenta el incuestionable poder que ejercen los hechos sobre los asuntos humanos y

---

<sup>12</sup> Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 2ª ed., 1923, que se cita por la reimpresión de Keip Verlag, Goldbach, 1997, p. 521.

permite encuadrar el instituto, con armónica inserción de su dúplice faz (prescripción del delito y de la pena), en una exigencia de seguridad jurídica. La prescripción está al servicio de la firmeza, de la estabilidad de los vínculos regulados por el derecho. El imperativo práctico de hacer factible la convivencia humana, impidiendo una “perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas”,<sup>13</sup> puede que contradiga los requerimientos retributivos y la propia positividad del ordenamiento, e incluso dé lugar a una de las que Radbruch llamó antinomias de la idea del derecho,<sup>14</sup> pero sirve a la seguridad del ordenamiento, dado que la eficacia venidera de los preceptos jurídicos requiere eliminar, al cabo de un cierto tiempo durante el cual estos no hallaron aplicación, un estado de incertidumbre, cuyo mantenimiento sería riesgoso tanto para existencia del derecho<sup>15</sup> como para la paz de la comunidad. En este sentido se pronuncia, también, la opinión común en el país, en consonancia con la tradición liberal de los criminalistas chilenos.<sup>16</sup>

Resulta, pues, que la prescripción obtiene su fundamento de uno de los pliegues de la *idea* del derecho, que los ordenamientos contemporáneos expresan en un *ideal* de cultura de la comunidad. En estas circunstancias, no parece acertada la afirmación de que la prescripción de los delitos sólo podría ser justificada merced a conceptos extraídos del derecho penal,<sup>17</sup> tanto menos cuanto que ella se presenta como un concepto jurídico general y, de suyo, no privativo de rama alguna del derecho. Es más: obsérvese que nuestro tema, que rebasa con holgura en su razón última las limitadas posibilidades de la dogmática penal, pone en juego dos veces aspectos propios de la filosofía jurídica. Pues para él cuentan como trasfondo no solo el valor de la seguridad jurídica, sino también el

---

<sup>13</sup> Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, 3 vols., traducción de Luis Jiménez de Asúa y adiciones por Quintiliano Saldaña, Hijos de Reus Editores, Madrid, t. III, 1917, p. 403.

<sup>14</sup> “En la prescripción, en la usucapión, en la protección de la posesión civil y en el ‘statu quo’ internacional, se otorgan efectos justificantes al estado antijurídico en méritos de la firmeza, es decir, de la seguridad de la vida jurídica”. *Filosofía del derecho*, traducción de José Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., 1952, p. 99.

<sup>15</sup> Plazos demasiado largos o la franca imprescriptibilidad de delitos y penas, introducirían en un Código “el mayor defecto que cabe en una ley: el defecto de que no se ejecutará”. Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera. Edisofer, Madrid, 2000, p. 506.

<sup>16</sup> Cf. Cury Urzúa, *Derecho penal, Parte general*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 2ª ed., 1992, p. 430; Etcheberry Orthusteguy, *Derecho penal*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), t. II, p. 256; Labatut Glenda, *Derecho penal*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 9ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, 1995, p. 297; Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno, Parte general*, 2 vols., Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 1985, t. II, p. 486; Vargas Viancos, *La extinción de la responsabilidad penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 2ª ed., 1994, p. 118; y Yuseff Sotomayor, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 33.

<sup>17</sup> Así, Lorenz, *Die Verjährung im Strafrecht. Eine dogmatische Untersuchung*, Heinrich Mercy Sohn, Praga, 1934, cf. p. 32. Se trata de una opinión sumamente extendida entre los penalistas.

valor de la humanidad, aunque esta nueva flexión de la idea del derecho sea normalmente desatendida por los estudiosos de la prescripción. En verdad, mantener a una persona indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena, es incompatible con un derecho penal moderno, y por moderno, humanista, sin que deba importar en esto la real situación del individuo empírico mientras estuvo en curso el plazo prescriptivo —si padeció la necesidad más extrema o disfrutó de la opulencia, que viviese en el aislamiento, como animal acorralado, o con la compañía y asistencia de otros, que su personalidad experimentó modificaciones o permaneció inalterada, etc.—, ya que la noción de humanidad toma al hombre cual sujeto abstracto, prescinde de peculiaridades adventicias y lo realza en su quintaesencia moral de sujeto *librevolente* y fin en sí. La humanidad consiste en

[...] romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres con las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí.<sup>18</sup>

Esto vale también para la prescripción de la responsabilidad penal. Su configuración concreta en la legislación tiene que guardar congruencia con los principios cardinales de este segmento de la *Enciclopedia jurídica*, con su sustrato político y con la red de garantías que tejen en torno a él las Constituciones y tratados sobre derechos fundamentales, entre las que ocupa el primer lugar la salvaguarda de la persona. Solo de esta guisa la prescripción, que a primera vista contradice el magisterio punitivo del Estado, confiere al derecho de castigar y a las raíces filosóficas de que se nutre una rotunda confirmación.

3. Faceta no siempre bien apreciada de la reforma penal dieciochesca, la consagración del carácter prescriptible de todos los delitos y penas, cualquiera que fuese su naturaleza y gravedad, representó un adelanto notable de la marcha de la civilización, si se piensa en las vicisitudes del instituto en la época del derecho común, que multiplicó las excepciones a la prescripción de los delitos y desconocía, en general, la de las puniciones. Fue en particular la Revolución Francesa, que había erigido en dogma de positivo reconocimiento el principio de legalidad y la correspondiente limitación al poder del Estado en orden a crear delitos y penas, la que impuso el temperamento al que desde entonces se ajustaron los demás Estados occidentales.<sup>19</sup> Y, en verdad, entre la prescripción de la responsabilidad criminal y la sujeción de su fuente —el delito— a la ley, existe un lazo indisoluble.

---

<sup>18</sup> Max Ernst Mayer, *Filosofía del derecho*, traducción de la 2ª ed. original por Luis Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, pp. 192-193; en p. 194 prosigue, con sobrada razón: “Donde la humanidad aparece de la manera más destacada, es en la humanización de las penas, ya que cada vez gana más terreno la idea de que el delincuente es también un hombre, por lo que la pena ha de ser compatible con la dignidad humana”.

<sup>19</sup> Lorenz, *Die Verjährung im Strafrecht*, o. cit., cf. p. 15.

Sin embargo, dos fenómenos diferentes han puesto en entredicho el axioma de la prescriptibilidad desde la primera mitad del siglo XX. Por una parte, primero bajo la égida de regímenes totalitarios y, después, en varias naciones democráticas, comenzó a considerarse imprescriptibles algunos maleficios comunes de elevado contenido antijurídico y castigados con penas de muerte o perpetuas. Pero el proceso alcanza su expresión más conocida y universal a propósito de los crímenes contra el derecho de gentes, cuando en 1968 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas dispuso la derogación, con retroactividad absoluta, de los plazos de prescripción de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad,<sup>20</sup> o sea, y según el expreso tenor de la Convención respectiva, los declaró “imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha de su perpetración” (artículo I). La resonancia de esta norma, con los sobrecogedores hechos delictuosos que la determinaron promediando la pasada centuria, en varios Códigos penales europeos, que la han acogido en punto al genocidio, se inscribe en una tendencia cuyo predominio en el derecho internacional penal parece hoy cosa asegurada. Es la “mala conciencia” de la justicia penal ante la posible impunidad de crímenes que ennegrecen el pasado de ciertos pueblos, el factor decisivo de una evolución a mi entender de dudosas bondades, que bien pudiera calificarse como involución.<sup>21</sup>

Desde luego, el criterio abrumadoramente mayoritario contempla las cosas de muy otra manera. Una comunidad dada o el entero conglomerado de naciones —así se piensa—, bien podrían decidir que jamás sean olvidados jurídicamente hechos delictivos que tuvieron para esa comunidad o para todo el género humano la intensidad traumática de una pesadilla aterradora. En tales casos, lo que estaría en discusión no es tanto el delito o la pena en sí mismos, cuanto la gravedad del fenómeno subyacente, que reclama sin reservas el condigno castigo. Incluso el habitual recurso a los fines de la pena como medio de otorgar explicación a esta causa de extinción de la responsabilidad penal, debiera retroceder frente a sucesos que perturban hasta tal extremo las representaciones colectivas y el sentimiento del derecho, que sería suicida abandonarlos al manto del tiempo —a ese tiempo en cuyo homenaje Voltaire propuso erigir un monumento con la inscripción: “Al único que consuela”—,<sup>22</sup> visto que la comunidad que los experimentó en carne propia, u otras alentadas por el mal ejemplo, se expondrían al riesgo de verlos repetidos en el futuro. Razones prácticas, entre-

---

<sup>20</sup> Cf. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, Parte general*, publicados 3 vols., Tecnos, Madrid, t. I, 5ª ed., 1996, p. 183.

<sup>21</sup> La expresión “mala conciencia”, que Gustav Radbruch estimó una virtud en el penalista, fue aplicada a nuestro argumento en el sentido de la sublevación del espíritu ante las atrocidades perpetradas por los jerarcas nazis y su eventual impunidad debida a la prescripción, por Baumann, en su opúsculo *Der Aufstand des schlechten Gewissens. Ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen*, Gieseking, Bielefeld, 1965.

<sup>22</sup> “Los dos consolados”, en *Cuentos escogidos*. Edición, estudio preliminar y bibliografía seleccionada por Dª Ángeles Carmona de Gubert, Bruquera, Barcelona, 1971, p. 217.

veradas con referencias de justicia material, cierran la argumentación: se trataría de evitar que la sola prolongación de un régimen político de terror y la fuerza que lo sustenta, favorezcan con una garantía liberal a quienes fueron pródigos en atropellar las garantías más preciadas de los hombres libres, destruyendo o minando en su tiránico paso las bases de la administración de justicia, o diseminando en la estructura jurídico-pública del Estado un compacto tejido de obstáculos para que aquélla, una vez restablecida la normalidad constitucional, se encuentre en la imposibilidad de perseguirlos oportuna y eficazmente.

En nuestro sentir, empero, el precedente discurso pasa por alto otras consideraciones, y so capaz de otorgar una tutela redoblada a los derechos fundamentales en este capítulo de la atroz disciplina, acaba por devorarse a sí mismo y los vulnera.

Por lo pronto, adviértase que el debate hodierno sobre la imprescriptibilidad de ciertos crímenes se ha visto constantemente entenebrecido, bien por sospechas personales —que el defensor de la prescripción tiene que ser un amigo de la causa totalitaria, quizá uno de sus viejos servidores, o que sus adversarios anteponen a las “sutilezas” de los principios jurídicos, el “deber moral” del castigo—, ya por la contraposición en apariencia insoluble de facetas distintas de la idea del derecho, con olvido de que “al derecho pertenecen lo mismo la justicia material que la seguridad jurídica”.<sup>23</sup>

Dejemos de lado lo primero, que de resultar comprobado en cualquiera de sus extremos sería una bajeza, y centrémonos en lo que realmente es de bulto en el debate jurídico del problema, ese irremediable y hostil antagonismo entre justicia material y seguridad jurídica. El contraste, que en el fondo no es más que una contradicción de la justicia consigo misma,<sup>24</sup> sólo puede encararse acudiendo al valor cultural más alto, la humanidad. Aquí yacen, en mi opinión, quicio y salida del atolladero. Puesto que una justicia penal incierta, libertada *ex post facto* de las cortapisas que los ordenamientos levantaron frente a un *ius puniendi* que sin ellas sería desenfrenado, no es una justicia cabalmente respetuosa de la idea de la humanidad, que “proclama y exige el hombre en sí”. La prescripción de los delitos es prenda de la superlativa opinión que merecen a los ordenamientos de signo liberal la incolumidad del derecho, la seguridad de los justiciables y, muy en especial, la dignidad de la persona, incluso cuando de las más abominables fechorías y los más impiedosos delincuentes se trata. Cabe en esto recordar que la robustez de los principios no se prueba en toda su extensión al contacto de los conflictos triviales engendrados por la rutina de la vida cotidiana, sino precisamente en los casos que Karl Jaspers llamó *situaciones límite*. El

---

<sup>23</sup> Baumann, o. cit., p. 10.

<sup>24</sup> Como observa Hermann Klenner, basado en Radbruch, en su “Introducción” al quinto tomo de las *Obras completas* del jurista de Lübeck. Cf. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*. Herausgegeben von Arthur Kaufmann, 20 vols., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, t. V, *Literatur- und kunsthistorische Schriften*, bearbeitet Hermann Klenner, 1997, pp. 12-13 (1-13).

propio totalitarismo y, en menor medida, los regímenes autoritarios, nos han enseñado con sus atrocidades que la humanidad es un valor incondicional. Pero “lo incondicional se vuelve temporalmente patente para sí en la experiencia de las situaciones límite y en el peligro de volverse infiel a sí mismo”,<sup>25</sup> un riesgo que sólo puede amenazar a quien percibe los reclamos de aquello que está más allá de todo condicionamiento —una mentalidad ciega a los valores de la personalidad, como la totalitaria, ni siquiera se plantea los *hard cases* de que versamos—. Expresado de otra manera y en el sentido de nuestro argumento: son situaciones de este jaez, como que prescriban también los peores crímenes, el terreno donde se templan la fibra y el carácter de los derechos penales respetuosos de la dignidad humana. Amagar las exigencias de la humanidad ante el criminal más odioso, en nombre de la misma humanidad, equivale a reconocer que las garantías no rigen para todos por igual y es índice del trazo débil con que ese derecho las recepta. Más que un resignado reconocimiento, es una capitulación. Esto, sin nombrar un peligro adicional, el de que la imprescriptibilidad, que ha asomado su cerviz a título de excepción y únicamente para los crímenes que ofenden al género humano, pueda dilatarse como una mancha de aceite hasta abarcar otros delitos, como el asesinato, el terrorismo, y quién sabe cuántos más.

4. Extiéndase prudentemente los plazos de prescripción para los crímenes más graves y las penas más rigurosas, mas no se enajene ninguno a la validez de esta garantía, que en ello va en juego un fragmento capital de la teoría y práctica del Estado de derecho.<sup>26</sup>

Esta pudiera ser nuestra personal conclusión, que entendemos de inequívoca vigencia en Chile. Pero como la tarea del científico supone ofrecer, en reemplazo de las posturas que él ha cuestionado, una vía distinta para solventar el problema en que otros erraron el rumbo,<sup>27</sup> digamos que, en efecto, hay medios, posiblemente más indicados que la imprescriptibilidad y el anhelo de desplazar hasta un horizonte infinito las fronteras del derecho penal subjetivo, para que las sociedades hagan un ajuste de cuentas con los hechos más sombríos y vergonzantes de su pasado y, a la vez, con las condiciones políticas de poder que los propiciaron.

Si la prescripción, a su modo, es una manifestación de la falibilidad y las limitaciones de la justicia humana, que el Estado legiferante no puede menos que aceptar en la medida de lo que, sin ser buscado, se impone como inevitable a hombres e

---

<sup>25</sup> Jaspers, *La filosofía desde el punto de vista de la existencia*, traducción de José Gaos, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 49.

<sup>26</sup> De idéntico parecer, Lorenz, “Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung”, cit., cf. p. 79, y “Über das Wesen der strafrechtlichen Verjährung”, en el *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburgo, 1966, pp. 373-374 (371-374).

<sup>27</sup> Oportunamente recuerda Alfonso Serrano Gómez, en su libro *La prescripción del delito (tres cuestiones)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 33, que el científico debe construir, no demoler; y, citando a Ramón y Cajal (*Reglas y consejos sobre investigación científica*, Madrid, 2000), redondea la advertencia: “la crítica científica se justifica solamente entregando, a cambio de un error, una verdad”.

instituciones, en cambio, han de quedar al margen del efecto extintivo de responsabilidades aquellos casos en que los órganos del Estado hicieron posible, con un aporte malicioso, dichas falibilidad y limitación.

La inercia de los órganos de la persecución penal, aunque ajena al fundamento de la prescripción, asume en ella un significado que no se debe despreciar. Esta inactividad representa una condición de procedencia de la prescripción. Por lo mismo, los plazos corren si y sólo en la medida en que el Estado pueda y quiera perseguir el delito o imponer la pena, pero, en el hecho, no lo hace. Permítasenos un par de ejemplos. El artículo 100 del Código Penal chileno ordena duplicar los plazos cuando el delincuente se ha ausentado del territorio nacional, lo que es lógico, ya que las posibilidades de hacerle comparecer ante los tribunales disminuyen por la residencia en país extranjero y la nueva morada procura al fugitivo mayores ventajas para eludir la acción judicial. Sin embargo, no se entenderán ausentes “los que hubieren estado sujetos a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión de la autoridad política o administrativa, por el tiempo que les hubiere afectado tal prohibición o impedimento”. Esta última cláusula, que se introdujo en 1991 para resolver la situación de algunas personas que debieron partir al exilio por orden del régimen militar que gobernó el país entre 1973 y 1990, revela que si la duplicación no corresponde es porque el prescribiente hubo de permanecer en el extranjero debido a la voluntad del titular de la pretensión punitiva, pero con infracción de los requisitos legales de su ejercicio, o sea, antijurídicamente.

Por otra parte, la prescripción de la acción penal se suspende cuando el procedimiento se dirige contra el culpable, es decir, cuando ha quedado formalizada la investigación en contra de él (artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal), una circunstancia que en muchos países determina el efecto, más macizo, de que el episodio que precedió al acto procesal determinante caiga en el vacío. Pero la suspensión —y, en su caso, la interrupción— tiene como presupuesto que el impulso procesal haya podido comenzar y proseguir seriamente. También a propósito de las causas suspensivas e interruptoras de la prescripción quedan en evidencia los defectos de una jurisprudencia conceptual, atenta nada más que a la inserción categorial de esas causas en la economía lógica de un concepto general. Este camino metodológico reduce la labor judicial a la mera verificación de que alguna vez se instruyó proceso por los hechos, y desprecia olímpicamente la indagación contenidista de si el término no estaba tal vez suspenso por otro motivo, aunque sobre este la letra del Código guarde silencio. Una jurisprudencia de los valores, a su turno, argüirá que las palabras de la ley penal son sólo la corteza formal que recubre la norma. Es en su fundamento donde hay que adentrarse para averiguar el contenido de los preceptos. En las disposiciones sobre el inicio y la eventual suspensión de los plazos de prescripción, que son posibilidades operativas del concepto general, podrá entonces descubrirse formas concretas en que cristalizan *télos*, naturaleza y condiciones de procedencia del instituto. Estos datos de fondo permiten extraer el corolario de que la probada

falta de una voluntad real de sostener la acción punitiva, o la presencia de superiores impedimentos jurídicos o fácticos a la persecución, produce que los plazos no pueden empezar a correr, o lo que es igual, que quedaron suspensos desde el principio.

Diversos ejemplos entresacados del derecho extranjero corroboran esta conclusión, que para nosotros constituye un principio general. La ley aprobada por el Bundestag alemán el 25 de marzo de 1965 dispuso que en el cómputo del plazo de prescripción de delitos sancionados con pena perpetua de privación de la libertad, no debía tomarse en cuenta el lapso entre el 8 de mayo de 1945 y el 31 de diciembre de 1949. Según la misma dicción legal, durante aquel período, en que se produjo el colapso de la judicatura del país, “la prescripción de la persecución penal quedó en suspenso”.<sup>28</sup> La ley checa sobre ilegitimidad del régimen comunista, sancionada en 1993 y declarada irreprochable por el tribunal constitucional de Praga, ordenó no considerar las largas décadas en que aquél gobernó, dentro del tiempo requerido para prescribir los crímenes perpetrados con su cobertura.<sup>29</sup> En fin, el artículo 97 del anteproyecto de Código Penal para el Ecuador, de 1993, establece que la prescripción se suspende “en todo delito perpetrado en ejercicio de una función pública o con abuso de la misma, mientras cualquiera de los que hayan participado en él se encuentre desempeñando un cargo público”, y hace hincapié en que “si tales delitos se perpetraran durante un régimen ‘de facto’, la prescripción se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional”.<sup>30</sup> De cara al reciente pasado político de Hispanoamérica, apenas será preciso destacar el acierto de esta propuesta y la tarea que impone al juez en su deber de calificar como inconstitucional el régimen que amparó las felonías. Con ello, salen gananciosas así la justicia penal como, mediatamente, la justicia política.

La réplica de que disposiciones de esta naturaleza quebrantarían el apotegma de la irretroactividad de la ley más gravosa, no parece convincente. Constatar una situación no equivale a modificarla, del mismo modo que el magisterio punitivo tampoco tiene que soportar una merma cuando quiera que esa situación posee un origen desaprobado por el derecho público.<sup>31</sup> Se trata, bien miradas, de leyes que interpretan las

<sup>28</sup> Baumann, o. cit., cf. p. 4.

<sup>29</sup> Cf. Dolenský, *Los fundamentos de la responsabilidad criminal en la reforma del Código penal checo*. Trad. de J. L. Guzmán Dalbora, en el *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, n° 4, 1998, p. 23 (15 y ss.).

<sup>30</sup> Rivacoba y Zaffaroni, “Anteproyectos de Código Penal y de ley de ejecución penal para el Ecuador”, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 3, 1993, p. 850 (817-964).

<sup>31</sup> Por servirnos de un ejemplo sólo aparentemente lejano del tema: ¿es que el acaudalado delincuente que corrompió a un representante del Ministerio Fiscal para no ser perseguido, puede alegar con éxito que el dinero con que consiguió la pasividad del Estado debería seguir obrando en su favor, con la aprobación del ordenamiento jurídico, toda vez que el procedimiento “no se dirigió contra el culpable”? No conocemos Códigos que contemplen una causa de suspensión semejante, pero nos cuesta imaginar que en un caso así quepa pronunciar un sobreseimiento o una absolución, argumentando, con el corruptor, que su responsabilidad ha prescrito.

reguladoras de la suspensión de la prescripción, con arreglo al norte teleológico de esta, y las declaraciones contenidas en una interpretación auténtica posterior escapan por definición a la regla de la irretroactividad, sea que beneficien o perjudiquen al reo. Y puesto que a la misma solución pudo llegar el juez aun a falta de una ley interpretativa, bien puede reclamarse de él que se atreva a extraerla si están dados los requisitos fácticos que interesan. No hay necesidad de la imprescriptibilidad, sino de hacer uso de instrumentos hermenéuticos tradicionales, aplicados a preceptos conocidos e inobjectables, para obtener el resultado que se busca. Que este derrotero ponga a buen recaudo los principios jurídicos, no nos atormente con una mala conciencia y enaltezca en dignidad y prestigio la administración de justicia, son motivos considerables para preferirlo.