

# Derechos Humanos e Impunidad. Aspectos penales y procesales del proyecto de ley que establece “incentivos” para la entrega de información en los delitos vinculados a Detenidos Desaparecidos<sup>1</sup>.

*“La distancia en el espacio y en el tiempo reduce la intensidad de la comprensión. Otro tanto acontece con la magnitud. Diecisiete es una cifra que conocemos íntimamente como a un amigo; cincuenta mil millones no es más que un sonido. Un perro atropellado por un coche altera nuestro equilibrio emocional y nuestra digestión; tres millones de judíos asesinados en Polonia sólo producen una aprensión moderada; las estadísticas no sangran; lo que cuenta es el detalle. Somos incapaces de abarcar en nuestra conciencia el proceso total; sólo podemos poner nuestra mira en trozos pequeños de la realidad”*

Arthur Koestler  
Enero de 1944<sup>2</sup>.

*“Hace ciento treinta años, después de visitar el país de las maravillas, Alicia se metió en un espejo para descubrir el mundo al revés. Si Alicia renaciera en nuestros días, no necesitaría atravesar ningún espejo: le bastaría con asomarse a la ventana”.*

Eduardo Galeano.

**Sumario:** I. Derechos Humanos e impunidad, una breve impresión de conjunto. II. La situación en Chile: Informes Internacionales. A) Adecuación de la Legislación Vigente, un desafío pendiente; B) Las vacilaciones de la jurisprudencia; C) Informe Rettig y sus recomendaciones. D) “En busca de la política”: necesidad de aprobar el Tratado sobre Tribunal penal Internacional, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. III. Los proyectos de Derechos Humanos del 2003; Determinación legal de la pena e impunidad. IV. Conclusiones.

## I. Derechos Humanos e impunidad, una breve impresión de conjunto.

Las trágicas y dolorosas experiencias de los genocidios y horrores que asolaron el planeta el siglo recién pasado, de la locura asesina del Tercer Reich, el cobarde aniquilamiento nuclear de las bombas sobre Hiroshima y Nagasaki, hasta las brutales prácticas sistemáticas de desaparicimiento de personas, en nuestro continente, como explica el profesor HOBBSAWM, “han sido las crueldades de la decisión remota, del sistema y de la rutina, especialmente cuando podían justificarse como deplorables necesidades operativas”<sup>3</sup>. Cada atrocidad se cometió “en nombre de la humanidad y de la justicia”<sup>4</sup>. Cada cuál sostenía pretender “liberar al hombre (al super hombre creador del mito democrático o a todos los hombres de la explotación del capital o del Estado). Cada ideología tenía su idea del hombre y, en la medida en que se realizaba,

---

<sup>1</sup> Por ENRIQUE ALDUNATE E., ayudante alumno del Departamento de Derecho Penal y Medicina legal de la Universidad de Valparaíso (ex sede de la Universidad de Chile, hasta 1981). Artículo publicado en el libro de homenaje al Profesor, Dr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, dirigido y distribuido por Ediciones Jurídicas de Cuyo, Argentina.

La crítica se refiere al proyecto de ley iniciado en Mensaje, N° de boletín 3391-17, que conforme a su artículo 1° arregla la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos en el período entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. Sus efectos consisten en el otorgamiento de inmunidad penal, o bien, la conmutación de las penas privativas por restrictivas de libertad, y rebajas de hasta tres grados en las penas correspondientes, para los responsables de los homicidios, detenciones ilegales, secuestros, sustracción de menores, así como las inhumaciones o exhumaciones ilegales u otros conexos con los anteriores, cometidos en el referido período.

<sup>2</sup> Cita que hemos reproducido del texto de POLITOFF, Sergio; “La justicia al servicio de la verdad histórica”, p. 283, Revista *Ius et Praxis*, año 3 N°2, 1997.

<sup>3</sup> HOBBSAWM, Eric, “Historia del siglo XX”, p. 58, Crítica, 4ª edición, Buenos Aires, 2003.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”, p. 29, 9ª reimpression, Ediar, 1999.

todo estaba justificado por la necesidad”<sup>5</sup>. Como ninguna de ellas podía detenerse ante obstáculos formales, las graves violaciones a los Derechos Humanos, realizadas en forma múltiple y terrible son las consecuencias de tal irracionalidad. Tales situaciones plantean un cuestionamiento a la crítica de la modernidad (que abarca la idea de progreso), pues es innegable que esa misma modernidad, tiene un lado sombrío<sup>6</sup>, basado en la constatación empírica que se evidencia con la caracterización del siglo XX como centuria de catástrofes y matanzas, donde el número de vidas perdidas “son literalmente incalculables”<sup>7</sup>, pues ha sido notoriamente mayor que en cualquiera de los dos siglos precedentes.

De lo dicho se desprende su significación, trascendencia y la especial protección que recibe en los tratados internacionales, en especial en la política criminal propiciada por las Naciones Unidas. El ámbito de regulación a nivel internacional surge como una respuesta ante esta cruda realidad, destacando importantes instrumentos cuyo origen se encuentra situado finalizada la Primera Guerra Mundial, con la firma del Tratado de Versalles (arts. 227 a 230), donde se aprecia la configuración de delincuencia y responsabilidad penal por delitos internacionales<sup>8</sup>. Pero es particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, que “se ha abierto camino la idea de la existencia de un derecho universal, con verdadera fuerza jurídica, que aunque generalmente reviste la forma de tratados o convenciones, no está limitado en su aplicación a los Estados que sean partes contratantes de los mismos, sino que reclaman aplicación universal, la que se extiende a quienes no hayan sido parte de los tratados, e incluso prevalece por encima de éstos, cuando ellos contienen disposiciones que se oponen a aquel”<sup>9</sup>. Como bien señala el profesor BUSTOS, “estos delitos tienen elementos en común: atacan al ser humano global e internacionalmente, de ahí que la atención puesta en ellos provenga fundamentalmente del derecho internacional. Se ataca al sujeto en cuanto persona y generalmente en cualquiera (o en todas) las dimensiones consideradas hasta ahora”<sup>10</sup>.

La existencia de tales instrumentos, cuya aplicación en el contexto internacional, y particularmente en los sistemas jurídicos americanos, evidencian un alto grado de incumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados al momento de ratificar los referidos Tratados o Convenciones, en el sentido de adecuar las legislaciones internas para asegurar de mejor manera la aplicabilidad y eficacia de tales normas de Derecho Internacional Penal. Así lo demuestra recientemente un minucioso estudio sobre la persecución de los crímenes internacionales en América latina y España<sup>11</sup>, pues es notorio que las políticas de los gobiernos involucrados, la mayoría de las veces apunta mas a favorecer a los responsables (aunque sea como atenuantes) de esta clase

---

<sup>5</sup> idem.

<sup>6</sup> Sobre la crítica a la modernidad y posmodernidad, con detalle en ZAFFARONI, “*Manual de Derecho Penal*” Parte General, p. 359 y ss., 2ª edición, Ediar 2002

<sup>7</sup> HOBBSBAWN, ob. cit. p. 51.

<sup>8</sup> Sobre la evolución del Derecho Internacional Penal, con detalle en ZAFFARONI, “*Manual de Derecho Penal*” Parte General, p. 195 y ss., 2ª edición, Ediar 2002.

<sup>9</sup> En especial sobre sus fundamentos ETCHEBERRY, “*Derecho Penal*”, T. I. p. 71, Editorial jurídica, 1998; sobre su fuente de aplicación e interpretación de la ley penal POLITOFF “*Derecho Penal*”, p. 107 y ss; Conosur, 1997; con más antecedentes en la 2ª edición, p. 84 y ss., Conosur-Lexis-Nexis, 2001; también mas recientemente en “*Lecciones de Derecho Penal*” Parte General, p. 100 y ss., en coautoría con MATUS y RAMÍREZ, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

<sup>10</sup> BUSTOS, Juan “*Manual de Derecho penal*”, Parte Especial, p. 183, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.

<sup>11</sup> AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (editores), “*Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*”, varios autores, Instituto Max Planck, de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung.

de crímenes que a su persecución y castigo, asumiendo una política bifronte, ya que por una parte suscriben pactos que obligan en un sentido determinado (castigar a los responsables), para luego dictar normas internas que entran en contradicción con los referidos instrumentos internacionales. Lo anterior, se acredita por las reiteradas veces que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha debido ocuparse de denuncias que impugnaron las “leyes de caducidad de la pretensión punitiva del Estado” (Uruguay); de “punto final” y “obediencia debida” (Argentina), siendo todas las veces consecuente con los pronunciamientos anteriores sobre las “auto-amnistías”, dictadas por las dictaduras de Chile, Brasil y Argentina, declarando su incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica<sup>12</sup>.

El presente trabajo busca establecer la inconsistencia del proyecto de ley, 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 los ciudadanos y la disidencia, bajo el reiterativo y burdo pretexto del enemigo interno, que en palabras del *espantoso jurista*<sup>13</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>14</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>15</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, opción a la que hacemos nuestra preferencia sin ambages. 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>16</sup>.

## II. La situación en Chile: Informes Internacionales.

---

<sup>12</sup> Cfr., con detalle MENDEZ, Juan, “*Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de Derechos Humanos*”, en obra colectiva “Verdad y Justicia”, Homenaje a Emilio F. Mignone, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Estudios Legales y Sociales. El autor desarrolla la problemática de las violaciones a los derechos humanos en la región, combinada de una síntesis de los pronunciamientos más importantes de la Corte Interamericana, en la materia.

<sup>13</sup> Denominación propuesta por INGO MÜLLER, en *Furchtbare juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Kindler Verlag, Munich, 1987.

<sup>14</sup> POLITOFF, Sergio, “*Sistema jurídico penal y legitimación política en el estado democrático de derecho*”, en *Gaceta Jurídica*, 1994, N° 172, p. 10 y ss. Como infiere críticamente el profesor chileno, no se crea que el conflicto “existencial” está pensado por Schmitt como una suerte de contienda simbólica: los conceptos amigo, enemigo y guerra adquieren su acepción real, cuando se refieren a la posibilidad real y mantenida de matar físicamente! (el destacado es nuestro), y es ese poder sobre la vida del hombre lo que eleva a la comunidad política sobre todas las demás comunidades y sociedades humanas.

<sup>15</sup> SCHMITT, Carl, “*Der Begriff des Politischen*”, *Hanseatische Verlagsanstalt*, p. 7 y ss., Hamburgo, 1933.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, “*Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*”, p. 268, Traducción de la 6ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1998. También en POLITOFF, “*Cometer y “hacer cometer”*: desarrollo y significación actual de la noción de *autoría mediata*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam (2 vols.), Cuenca, 2001, pp. 1281-1284; “*El caso Schneider*”, Minuta de alegato, serie Documentos Especiales, Editora Nacional Quimantú, 1972.

## A) Adecuación de la legislación vigente;

Un examen de los principales instrumentos en la materia, dan cuenta de las exiguas políticas llevadas a cabo para proponer las reformas legislativas necesarias y adecuar la legislación interna a los Tratados respectivos de modo de dar un cumplimiento de buena fe a lo estipulado por los Estados contratantes, no sólo eso sino que la falta de una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos cuya ratificación está pendiente. De los estudios más recientes, en particular un informe preparado para Chile por el profesor GUZMAN DALBORA, desarrolla la compleja problemática de esta clase de crímenes y su relación con el derecho interno.

Sin embargo, la falta de un equivalente exacto no significa que queden impunes y es en este contexto, donde cobra importancia la idea que además de la jurisdicción nacional, sobre la base del *principio de universalidad*<sup>17</sup>, que emana del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, se extienda 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 inculpar 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>18</sup>.

## B) Las vacilaciones de la jurisprudencia. De la *impunidad de un nazi al caso Pinochet*;

La jurisprudencia chilena, en relación a la aplicación de las normas de Derecho penal internacional, es poco coherente y oscilante<sup>19</sup>, tampoco está ajena al contexto político en que se circunscriben sus actuaciones, pasando por casos manifiestamente constitutivos de prevaricación, a declaraciones explícitas de reconocimiento a la plena eficacia jurídica para las normas de “auto perdón” o como señalara el profesor RIVACOBRA de “amnistía al revés”<sup>20</sup>, elaboradas por la dictadura militar para asegurar la

<sup>17</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, cit. p. 75.

<sup>18</sup> POLITOFF, Sergio “*Derecho Penal*”, p. 152, Tomo I, Editorial Conosur, 1997.

<sup>19</sup> Una buena síntesis sobre los fallos más significativos, en diversos ámbitos, puede estudiarse en NOGUEIRA, Humberto: “*Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*” p. 53 y ss., en *Revista Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; también con detalle en el trabajo de GARRIDO MONTT, Mario: “*Constitución y Tratados Internacionales en la jurisprudencia*” en la misma revista citada, p. 155 y ss. Sobre el problema recurrente de la falta de coherencia en la jurisprudencia chilena, véase, en la revista antes citada el trabajo del profesor PRECHT, “*Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho interno chileno*”, p.150 y ss.; y el trabajo de ZUÑIGA, Francisco, “*Amnistía ante la jurisprudencia (Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía)*”, p. 166 y ss., donde se analiza procedencia del Decreto Ley 2191 de 1978 que concedió amnistía a los crímenes de la dictadura; NOGUEIRA, “*Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional*”, p. 587, en *Revista Ius et Praxis*, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002.

<sup>20</sup> RIVACOBRA, Manuel de, “*Orden Político y orden penal*”, p. 210, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995; que entiende por tales “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”.

impunidad. Sin embargo, la llegada de juristas de nota a la sala penal de la Corte Suprema, han variado de manera interesante, -a partir de 1998- el criterio del máximo tribunal<sup>21</sup>, aunque curiosamente en dos días consecutivos 8 y 9 de septiembre de 1998, fallo de manera diametralmente opuesta casos similares. 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 denuncia de los Convenios respectivos”<sup>22</sup>. El debate aún no ha sido zanjado, como ya dijimos por las reiteradas oscilaciones en la jurisprudencia<sup>23</sup>. Escaso es también la tendencia en materia de sentencias definitivas, sobretodo en lo relativo a la aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, pues no está claramente establecido si su alcance es sólo para la investigación o también para limitar cualquier intento de extinguir la responsabilidad penal mediante la aplicación de la amnistía u otra causal de extinción. Tampoco ha sido determinada en sentencias condenatorias, la improcedencia de la prescripción en los delitos de secuestro y su natural carácter de delito permanente<sup>24</sup>. Agudiza la problemática el hecho que recientemente un deplorable fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, revocó los procesamientos por delitos de secuestro, al considerar el carácter permanente de éstos, como “una ficción jurídica”, argumento más utilizado por quienes favorecen a los criminales dejando en evidencia el más profundo desconocimiento de la disciplina, sin opinión alguna en doctrina que la refrende y contraviniendo la ley vigente, a sabiendas.

Como señala GUZMAN DALBORA, no se ha perseguido en Chile crímenes internacionales, pues los procesos que han tenido lugar han sido sustanciados sobre la base de delitos comunes. La justicia chilena, no siempre ha tenido claridad y lucidez respecto a las relaciones del Derecho interno y la normativa internacional penal en materia de derechos fundamentales, carga -además- en su conciencia con decisiones absolutamente desdeñables e imperfectas desde el punto de vista técnico, como es el caso de la solicitud de extradición del SS *obersturmbannführer*, Walther Rauff (creador de los camiones de la muerte y autor confeso de 97 mil asesinatos), quién, en el año 1963, se vio enfrentado a una solicitud de la República Federal Alemana, la que nuestro máximo Tribunal abordó de “manera rutinaria”. Chile, debía decidir a falta de tratado de extradición con Alemania entre los principios generales del Derecho Internacional o *ius cogens*, (en particular la doctrina del carácter imprescriptible de los crímenes contra

---

<sup>21</sup> Un análisis de los fallos mas recientes en, GUZMÁN DALBORA, José Luis, “De la extinción de la responsabilidad penal” en la obra colectiva “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, Tomo I, p. 448 y ss., dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002;

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 1998 publicada en *Revista Gaceta Jurídica*, p. 122, N° 219.

<sup>23</sup> Cfr. GUZMÁN DALBORA “De la extinción de la responsabilidad penal”, p. 449 y ss., en “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, T. I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002, donde puede consultarse una abundante bibliografía en uno u otro sentido.

<sup>24</sup> Como señala ROXIN, “son delitos permanentes aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo, por ejemplo: como ocurre en la detención ilegal”, cfr. “*Derecho Penal*” Parte general, T. I., p. 329, de la 2ª edición alemana de Diego Luzón Peña, Editorial Civitas, 1997; al decir de NOVOA, “el momento consumativo perdura en el tiempo... tal es el caso del secuestro”, cfr, por todos, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, T. I, p. 259, Editorial Jurídica de Chile, 1960. En este mismo sentido además BUSTOS, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 190, Ariel, 1984; POLITOFF, “*Derecho penal*”, p. 237 (1997), “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro de personas, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido”, p. 183 (2001); en igual sentido, MATUS, RAMÍREZ, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*” Parte Especial, p. 45 y ss. Universidad de Talca, 2001.

la humanidad) o la prescripción del delito de homicidio calificado (391 C. Penal). La petición de extradición fue defendida brillantemente en estrados por el eminente especialista y maestro EDUARDO NOVOA MONREAL<sup>25</sup>, la cuál fue acogida en primera instancia<sup>26</sup> por el Presidente del máximo Tribunal (que por ley debe conocer en primera instancia la solicitud de extradición pasiva), don Rafael Fontecilla, un juez liberal democrático, en todo el sentido de la palabra. Luego conociendo la apelación de la defensa, la Corte Suprema estableció que a falta de existencia del tipo penal genocidio este debía asimilarse al homicidio calificado, el cuál prescribe en 15 años de acuerdo con nuestra legislación, tiempo que a la fecha de la solicitud había transcurrido, de modo que revocando el fallo en alzada, dejo en libertad al líder del *Grupo IID* de las temidas SS. Lo consignado en el considerando 38 de la sentencia “el exterminio masivo de seres humanos por motivos raciales, constituye la comisión de crímenes alevosos que repugnan la conciencia jurídica de la humanidad... Sin embargo, el tribunal ha debido acoger la prescripción de la acción penal, porque en su concepto, la procedencia de esta excepción se manifiesta con sujeción a los principios del Derecho Internacional”<sup>27</sup>, no puede ser calificado, sino como una hipocresía pues la reflexión moral resulta inútil e insoportable con lo resuelto por los jueces. Momentos de oscuridad en la historia judicial chilena sobran en el período que abarca el presente proyecto, pues “no más del 1% de los habeas corpus”<sup>28</sup> (recurso de amparo conforme a la Constitución) presentados por las víctimas del terrorismo de Estado fueron acogidos, así como también, hace unos años, la decisión en fallo dividido de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>29</sup>, de eximir de todo juicio a Pinochet por las garantías del debido proceso (las mismas que él no respeto a sus víctimas), es una auténtica ironía de la vida.

En el derecho comparado, ocurren situaciones parecidas, en Alemania después de la guerra, los Tribunales debieron ocuparse del genocidio por cámara de gas, “ofreciendo las más de la veces una apariencia de justicia”<sup>30</sup>. Los jueces, optaron poco a poco por una actitud cada vez más comprensiva y benévola hacia los hechores. En algunos casos (como en T4) se recurrió a la noción de falta de conciencia de la antijuridicidad: los autores creían que al dar muerte a los “pacientes” a su cargo realizaban un acto lícito, en el caso de “eutanasia” pensaban que la prohibición de matar había perdido vigencia en virtud del decreto secreto del Führer, “...ellos obraron en consecuencia por un error de prohibición invencible”; en otros casos, se optó por “el estado de necesidad supralegal”, los médicos incluían a ciertas personas en las listas de ejecuciones para *poder salvar* a otros pacientes, pues pensaban que si no lo hacían “fanáticos nazis ocuparían su lugar”; sus buenos sentimientos quedan acreditados, al decir de los jueces, pues los acusados “se encargaban personalmente que hubieran suficientes ataúdes para las víctimas de la eutanasia”. En los casos del “Aktion Reinhard”, muchas penas fueron suspendidas, incluso “los gaseadores de Sobibor”,

---

<sup>25</sup> Un especial tratamiento del caso, NOVOA MONREAL, “Grandes procesos. Mis alegatos”, p. 61 y ss.; también en POLITOFF, “Derecho Penal”, cit. (1997) p. 111; (2001), p.88.

<sup>26</sup> Véase con detalle las sentencias de primera y segunda instancia publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), Tomo LX, N°4, segunda parte, sección cuarta, p.112-193.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 186-187.

<sup>28</sup> TAVOLARI, Raúl, “Habeas Corpus. Recurso de amparo”, p. 73 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1995; quien fuera mi profesor de Derecho Procesal, analiza con profundidad la actuación de los Tribunales en el período dictatorial, en relación a ésta fundamental acción procesal constitucional, para asegurar la libertad personal.

<sup>29</sup> Sentencia de 9 de julio de 2001, causa rol N° 28.075-2001

<sup>30</sup> POLITOFF, Sergio, “La justicia al servicio de la verdad histórica”. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”, La Haya, 1996; en *Revista Ius et Praxis*, año 3 N° 2, 1997

fueron absueltos pues actuaron con temor a que si no obedecían serían víctimas de represalias<sup>31</sup> (¿obediencia debida?).

El panorama latinoamericano no dista mucho de los ejemplos señalados. En argentina, la persecución de estos crímenes ha tenido lugar mediante la utilización de normas del derecho penal común, como ocurre en el juicio de los comandantes de las juntas militares, que se basó en la aplicación de normas del Código Penal, luego sepultadas en la impunidad con la “ley de punto final” y “obediencia debida”. “Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia comenzó paulatinamente a recurrir a normas del derecho internacional en este tipo de casos”, como ocurre en los pedidos de extradición de Schwammberger (SS) y Priebke y el *caso Poblete*<sup>32</sup>. En Uruguay las graves violaciones de los derechos humanos, bajo la forma de tortura y desaparición forzada de personas, se materializó en denuncias que transitaron por diversa suerte procesal, pero, en esencia ninguna de ellas fue debidamente investigada, “y ello se debió fundamentalmente a la aplicación de las leyes de *punto final* que imposibilitaron el desarrollo de los procesos”<sup>33</sup>. En el caso boliviano, puede afirmarse que la justicia de dicho país, no se caracteriza por tener una historia de procesamiento y sanción a las violaciones de derechos humanos cometidas por la dictadura de Banzer en el marco de la “Operación Cóndor” (1971-1978), con la excepción del *caso Trujillo* que ha sido trascendental para lo que constituye la aceptación de la desaparición forzada de personas como una conducta delictiva del Estado<sup>34</sup>. En Perú los casos de la llamada *lucha antiterrorista* (1980-2000), cobra relevancia el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el llamado *caso Barrios Altos*, que declara que las leyes de *amnistía* de Fujimori “carecen de efectos jurídicos” por contravenir la Convención Americana de Derechos Humanos, ordenando al Estado Peruano investigar los hechos y determinar a los responsables<sup>35</sup>. En España, el primer caso de aplicación del *principio de justicia universal*, la constituyen los procesos por genocidio, terrorismo y tortura iniciados en los juzgados de instrucción de la Audiencia Nacional, a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena<sup>36</sup>, sobre esta última, son bien conocidos los periplos del octogenario tirano chileno y su lamentable desenlace en sobreseimiento definitivo en Chile fundado en la “locura o demencia”, consecuencias de un delicado estado de salud, que no le permitía sobrellevar un “debido proceso”, acreditada sobre la base de *extraños* exámenes médicos.

Lo cierto es que en este tipo de decisiones judiciales, resulta brutal constatar que tales sentencias, -las más de las veces- se “hayan orientado más hacia el Estado que hacia el derecho”. En general, sobre la torcida administración de justicia, evidente en la solución de estos casos (impunidad), tiene razón DE MILDT, cuando señala “que difícilmente habría que esperar que los que son corresponsables por acción u omisión, sean justicieros en causa propia”.

### C) Informe RETTIG y sus recomendaciones. Nuestra *frágil* memoria;

El deber de reparación, no debe reducirse al ámbito pecuniario, no puede se puede hablar de ésta con integridad, “si no incluye la investigación y revelación de los

<sup>31</sup> *idem*, con detalle.

<sup>32</sup> Cfr. MALARINO, Ezequiel, en “Persecución penal nacional de crímenes internacionales”, *ob. cit.*, Informe Argentina, p. 71 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. GONZÁLEZ, José Luis, en *idem*, Informe Uruguay, p. 522.

<sup>34</sup> Cfr. SANTALLA, Elizabeth en *idem*, Informe Bolivia, p. 105 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. CARO, Dino en *idem*, Informe Perú, p. 483 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. GIL, Alicia en *idem*, Informe Bolivia, p. 387 y ss.

hechos y un esfuerzo por procesar y castigar penalmente a los responsables”<sup>37</sup>. El Informe de la Comisión nacional de verdad y reconciliación, incluyó, como una de sus recomendaciones para prevenir esas graves transgresiones en el futuro, la de que el estado debe ratificar todos los instrumentos internacionales “que se adopten o hayan adoptado en materia de derechos humanos”, y alumbrar “normas nacionales complementarias para la debida implementación de los tratados”, como la Convención sobre el genocidio y la obligación que impone a los Estados de tipificar y penar este delito en su ley interna, “lo que hasta ahora no se ha hecho en Chile”<sup>38</sup>.

Curiosamente, la historia se ha encargado de enseñar que todo era posible en nuestra frágil transición a la democracia, ya que se han desarrollado conductas muy distintas a las recomendaciones de la Comisión Rettig. Una muestra de ello es el llamado “acuerdo marco” promovido por parlamentarios de todas las tendencias, que significaba una segunda amnistía, “descubierto por el Diputado Andrés Aylwin en un escritorio de la Cámara de Diputados, ahí en un papel que alguien ha olvidado; es el acuerdo descrito descarnadamente como una segunda amnistía”. En lo medular propone rebajar penalidades (curiosa coincidencia), mediante normas transitorias a los violadores de derechos humanos<sup>39</sup>.

#### **D) En busca de la política: Necesidad de aprobar el Tratado sobre Tribunal penal Internacional, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.**

Tal como señala GUZMÁN DÁLBORA, el Estado Chileno, desde las postrimerías del siglo XIX, asumió ciertas obligaciones de carácter internacional, ratificando una serie de tratados de esta índole, sin que aquello haya significado que el Código Penal y leyes especiales contenga un catalogo completo de crímenes internacionales, muy por el contrario, hasta la fecha es más bien escueto en relación con los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. “Todo lo cual encuentra, además, condigno reflejo en las muy escasas doctrina y jurisprudencia nacionales sobre el particular”<sup>40</sup>. Si bien Chile concurrió a la firma del Estatuto de Roma, el Congreso Nacional no ha prestado aún su ratificación, pues pese a su aprobación en primer trámite, este ha sido objetado ante el Tribunal Constitucional.

La sentencia del Tribunal Constitucional –de mayoritaria composición conservadora- de fecha 8 de abril de 2002, rol N° 346, que se pronuncia sobre la constitucionalidad del Tratado de Roma que determina el estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>41</sup>, a requerimiento de 35 diputados (demás está decir que todos son fieles servidores de Pinochet), al decir de NOGUEIRA es “un fallo controvertido que muestra las falencias de nuestro texto constitucional en relación con los tratados internacionales lo que exige una normativa constitucional explícita acorde con los cambios suscitados en el derecho público y su dogmática, como asimismo en la inserción de los Estados en el nuevo derecho internacional de los derechos humanos”<sup>42</sup>. Los argumentos

---

<sup>37</sup> MENDEZ, cit. p. 3.

<sup>38</sup> Informe de la Comisión Nacional de Verdad y reconciliación, vol. 1, T. II, pp 840 y 842.

<sup>39</sup> Cfr. por todos, CAVALLO, Ascanio, en “*La Historia oculta de la transición*”, p. 41 y ss.,

<sup>40</sup> Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, en *idem*, Informe Chile, p. 164.

<sup>41</sup> Publicada íntegramente en Revista *Ius et Praxis*, p. 583-634, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002.

<sup>42</sup> Un detallado análisis del fallo citado en el trabajo del profesor NOGUEIRA “*Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional*”, en Revista *Ius et*



esgrimidos por el Tribunal, no dejan de sorprender en especial, los establecidos en los considerandos números 23, 31, 45, 51, 55, 61, 90, y 91, pues allí se establece “que la jurisdicción de la Corte es correctiva y sustitutiva”<sup>43</sup> y no complementaria de la jurisdicción de los tribunales nacionales, cosa que estaría reñida con el texto constitucional, por “significar una transferencia de soberanía”, por lo que “incorporar un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, debe necesariamente ser autorizado por el constituyente e incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”. Seguir las afirmaciones del Tribunal Constitucional en los considerandos 61 a 69, todas excesivamente formalistas y añejas desde el punto de vista técnico, en relación a la supuesta subordinación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, al *principio de supremacía constitucional*, es un error que contradice las normas de *ius cogens*, y el *principios de buena fe* con arreglo al cuál deben interpretarse y aplicar dichos instrumentos. De igual manera impiden el efecto práctico de aplicación de los mismos, pues, si sus sostenedores se preguntan sobre ¿que sentido tendrían los mecanismos de control de constitucionalidad si los tratados tuvieran este efecto (de igual jerarquía) en materia de derechos humanos?<sup>44</sup>, cabe interrogarse -legítimamente- de manera más racional ¿qué sentido tiene abogar por el castigo de tan graves crímenes y evitar mecanismos que impidan su persecución, si con argumentaciones basadas en principios formales vulneran el espíritu de un tratado internacional?.

Más deplorable es la supuesta incompatibilidad entre el estatuto y otras facultades que establece la constitución en relación a materias de indulto y amnistía. Sobre el particular, este argumento utilizado es decisivo, para comprender las reales intenciones del órgano constitucional, pues una vez más recurren a la noción de armonía y coherencia de la constitución en relación a sus preceptos internos, que a su vez pierden de vista la coherencia necesaria con las normas internacionales suscritas por Chile, en las cuales expresamente le ha sido vedado recurrir a estas facultades para otorgar impunidad tratándose de crímenes internacionales. Llama la atención que la interpretación de las normas no hagan mención de estas disposiciones internacionales que los Ministros conocen de sobra, y sólo realicen un repaso exegético (al estilo de los glosadores) del articulado de una carta fundamental de origen ilegítimo, además de “una concepción de la soberanía superada en el mundo contemporáneo”<sup>45</sup>, apoyada en referencias a opiniones minoritarias en la doctrina nacional. El fallo privilegia una interpretación formalista, en que prima la supremacía constitucional, a fin que funcionen los mecanismos de control de constitucionalidad y de reforma de la carta, sin tomar en cuenta, que como consecuencia de aquello quede sin aplicación uno o más tratados internacionales sobre derechos humanos, bajo rebuscados argumentos sobre la soberanía nacional, que como se sabe se atenúa toda vez que se suscribe un acuerdo internacional, desvirtuando de esa manera el verdadero sentido de los establecido en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución<sup>46</sup>. En definitiva, debe primar aquella

---

*Praxis*, p. 563, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002. También un interesante análisis en GUZMAN DÁLBORA “Persecución...”, ob. cit. p. 164.

<sup>43</sup> Considerando 23, sentencia citada.

<sup>44</sup> Considerando 69, p.

<sup>45</sup> NOGUEIRA, ob. cit. p. 568., quién de manera notable refuta el concepto acuñado por el Tribunal, sobre antecedentes históricos (que no puede ser situado en el escenario pre segunda guerra mundial), de derecho internacional (limitación expresa a la soberanía como poder supremo o ilimitado con la carta de las naciones unidas de 1945, así como la ratificación y vigencia de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, donde cobran importancia los principios *pacta sunt Servando* y *bonna fide*, así como la validez del *ius cogens*) y según lo acogido por la propia Constitución de 1980 (desnaturaliza el sentido del artículo 5 inciso segundo de la carta).

<sup>46</sup> *Ibíd.* p. 572. quién señala “parece una ligereza de parte de la mayoría del Tribunal Constitucional tratar de desarrollar una interpretación del artículo 5 inciso segundo, absolutamente sesgada, fuera de contexto y contraria la

interpretación que posibilite la aplicación de las normas que mejor favorezcan el ejercicio de los derechos fundamentales, en detrimento de aquellas que toman partido por “la armonía de las formas”, preferencias “arquitectónicas” o simplemente la “impunidad”. De nada sirven las “sentidas palabras” del voto de mayoría, en la idea de abogar por el castigo de los crímenes cometidos en la pasada centuria<sup>47</sup>, pues carecen de sinceridad, si claramente son incoherentes con las consecuencias de lo resuelto en el fallo (antes hemos puesto énfasis en el remordimiento de conciencia fútil de otro importante fallo). Una sentencia como ésta sólo puede ser caracterizada por la manifestación de planteamientos –epistemológicamente inconsistentes, ultra conservadores y reaccionarios-, de esta manera, cobra vigencia la afirmación de un profesor chileno; *vinos nuevos en odres viejos*, a pesar, del importante esfuerzo del voto minoritario<sup>48</sup>, elaborado por el Presidente de la Corte Suprema.

Reafirma lo anterior lo que reiteradamente a establecido la Corte Permanente de Justicia Internacional en el sentido que “Un estado que ha contraído obligaciones internacionales, esta obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”.

### III. Los proyectos de Derechos Humanos de 2003<sup>49</sup>; Determinación legal de la pena e impunidad.

Tal como señalamos<sup>50</sup>, la naturaleza del proyecto de ley busca establecer “inmunidad” penal y reglas especiales sobre determinación legal de la pena (que implican la conmutación de las penas privativas de libertad por restrictivas de libertad de igual duración; y la rebaja de las penas en uno, dos o tres grados de la prevista en el Código Penal), para aquellos autores o partícipes en los crímenes de homicidios, detenciones ilegales, secuestros, sustracción de menores, así como las inhumaciones o exhumaciones ilegales u otros conexos con los anteriores, cometidos en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 197 y el 10 de marzo de 1990.

Conforme a la opinión dominante, en la doctrina y la jurisprudencia, es autor quien tiene el **dominio del hecho**<sup>51</sup> en la realización de la conducta descrita en el tipo

---

objeto y fin de dicha reforma, contra los testimonios de los actores directos de la reforma (que se pueden confrontar en la cita n°.de las conclusiones de este texto), de cuya calidad y honestidad nadie podrá dudar. No esta demás señalar que la concepción sobre la soberanía y “jerarquía” de los tratados de derechos humanos no es consensual en el tribunal. Los ministros Libedinsky y Juan Agustín Figueroa, discrepan en el voto de minoría y en las prevenciones respectivamente”. Cabe señalar, además, que esta interpretación nefasta, del Tribunal Constitucional, pugna con lo establecido recientemente por la Corte Suprema (Revista Gaceta Jurídica, marzo, 1995, p. 165-168; Revista Fallos del Mes, N°446, sección criminal, p. 2066, considerando 4°), con detalle de las sentencias en la ob.cit. p. 577 y ss..

<sup>47</sup> Considerando 92 del fallo.

<sup>48</sup> Un detallado desarrollo, acorde con las más actuales tendencias en la doctrina nacional y comparada, en el voto de minoría del Ministro Marcos Libedinsky T, cit. p. 628.

<sup>49</sup> Con fecha 3 de marzo de 2004, el ejecutivo presentó una indicación sustitutiva al referido proyecto, aprobada en general en la Comisión de Derechos Humanos, en la cuál se elimino las referencias al “autor sistemático”, sustituyo la “inmunidad penal”, por una nueva causal de exención de la responsabilidad penal. En este último caso, si bien limitó la aplicación de la exención ésta no altera las conclusiones de este trabajo pues la impunidad sigue vigente en éste y otros artículos del Proyecto, pues la idea de rebaja de penas y exención es lo que justamente se critica.

<sup>50</sup> Vid. supra nota 1.

<sup>51</sup> ROXIN, Claus, “*Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*”, p. 268, Traducción de la 6ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1998; WELZEL, Hans “*Das Deutsche Strafrecht*”, p. 142 ss.; BRUNS, Hermann, “*Kritik der Lehre vom Tatbestand*”, 1932; ZAFFARONI, Raúl, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 572, Ediar, 1999; BACIGALUPO, Enrique, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 182, ; BUSTOS, Juan “*Manual de Derecho penal*”, p. 328, Ariel 1984; CURY, Enrique, “*Derecho Penal*”, p. 223, Editorial Jurídica de Chile, 1997; con énfasis en “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, Tomo I, p. 232, obra

legal, es decir quien domina objetiva y subjetivamente la realización del hecho; dicho de otra manera, es autor quién “conserva en sus manos las riendas de la conducta”, de manera que pueda decidir sobre la consumación o no del hecho típico. En Chile, esta es la opinión que últimamente ha seguido la sala penal de la Corte Suprema<sup>52</sup>.

El Código Penal Chileno en su artículo 14, señala quienes son responsables de los delitos, distinguiendo entre: autores; cómplices y encubridores. Esta distinción en tres categorías, se explica, pues, los redactores del Código Penal tenían claro – ya en 1874-, las diversas clases de responsabilidad, sin llegar a extremos como las *confesiones* del mensaje que pretenden nula aplicación de sanciones penales para ciertas conductas (Título III, número 2 del mensaje). Más adelante, en el artículo 15 (concepto amplio de autor) del viejo código podemos distinguir: a) autor ejecutor (N° 1); b) autor instigador (inductor N° 2); c) autor mediato, es decir quién se vale de un “instrumento” (N° 2 segunda parte); d) autor cooperador (no es otra cosa que un cómplice, en estricto sentido, que se considera autor; N° 3);

Dentro de las hipótesis de autoría mediata existe la modalidad en que el hombre de atrás (autor mediato) se vale de otro como “instrumento”, mediante coacción (forzándolo), como es la hipótesis que preocupa al proyecto del gobierno, y que pretende un tratamiento benigno de los “fusileros” o “cooperadores”, de tal suerte que el autor material (ejecutor o cooperador) al actuar bajo presión no sería *imputable*, por ausencia de dolo, siendo responsable el superior que da la orden y tiene el dominio del hecho. Otra posibilidad esta también en que el *instrumento* actúe por “error de tipo o error de prohibición”<sup>53</sup>, como podría argumentarse por los primeros, -casos dudosos- luego del comienzo de la asonada golpista, pero de difícil aceptación por la ignominiosa forma que revistieron tales crímenes pero con mas de algún nefasto precedente en el derecho comparado (a propósito del enjuiciamiento de los encargados de T4 o el programa “euthanasia”).

Bastante diferente será la respuesta punitiva en los casos de los ejecutores con clara voluntad delictiva (dolosos) al momento de apretar el gatillo, agravados por la creación de estructuras de poder, –mediante sendos Decretos Leyes- (DINA, CNI). Además, cabe tener presente la obediencia jerárquica o cumplimiento **de ordenes antijurídicas prevista en el artículo 334 del Código de Justicia Militar** (llamada obediencia debida), prevista en el artículo 10 N° 10, institución que siempre ha existido en el viejo y liberal Código Penal Chileno (1874), a pesar que por la naturaleza de estos delitos, jamás podría invocarse, pues la orden de asesinar “no puede considerarse un acto de servicio”. La conclusión es contundente: las aprensiones del mensaje para

---

colectiva dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; SOTO, Miguel “*La noción de autor en el Código Penal Chileno*”, p. 13 y ss., en Revista Gaceta Jurídica N° 68, 1986.

<sup>52</sup> Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), Tomo XCVI, sección cuarta, p. 268, 1999; RDJ, Tomo XCVI, sección cuarta, p. 242, en este último se afirma “*también tiene el dominio final del hecho aquel que, en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero sí acerca de su no consumación. Esta última hipótesis, que corresponde estrictamente al artículo 15 N° 3 del Código Penal, es lo que se conoce como coautoría y que significa, en rigor, compartir el dominio del hecho*”.

<sup>53</sup> Sobre el particular críticamente, cfr. POLITOFF, Sergio “*El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en obra colectiva “Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Editorial Jurídica Conosur, 2000; otra fundamentación en: JAKOBS, Günther, “*La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*”, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

justificar la propuesta legislativa, en estas materias son absolutamente innecesarias y carecen de fundamentos jurídicos.

El proyecto **no excluye del beneficio a los autores materiales o ejecutores**, y pretende hacerlo a través de la voz “*autor sistemático*”<sup>54</sup>, **categoría que no existe como tal en el sistema legal chileno** y que sólo puede generar confusión en la magistratura o abrir paso a la impunidad de autores ejecutores dolosos, que no puedan asimilarse a ese rótulo de “sistemático”. De esta manera queda fehacientemente establecido que los autores dolosos de crímenes selectivos, pueden gozar de “inmunidad” y “atenuantes calificadas”, a cambio de “información”. Como única alternativa, podría –interpretativamente– (siendo benignos con la redacción propuesta en el proyecto) plantearse la voz “sistemático”, en hipótesis de concurso real de delitos, concurso ideal o concurso ideal impropio (dos o más delitos, un hecho constituye dos o más delitos o este es medio necesario para cometer otro –art. 74 y 75 del Cód. Penal-) y en hipótesis de *reincidencia impropia*<sup>55</sup>, es decir, en la modalidad de reiteración de delitos de la misma especie, cabe interrogarse entonces, ¿a que obedece esta ambigüedad en la técnica propuesta?

La palabra “incentivo”, por medio de la “cooperación eficaz” es un eufemismo. La transparencia del debate democrático exige la denominación que corresponde: a una institución nefasta e inmoral, como la antes aludida, que no es otra que la “*delación compensada*”, con los sabidos efectos criminógenos<sup>56</sup> distintos al que se propone el proyecto, pues, es una invitación directa, a la fabricación de una circunstancia atenuante, por ejemplo: un inculpado le atribuye a otra persona participación, o señala el lugar donde posiblemente se encuentren efectos del delito; son suficientes para que se beneficie con una minorante de responsabilidad, sin necesidad que lo señalado por el beneficiado sea efectivo o comprobable como señala la letra del proyecto de ley (una serie de ejemplos en la jurisprudencia de la actual legislación de drogas, ley N° 19.366); Es por eso que –a lo menos–, sería necesario limitar el beneficio bajo la condición que si de los antecedente probatorios aportados se acredita que son falsos u otorgados con el objeto de obtener artificiosamente los beneficios, por ejemplo, tal conducta sea punible durante la vigencia de los 180 días de vigencia de la ley (hipótesis de ley temporal), o en mejor caso, que signifiquen la imposibilidad de acceder a todos los beneficios que consagra este proyecto de ley.

La vigencia de una ley posterior, trae una serie de consecuencias en relación con el artículo 18 del Código Penal, pues se aplicará la ley posterior más favorable a todo los procesos ya iniciados y futuros, por aplicación del principio de *retroactividad* en favor del reo, lo anterior como consecuencia que el citado artículo (18 Código Penal)

---

<sup>54</sup> Artículo 2°.- Lo dispuesto en los artículos 3°, 4°, 5° y 6° de la presente ley no se aplicará respecto de aquellas personas que hubieren intervenido forzando, induciendo, instigando u ordenando la ejecución de los delitos señalados en el artículo 1°, o que hubieren participado en su organización o planificación.

Asimismo, dichas disposiciones no serán aplicables a quienes hubiesen participado como autores de manera sistemática en la ejecución de los delitos señalados en el artículo 1° de esta ley.

<sup>55</sup> Cfr. por todos NOVOA MONREAL, Eduardo, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, p. 87 y ss. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1966; en el mismo sentido KUNSEMÜLLER, Carlos, “*Texto y Comentario al Código Penal Chileno*”, Tomo I, p. 211, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

<sup>56</sup> RIVACOBIA, Manuel, “*Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*”, p. 75, en obra colectiva “Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Editorial Jurídica Conosur, 2000.

exige que la ley se haya “promulgado” y no que este “vigente”<sup>57</sup>, y además, porque cumple el segundo requisito, es decir, que es más favorable y benigna<sup>58</sup>.

El proyecto en sus artículos<sup>59</sup> 4 y 5 establece rebajas en la penalidad de los partícipes (cómplices y encubridores), en el primer caso, significando la rebaja total de la penalidad pues ya para estos casos la ley general contempla una rebaja de uno o dos grados si se trata de cómplices o partícipes (artículos 51 y 52 del Código Penal). En el caso del artículo 5 del proyecto, la situación empeora, pues se favorece a procesados y condenados, por otros delitos -con las restricciones del artículo 2- que como sabemos, no excluye a un autor material (doloso), con la conmutación de la pena privativa de libertad por una restrictiva de libertad con los efectos bastante diversos pues no implican una privación propiamente tal, a procesados o condenados que otorguen “información”, sin importar -como ya dijimos- su carácter de autor o partícipe.

Desde el punto de vista de los fines de las penas y su necesidad, **es inadecuado la morigeración del tratamiento penal para toda clase de autores y partícipes en tan alevosos crímenes**, pues repugnan la idea común de justicia y la conciencia jurídica de la humanidad. Hace algunos años a propósito de esta misma clase de crímenes, en un escrito homenaje a SCHAFFTEIN, en 1975, el profesor HANS WELZEL, planteaba 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>60</sup>.

Que se trate de legislación especial (Título III, número 3 del mensaje), nada dice al respecto de modificar la legislación general (Código Penal), eso es una tautología, pues, si se trata de normas especiales, el efecto práctico radica en que claramente tienen

---

<sup>57</sup> En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario “*Derecho Penal*”, Parte General, Tomo I, p.111, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

<sup>58</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho Penal*”, p. 144, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

<sup>59</sup> Artículo 4°.- El Tribunal competente sustituirá la pena privativa de libertad que fuere aplicable conforme a las reglas generales por una pena restrictiva de libertad de idéntica duración en la escala general del artículo 21 del Código Penal, o, rebajará en uno o dos grados la pena que fuere aplicable conforme a las reglas generales, a todas aquellas personas que cumplan los siguientes requisitos:

1. Se encuentren procesadas en calidad de cómplices o encubridores en causa criminal seguida por alguno de los delitos señalados en el artículo 1° de la presente ley;
2. Proporcionen antecedentes que cumplan con las exigencias señaladas en el primer párrafo del inciso primero del artículo precedente; y
3. Aporten los antecedentes en los términos establecidos en el número 1. del artículo 3°, antes que se dicte sentencia de término en el proceso respectivo.

Artículo 5°.- Las personas que se encuentren procesadas o hayan sido condenadas en causa criminal seguida por alguno de los delitos señalados en el artículo 1° de la presente ley y que, dentro de los 180 días corridos siguientes a la fecha de publicación de la presente ley en el Diario Oficial, proporcionen voluntariamente a los Tribunales de Justicia antecedentes que cumplan con las exigencias señaladas en el primer párrafo del inciso primero del artículo 3°, respecto de otros delitos donde tuviere o pudiere tener participación y que fueren de aquellos a que se refiere el artículo 1°, tendrán derecho a que se conmute la pena privativa de libertad que les fuere aplicable en virtud de su participación en estos nuevos hechos por una restrictiva de libertad de idéntica duración en la escala general del artículo 21 del Código Penal.

En caso alguno, esta declaración afectará la situación procesal o la pena que corresponda al delito por el cual la persona haya estado procesada o condenada a la fecha de prestar la declaración.

La pena restrictiva de libertad será cumplida con posterioridad a aquella que correspondiere por el delito en virtud del cual el declarante esté siendo procesado o hubiere sido condenado, según sea el caso.

<sup>60</sup> Citado por POLITOFF, en “*La justicia al servicio de la verdad histórica*”, p. 283; WELZEL, Hans, “*Recht und Sittlichkeit*”, en *Festschrift für Friedrich Schafftein*, Gottinga, 1975, p. 45 y ss.

una aplicación preferente respecto de la legislación general, es decir, **a los autores ejecutores y partícipes (cómplices, encubridores) de crímenes contra la humanidad (homicidio, secuestro, tortura etc.) se les aplicara un sistema preferente respecto del común de las personas.** Cabe hacer presente que la exclusión del artículo segundo no se refiere al autor ejecutor o autor material, es de tal ambigüedad, la noción "autor sistemático", que cualquiera que no quede encasillado puede acceder a los beneficios generando un efecto de *impunidad en cascada*.

Las implicancias jurídicas de estos hechos, 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 del profesor NOVOA MONREAL para 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>61</sup>.

### 3.1 Determinación legal de la pena e impunidad.

El sistema chileno, comprende - por una parte- un sistema de determinación legal de la pena, de carácter relativo<sup>62</sup>, entendiéndose por tal, aquel en que las modificaciones que se hacen a la pena señalada por la ley para el delito se practican "subiendo" y "bajando" por las escalas graduales de penalidad que el Código Penal establece, y es la ley que establece las reglas para proceder al aumento o disminución, destacando entre otros los siguientes factores: a) la pena señalada por la ley; b) la etapa de desarrollo del delito; y c) el grado de participación. Sin embargo, disposiciones del mismo código o leyes especiales, como lo sería el proyecto criticado, establecen reglas particulares para aumentar o "disminuir" la cuantía de la pena, modificar el efecto de las etapas de desarrollo del delito y otras alteraciones en la determinación de la pena. Una vez, efectuado el marco penal aplicable, corresponde al juez su **individualización judicial**, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes así como la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, estableciendo en el caso concreto la cuantía precisa de la pena a imponer.

El presente proyecto, asegura que por medio de la rebaja de la cuantía de la determinación legal de la pena, será un incentivo para que los partícipes (no excluidos por el artículo 2) contribuyan a la entrega de información y contribuir a la acción de la justicia. Así quién tenga un ámbito de participación supuestamente secundario, que ya tiene un grado inferior al delito conforme a los artículos 51 a 54, (determinación legal) podrá además tener en cuenta las atenuantes, llegando en su aplicación por parte del juez, a una pena irrisoria, las más de las veces, remitida al ser inferiores a una pena temporal menor que posibilita acceder a los beneficios de la ley N° 18.216.

### 3.2 Aspectos Procesales.

---

<sup>61</sup> NOVOA MONREAL, "El desaparecimiento de personas". *Breve análisis jurídico*, p. 29, en Revista Araucaria de Chile, N° 14, 1981.

<sup>62</sup> POLITOFF, MATUS, en "Texto y comentario...", ob. cit. p. 259 y ss. "Comentario preliminar al sistema de penas chileno"; con detalle en sus aspectos legales, así como un completo estudio poiticocriminal y de derecho comparado.

Los artículos 3, 6, 7 y el transitorio establecen una serie de normas de carácter procesal en el presente proyecto. La primera de estas y la de mayor trascendencia es la que confiere “inmunidad penal” a las declaraciones (y demás medios de prueba) otorgadas con la finalidad de aportar “información” sobre el paradero de las víctimas, que pudiere acreditar participación, siempre y cuando se efectúe en el período de 180 días fijados en el proyecto; y además, que quién los proporciones no tenga el carácter de inculpado, procesado o condenado por los delitos materia del proyecto. De esta manera se asegura la impunidad (falta de castigo<sup>63</sup>), para aquellos autores y partícipes, a cambio de la entrega de información sobre las circunstancias del hecho punible y el paradero de las víctimas. La inmunidad a que se refiere el proyecto, es contraria al sentido que en el derecho comparado se le otorga, pues, al decir del profesor ROXIN, “la inmunidad no se trata de una causa de exclusión de la pena sino de un impedimento procesal –superable llegado el caso–”<sup>64</sup>, en el proyecto el impedimento no es posible superarlo y la inmunidad es una “especie” de exención de responsabilidad penal sin que pueda tampoco circunscribirse a sus fundamentos en la teoría del delito, así como tampoco a lo que la doctrina ha entendido como excepciones de la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas<sup>65</sup>. La referencia a que la declaración sea “voluntaria” es una reiteración absurda, si tenemos presente que por mandato de la Constitución (art. 19 N°7 letra f) “nadie será obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio”.

El artículo 6 establece el “secreto” de las actuaciones judiciales, en beneficio de quienes accedan a las normas de “inmunidad penal, conmutación o rebaja de la penalidad”, estableciendo una serie de normas de protección a su identidad, similares a las utilizadas en las leyes represivas del tráfico de estupefacientes. Cabe señalar que tales actuaciones se mantendrán en tal carácter durante todo el proceso incluso en la fase de publicidad y contradicción del viejo sistema (plenario). El artículo 7 establece un mecanismo de celeridad procesal para la vista de las causas relativas a apelaciones y consultas, aún cuando no exista procesado privado de libertad.

El artículo 8, nuevamente insiste en la “inmunidad penal” (impunidad de acuerdo a su acepción), esta vez, respecto de los antecedentes aportados, los que sabemos, no podrán ser utilizados para acreditar la participación en las violaciones de los derechos humanos, sino que tampoco para acreditar los delitos de falso testimonio, perjurio y obstrucción a la justicia, en virtud de declaraciones anteriores a la vigencia de esta ley.

Finalmente, un artículo transitorio, -lo único rescatable del proyecto-, establece la obligación de los Jueces Militares, Fiscales Militares y las Cortes Marciales de remitir los procesos que se encuentren conociendo, que se hayan instruido para la investigación y juzgamiento de alguno de los hechos a que se refiere el artículo 1 del

---

<sup>63</sup> Conforme a su acepción en el Diccionario de la Lengua Española, p. 1257, 22ª edición, Espasa Calpe, 2001.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus, “*Derecho Procesal Penal*” (*Strafverfahrensrecht*), p. 170, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. Maier, 25ª edición alemana, 1ª reimpresión en castellano, Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 2000; “*Derecho Penal*” Parte General, Tomo I, p. 989-990; traducción de la 2ª edición alemana de Diego Luzón Peña, Editorial Civitas, 1997 ; también en el sentido de una condición de procesabilidad consúltese; BUSTOS, “*Manual de Derecho penal*”, Parte General, p. 115; Ariel, Barcelona, 1984.

<sup>65</sup> Cfr. NOVOA, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, Tomo I, p. 202 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1960, el maestro enseña que las excepciones no se fundan en la persona misma excluida de la ley penal. Sino en la función que generalmente desempeña; en igual sentido ETCHEBERRY, “*Derecho Penal*”, cit. p. 151 y ss; POLITOFF “*Derecho Penal*”, ob. cit., p.200 y ss; cit. p. 155 (2001); también en “*Lecciones de Derecho Penal*” cit., p. 100 y ss.; CURY, “*Derecho Penal*”, T. I., p. 195 y ss, Editorial Jurídica de Chile, 1982; RIVACOBBA, “*Programa Analítico de Derecho Penal*”, p. 22, 4ª edición revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dálbora, Edeval 1997.

proyecto de ley, a la Corte de Apelaciones en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que los origina, dentro del término de treinta días. De esta manera se cumple con una “tarea pendiente”, al menos parcialmente, y que dice relación con la limitación de las competencias de la jurisdicción militar en tiempos de paz, que en el Código de Justicia Militar Chileno es claramente excesiva, en relación al derecho comparado<sup>66</sup>, pues recae sobre delitos comunes y en que aparecen involucrados civiles.

Normas procesales, que impidan la investigación y castigo de los crímenes, no solo significan un incumplimiento de los compromisos internacionales del Estado chileno que comprometen su honor, responsabilidad y honestidad, sino que dejan en evidencia la incoherencia de su política criminal, más aún, si recientemente el artículo 250 del nuevo Código Procesal Penal<sup>67</sup>, en concordancia con aquellos principios, elimina toda posibilidad de obstáculo procesal para la investigación, prohibiendo al juez de garantía, sobreseer definitivamente, causas sobre delitos que de conformidad a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados.

#### IV. Conclusiones.

1. Una supuesta “necesidad política” en obsequio de pretensiones que, *-in limine-*, pueden calificarse de megalómanas<sup>68</sup>, en algunos casos bajo la supuesta aspiración al cierre definitivo de un tema pendiente o *esgrimiendo el espectro de la alteración de la paz social en otros*, nunca pueden justificar la irresponsabilidad política que implica el favorecimiento personal y benignidad hacia los responsables de esta clase de crímenes, **cualquiera sea su grado de participación**. Todo acto legislativo debe, a lo menos, ir acompañado, de racionalidad en sus planteamientos y la orientación en el sentido de sus consecuencias. En el proyecto analizado, la *ratio legis* dice pretender incentivar la entrega de información sobre el paradero de los sujetos pasivos de los alevosos crímenes que señala su artículo primero. Las interrogantes planteadas, *-son legítimas-* si se observan las concesiones que se realizan en esta clase de hechos que no aseguran “un resultado” y sus consecuencias prácticas en la determinación e individualización

---

<sup>66</sup> ORTIZ QUIROGA, Luis, “*Algunas consideraciones sobre la Justicia Militar*”, p. 41 y ss., en “*La Justicia Militar en Chile*”, Colegio de Abogados de Chile, Ediar-Conosur 1990; también ASTROSA, Renato “*Derecho Penal Militar*”, p. 27, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1974, señala que “nuestra jurisdicción penal militar esta determinada en el artículo 5º, y puede considerarse amplísima”; MERA, Jorge, “*Jurisdicción Militar*” en *Informes de Investigación*, Número 1, 1999, Centro de Investigación Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; para quién “su ámbito excesivo permite el juzgamiento de civiles por tribunales militares en múltiples supuestos y el de militares por delitos comunes cometidos en acto o con ocasión del servicio militar o en recintos militares o policiales, como podría ser el caso, por ejemplo, de las violaciones a los derechos humanos realizados por los uniformados”; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Derecho Penal Militar*”, p. 3, Ediciones Jurídicas Ariel, 1980, Buenos Aires, con detalle..

<sup>67</sup> Ley 19.696, Publicada en el Diario Oficial de 12 de octubre de 2000. La misma orientación aparece –enhorabuena– en el anteproyecto de nuevo Código Penal, elaborada por el *Foro Penal* (Decreto N°443 de 12 de junio de 2003 del Ministerio de Justicia), bajo la coordinación de la secretaría técnica del Ministerio de Justicia. El artículo 18 da expresa aplicación al principio de universalidad, para perseguir y castigar los delitos de genocidio, crímenes de guerra, tortura, el terrorismo y el tráfico de personas, y demás comprendidos en tratados celebrados por Chile. En la misma idea, a propósito de la extinción de la responsabilidad penal, previsto en el artículo 69, la amnistía, el indulto, la prescripción de la acción penal y de la pena, operan sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establecen al respecto.

<sup>68</sup> Cfr. SILVA, Hernán, “*Medicina Legal y psiquiatría forense*”, p. 108, T. II, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1995.



de la pena, son inaceptables, pues está no se ajusta a la medida de la culpabilidad y la magnitud de los delitos.

2. Produce estupor, el desprecio y desconocimiento absoluto de la normativa nacional vigente, y las soluciones justas, para quienes tienen un irrelevante ámbito de participación punible o quizás sean merecedores de absoluciones aseguradas (que es tarea de los defensores). Desvalorar conductas de esta índole, con una penalidad rebajada, sólo significa una invitación directa a cometer esta clase de delitos, sin mayores reparos y motivación, que la “banalidad del mal” o “motivos triviales o corrientes”, sobre todo para quienes participaron por motivos oportunistas, arribistas, para hacer carrera, para ganar más o simplemente motivados por su infamia. Tal exención o atenuación, en comparación con otras conductas de mucho menor entidad e importancia (como podrían ser los delitos contra el patrimonio, que provocan la furia irracional y represiva del Estado), y su frecuencia u ocurrencia que nadie puede asegurar no vuelva a suceder, será la secuela criminógena, cada vez que se equiparan y reprueban de manera similar, conductas que requieren un tratamiento diferenciado.

3. Cuestión aparte es la contradicción, con el contenido normativo que emana de los tratados internacionales, así como también las obligaciones y compromisos que el Estado chileno ha asumido desde su ratificación, pues, precisamente se ha obligado a evitar cualquier forma que no posibilite el castigo de los delitos, como también adecuar la legislación interna al contenido de los pactos, que según lo expuesto es una cuestión inconclusa. Su actual incumplimiento, agravado por una ley que contravenga, la Convención Americana de Derechos Humanos expone al Estado Chileno a una sanción por parte de la Corte Interamericana. De acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, los derechos fundamentales contemplados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico chileno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos, debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos<sup>69</sup>.

4. “La situación de la legislación latinoamericana en cuanto a normas específicas de derecho penal internacional está muy lejos de ser deseable. Prácticamente no existen normas sobre la materia más allá de la tipificación aislada de algún crimen internacional o las regulaciones concernientes al principio de jurisdicción universal. Sin embargo, en los tribunales de ciertos países de la región se constata una tendencia a favor de aplicar directamente, para suplir los déficits normativos, normas penales de derecho internacional”<sup>70</sup>. Es por esta misma razón, que los Estados partes deben agotar todos los medios e instancias para consolidar esta tendencia, y no incurrir en contradicciones al legislar normas sobre impunidad o tratamiento benigno para los hechos, sobre la base de “información” (¿o acaso las investigaciones de los jueces no han determinado la verdad, sin moneda de cambio alguna?), “razones de Estado” o “estabilidad y paz social”, cuestión difícil de sostener transcurridos más de diez años desde las instauraciones de las democracias.

---

<sup>69</sup> Sobre el particular en el mismo sentido, CUMPLIDO, p. 94 y ss.; NOGUEIRA, p. 30; ZUÑIGA, p. 206; PFEFFER, p. 587; en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997.

<sup>70</sup> AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (editores), “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”.

5. No deja de sorprender que las posiciones doctrinarias, manifestadas en los escritos de los juristas, en muchos casos, hicieran vista gorda a la criminalidad del Estado, especulando sobre las inconveniencias de un determinado sistema de imputación, fundando las posiciones más en consonancia con un determinada estructura sistemática, o preferencia “arquitectónica” en la teoría del delito. En muchos de estas situaciones la consecuencia es clara: Hitler, Stalin, Pinochet o el que sea, aparecen como meros instigadores, es decir, integrantes de una *decisión remota inmersa en un aparato burocrático*, en el cuál quienes tenían el dominio del hecho, aparecen alejados de los acontecimientos, situados *más allá de las alambradas*.

6. Las soluciones en la doctrina comparada, como enseña un profesor chileno, *se orientaran más hacia al Estado que hacia el derecho*, resultando la fórmula con que, por ejemplo, los Tribunales alemanes, favorecieron a los criminales de guerra. Casos similares se observan Latinoamérica, más cuando se ha demostrado la falta de coherencia de los fallos del máximo tribunal de nuestro país, que pese a una nueva tendencia, aún no se consolida en la jurisprudencia de sentencias definitivas, pues los pronunciamientos se han referido -provisionalmente- a los autos de procesamiento, sin que aún exista claridad respecto a la procedencia de las limitaciones de los tratados, sólo para investigar o también para condenar y no hacer efectiva la amnistía u otra causal de extinción de la responsabilidad penal, sobre todo en materias como el secuestro de detenidos desaparecidos, así como su natural y obvio carácter de delito permanente. 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 de los crímenes abominables.

7. La reflexión política después de Auschwitz, de Gulag y de la “Operación Cóndor” (el agregado es mío), 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<sup>71</sup>. Los derechos humanos proclamados y consagrados en la carta de 1948, como primera prioridad, son la respuesta a la realidad de los campos de exterminio y a la desaparición forzada de personas en nuestra realidad genocida.

8. Por todo lo anterior, toda tentativa que pretenda establecer un tratamiento benigno para crímenes contra la humanidad es *sospechoso*, el rostro de la impunidad es un rostro oculto, modelado por el temor y la desconfianza de los ciudadanos, y que amenaza las bases mismas de la democracia y lo que debe ser un mínimo orden de convivencia.

#### **Post Scriptum.**

Dedicado a mi profesor del curso de *Principios Cardinales del Derecho Penal*, Dr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. *In memoriam*.

**Bibliografía.** AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (editores), “*Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*”, varios autores, Instituto Max Planck, de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Uruguay, 2003; ASTROSA, Renato “*Derecho Penal Militar*”, 2ª edición, Editorial Jurídica de

---

<sup>71</sup> POLITOFF, “*Sistema jurídico penal y legitimación política en el estado democrático de derecho*”, cit. p. 17 y ss.

Chile, 1974; BACIGALUPO, Enrique, *“Manual de Derecho Penal”*, Editorial Temis, 1996; BUSTOS, Juan *“Manual de Derecho penal”*, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984; Parte especial, Ariel, 1986; BRUNS, Hermann, *“Kritik der Lehre vom Tatbestand”*; CAVALLLO, Ascanio, *“La Historia Oculata de la transición”*, memoria de una época, 1990-1998, Editorial Grijalbo, 1998; CUMPLIDO, Francisco, *“Los Tratados Internacionales y el artículo 5 de la Constitución”* en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; CURY, Enrique, *“Derecho Penal”*, Editorial Jurídica de Chile, 1982; *“Texto y Comentario al Código Penal Chileno”*, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; *“Orientación para el estudio de la Teoría del Delito”*, Edeval, Valparaíso, 1969; ETCHEBERRY, Alfredo, *“Derecho Penal”*, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998; *“El Derecho Penal en la Jurisprudencia”*, Editorial Jurídica, 1987; GARRIDO MONTT, Mario *“Derecho Penal”*, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1997; *“Constitución y Tratados Internacionales en la jurisprudencia”* en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *“Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”*, coordinadores Kai Ambos; Ezequiel Malarino; varios autores, Instituto Max Planck, de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Uruguay, 2003; *“De la extinción de la responsabilidad penal”*, en *“Texto y Comentario al Código Penal Chileno”*, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; HOBBSAWM, Eric, *“Historia del siglo XX”*, Crítica, 4ª edición, Buenos Aires, 2003; JAKOBS, Günther, *“La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva”*, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996; KUNSEMÜLLER, Carlos, *“Texto y Comentario al Código Penal Chileno”*, Tomo I, varios autores, obra dirigida por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Quiroga; coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, 2002; MATUS, Jean Pierre, *“Crisis del Derecho e impunidad”* en Revista *Ius et Praxis*, año 4 N°2, Universidad de Talca, 1998; MENDEZ, Juan, *“Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de Derechos Humanos”*, en obra colectiva *“Verdad y Justicia”*, Homenaje a Emilio F. Mignone, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Estudios Legales y Sociales; MERA, Jorge, MEDINA, Cecilia (editores) *“Sistema Jurídico y Derechos”* autores, Cuaderno de análisis jurídico N°6, serie publicaciones especiales, UDP, 1996; *“Jurisdicción Militar”* en *Informes de Investigación*, Número 1, 1999, Centro de Investigación Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; NOGUEIRA, Humberto, *“Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”* en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; *“Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”*, en Revista *Ius et Praxis*, año 8 N°1, Universidad de Talca, 2002; NOVOA MONREAL, Eduardo, *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, 1960-1966; *“El desaparecimiento de personas”*. Breve análisis jurídico, en Revista Araucaria de Chile, N°14, 1981; *“El caso de Walter Rauff. La impunidad de un nazi”*, en *“Grandes Procesos. Mis alegatos”*, Editorial Bat, Santiago, 1988; *“El derecho como obstáculo al cambio social”*, 10ª edición, siglo veintiuno editores, 1991; ORTIZ QUIROGA, Luis, *“Algunas consideraciones sobre la Justicia Militar”*, en *“La Justicia Militar en Chile”*, Colegio de Abogados de Chile, Ediar Conosur 1990; PFEFFER, Emilio *“Constitución política de la república y tratados Internacionales”*, en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; PRECHT, Jorge, *“Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho interno chileno”*, en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; POLITOFF, Sergio, *“La justicia al servicio de la verdad histórica”*. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the people. Perpetrators of Genocide in the reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” Trial Cases”, La Haya, 1996; en Revista *Ius et Praxis*, año 3 N° 2, 1997; *“Sistema jurídico penal y legitimación política en el estado democrático de derecho”*, en Gaceta Jurídica, 1994, N°172; *“Derecho Penal”*, Tomo I, Editorial Conosur, 1997; *“El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, en obra colectiva *“Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”*, Editorial Jurídica Conosur, 2000; *“Lecciones de Derecho Penal Chileno”*, Parte General, en coautoría con MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, enero 2004; *“Cometer y “hacer cometer”*: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam (2 vols.), Cuenca, 2001; *“El caso Schneider”*, Minuta de alegato, serie Documentos Especiales, Editora Nacional Quimantú, 1972; RIVACOBBA, Manuel, *“Violencia y Justicia”*, Universidad de Valparaíso-Editorial, 2002; *“Programa Analítico de Derecho Penal”*, 4ª edición revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dálbora, Edeval 1997; *“La obediencia jerárquica en el derecho penal”*, Edeval, 1969; *“Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo”*, en obra colectiva *“Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”*, Editorial Jurídica Conosur, 2000; *“Orden Político y orden penal”*, en Revista Chilena de Derecho, volumen 22, N°2, mayo-agosto de 1995; ROXIN, Claus, *“Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”*, traducción de la 6ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1998; *“Derecho Penal”* Parte General, Tomo I, Traducción de la 2ª edición alemana de Diego Luzón Peña, Editorial Civitas, 1997; *“Derecho Procesal Penal”* (*Strafverfahrensrecht*), traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. Maier, 25ª edición alemana, 1ª reimpresión en castellano, Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 2000 ; SOTO, Miguel *“La noción de autor en el Código Penal Chileno”*, en Revista Gaceta Jurídica N°68, 1986; SILVA, Hernán, *“Medicina Legal y psiquiatría forense”*, Tomo II, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1995; TAVOLARI, Raúl, *“Habeas Corpus. Recurso de amparo”*, Editorial Jurídica de Chile, 1995; WELZEL, Hans *“Das Deutsche Strafrecht”*, 1932; *“Recht und Sittlichkeit”*, en Festschrift für Friedrich Schaffstein, Gottinga, 1975; ZAFFARONI, Raúl, *“Derecho Penal”*, Parte General, en colaboración con SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, 2ª edición, Ediar, 2002; *“Manual de Derecho Penal”*, 9ª reimpresión, Ediar, 1999; *“Derecho Penal Militar”*, Ediciones Jurídicas Ariel, 1980, Buenos Aires; ZUÑIGA, Francisco, *“Amnistia ante la jurisprudencia (Derechos Humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”*, en Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, edición especial: Constitución y Tratados Internacionales, Universidad de Talca, 1997; Revistas especializadas y sentencias: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), 1963, Tomo XCVI, sección cuarta, 1999; Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca; Sentencia que declara la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida (fuente: www.derechopenal.com.ar.); Diccionario de la Lengua Española, p. 1257, 22ª edición, Espasa Calpe, 2001.

