

ARTÍCULOS

¿Qué le ocurrió al paladín enmascarado? Sobre los fines de la pena en relación con las obligaciones de evitar y combatir la impunidad en crímenes de lesa humanidad

*Whatever happened to the caped crusader? On the purposes of punishment
in relation to obligations to end impunity for crimes against humanity*

Francisco Félix Bustos Bustos 

Universidad de Munster, Alemania

RESUMEN Con la intención de homenajear al profesor Miguel Soto Piñeiro, el siguiente artículo presenta una opinión sobre la pena y sus fines en relación con los crímenes de carácter internacional, a través de analogías con la historia narrada en el cómic *¿Qué le ocurrió al paladín enmascarado?* que representan al retribucionismo como explicación a la idea de castigo o sanción. A continuación, el autor realiza una revisión sobre la concepción que entrega el derecho internacional a la obligación de proscripción de la impunidad que tienen los estados ante crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidios, la que incluye, además de la persecución penal, la proporcionalidad en la sanción impuesta y la ejecución y cumplimiento efectivos de la sentencia, para evitar nuevas formas de impunidad. Finalmente, el autor realiza un análisis del sistema penal chileno y su respuesta a los crímenes y violaciones a derechos humanos perpetrados durante la dictadura militar, exponiendo cómo fueron abordados y las fallas que este presentó en cuanto al deber de proscripción de la impunidad, tales como la prescripción gradual o media prescripción, la falta de aplicación de agravantes y la concesión de atenuantes injustificada por la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE Fines de la pena, impunidad, crímenes de lesa humanidad, proporcionalidad de la pena, retribucionismo.

ABSTRACT With the intention of paying tribute to professor Miguel Soto Piñeiro, the following article presents an opinion on punishment and its purposes in relation to international law, using analogies with the story narrated in the comic *What happened to the Caped Crusader?*, in terms of retributionism as an explanation to the idea of punishment or sanction. Next, the author reviews the conception given by international law to

the obligation of states to proscribe impunity for crimes against humanity, war crimes and genocide, which includes, in addition to criminal prosecution, proportionality in the sanction imposed and the effective execution and enforcement of the sentence, to prevent new forms of impunity. Finally, the author analyzes the Chilean criminal justice system and its response to the crimes and human rights violations perpetrated during the military dictatorship, explaining how they were addressed and the failures it presented at the time in terms of the duty to proscribe impunity, as the so called half criminal statute of limitations, the lack of application of aggravating circumstances and the granting of unjustified mitigating circumstances by the jurisprudence.

KEYWORDS Purpose of criminal punishment, impunity, crimes against humanity, proportionality of punishment, retributionism.

«I'm the Batman.

I protect the city.

I rescue people.

I investigate crimes.

I guard the innocent.

I correct the guilty».

Batman. «Whatever Happened to the Caped Crusader?»

Introducción

He elegido este epígrafe de la obra escrita por Neil Gaiman y dibujada por Andy Kubert, entre otras razones, porque mi principal recuerdo del profesor don Miguel Soto Piñeiro tiene lugar al final del Primer Encuentro Estudiantil de Derecho Penal y Política Criminal en 2011. Como integrante de la comisión organizadora asistí a la cena final donde participamos estudiantes y profesores. Recuerdo que compartimos mesa con los profesores Dr. José Luis Diez Ripollés, Dr. Héctor Hernández Basualto, y estudiantes de entonces como don Claudio Tapia Alvial. Y para mi fortuna —no puedo calificarlo de otro modo— en la misma mesa estaba don Miguel. Confieso que la primera vez que lo vi en la Facultad no sabía de quién se trataba, pero para esa época, ya lo conocía. En realidad, ¿quién no conocía o había oído hablar de alguien tan legendario?

En algún momento durante la cena yo hice alguna referencia a los cómics. A partir de entonces los demás comensales prácticamente no hablaron, no pudieron seguir nuestra conversación. Estuvimos intercambiando opiniones el resto de la velada sobre distintos títulos, personajes icónicos y poco conocidos, historias, tramas, *What if?*, *Elseworlds* (*Otros mundos*), continuidades, *retcons* (retrocontinuidades), entre otros. Batman fue un tema natural de conversación, en las distintas historias del *Caballero de la Noche*, de las que destaca una en especial: «Whatever Happened to

the Caped Crusader?»¹ fue pensada como una última historia del *mejor detective del mundo*, donde diversos personajes acuden a un velorio. El narrador reconoce al que está en el ataúd, que en realidad es *él* mismo: se trata nada menos que del funeral del propio Batman en *Crime Alley*. Durante las páginas siguientes, podemos ver los testimonios, historias, recuerdos y homenajes que rinden diversos personajes, los cuales el héroe de Gotham puede presenciar en modo espectral, mientras dialoga con una misteriosa voz. Algunas de estas historias se contradicen directamente entre sí, y no pudieron haber sucedido (¿o sí?).

Al día siguiente le comenté a mis amigos que no había nada más épico que conversar de cómics con el profesor Miguel Soto. Mantengo totalmente esa impresión, y vaya mi reconocimiento a don Miguel como inigualable conocedor de la novela gráfica. Por esto, me gustaría, a modo de homenaje, poder abordar algunas reflexiones sobre los fines de la pena, en relación con la obligación (o a lo menos la idea) de poner fin a la impunidad por graves crímenes de derecho internacional. La estructura del artículo es la siguiente. En un primer apartado se revisará la toma de posición del profesor Soto Piñeiro sobre los fines de la pena y su consideración del retribucionismo como la mejor explicación del fenómeno punitivo, para luego revisar una reflexión similar del fiscal Julio Strassera en relación con la persecución de crímenes de lesa humanidad. Estas ideas pueden contrastarse con las actuales sobre un deber de lucha contra la impunidad. En un segundo apartado se reflexionará sobre la obligación de proscripción de la impunidad en materia de graves crímenes contra el derecho internacional. Finalmente, en un tercer apartado se revisará el juzgamiento de los crímenes contra la humanidad perpetrados en Chile y algunos aspectos problemáticos del proceso de justicia transicional en nuestro país relativos a la imposición de sentencias. Durante estas páginas se darán algunas referencias a la historia citada, y se compartirán otras anécdotas.

1. Neil Gaiman y Andy Kubert (2009), «Whatever Happened to the Caped Crusader?». El título «Whatever Happened to the Caped Crusader?» volumen 1, *Batman* 686; y volumen 2, *Detective Comics* 853, es un guiño a la obra de Alan Moore y Curt Swan, «Whatever Happened to the Man of Tomorrow?» volumen 1, *Superman* 423, y volumen 2, *Action Comics* 583 (publicado en 1986), que buscó ser la historia final sobre el Superman de la edad de plata del cómic. Aunque en español lo he visto traducido como «¿Qué le sucedió al cruzado enmascarado?», prefiero traducirlo como *paladín* enmascarado, para evitar alusiones futbolísticas equivocadas. Pienso también que la expresión «paladín» es funcionalmente equivalente, especialmente en las clases jugables de *Calabozos y Dragones*, pues corresponde a un gran y distinguido guerrero, que domina las habilidades marciales propias del caballero, y especialmente el poder mágico para la defensa.

La pregunta por el fin de las penas ante crímenes internacionales

La historia de Batman en todas sus encarnaciones es la de un vigilante que imparte justicia por mano propia, lo que cobra sentido si se piensa que Gotham City es unantro de delincuentes, donde las instituciones no funcionan o se encuentran capturadas por distintas mafias. Esto permite afirmar que su criminalidad no solo es endémica, sino cuasi-ontológica: además de ciertas causas estructurales, como la corrupción generalizada, la desigualdad y el crimen organizado, en más de una ocasión han surgido explicaciones *sobrenaturales* para justificar cómo, pese a la acción de Batman y sus aliados, se trata de una ciudad asolada por el crimen y la tragedia. Por ejemplo, en la historia *Batman: No Man's Land*, luego de un gran sismo, el gobierno de los Estados Unidos opta por evacuar a parte a sus habitantes, procediendo a aislar del país a Gotham y a quienes quieran permanecer en ella. Incluso si es posible reconocer como avance en la carrera del Caballero de la Noche el debilitamiento de las distintas mafias y familias criminales, su lugar sería rápidamente tomado por una serie de impredecibles supervillanos que se encuentran entre los más reconocibles de la cultura pop, tales como el Joker, Dos Caras, el Pingüino, Bane, Harley Quinn y el Señor Frío.

Todos los asistentes a la ceremonia fúnebre, Alfred, Harvey Bullock, Clayface, Batgirl, el Joker, Superman, aunque proceden de universos distintos, coinciden en algo: hablan sobre Batman, un héroe que no se rinde en su misión de mantener a salvo a Gotham, incluso si es por salvar a *una* persona. Incluso a supervillanos como Clayface, quien cuenta: «Dicen que murió salvando la ciudad... no, eso no es cierto... él salvó la ciudad, sí... pero murió salvándome a mí. Le dije “no valgo la pena”. Y me dijo: “Todos valen la pena”». ² Más allá de lo difícil que resulta justificar el castigo de un vigilante extremadamente violento, los relatos de esta historia permiten entender que, en su particular forma de ser, el Caballero de la Noche es una figura que cree en alguna forma de responsabilidad o dignidad personal que justifica tanto su dureza para reprimir el crimen, como su respeto por la vida, incluso la de la mayoría de sus enemigos. Y, en cierta medida, debido a que se trata de un particular que busca hacer justicia por mano propia, características como el reconocimiento de la dignidad, incluso la de sus enemigos, la conciencia sobre aquellos villanos que no son responsables de sus actos y la búsqueda por evitar ciertos niveles de crueldad sin recurrir a la muerte, me parece que identifican al *mejor detective del mundo* con las ideas retribucionistas, ³ antes que con otras ideas sobre el castigo.

2. En Gaiman y Kubert (2009), la traducción es nuestra. Para facilitar la lectura eliminé un defecto de habla en el personaje que implicaría repetir consonantes en las palabras, lo que probablemente se debe a la composición de Clayface, como un humanoide de arcilla, y lo inestable de su composición física.

3. Sigo las reflexiones sobre la pena de muerte de Juan Pablo Mañalich (2007: 174 y 175).

En lo relativo a la función del derecho penal, entendemos por tal la pregunta por «qué misión o contenido se le atribuye» (Mir Puig, 2016: 84), y que busca dar respuesta a cómo justificamos la operación del derecho penal. Respecto de esta pregunta como punto de partida, recordamos al homenajeadado, quien expresó sobre los fines de la pena: «Si alguien me pone entre la espada y la pared me tendría que definir con una contradicción: me inclino a considerarme un retribucionista escéptico, si es que alguna cosa por el estilo puede existir. En otros términos, entiendo que la mejor explicación posible al fenómeno punitivo es el retribucionismo, si es que alguna explicación puede darse al fenómeno punitivo» (Soto, 2011: 129).

Si bien don Miguel —hasta donde sabemos— no se ha referido por escrito a los crímenes de la dictadura militar chilena, sí es posible encontrar algunas opiniones previas con ocasión del proyecto presentado por el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez en materia de protección de los derechos humanos (Bascuñán Rodríguez, 1994) y una profundización de un proyecto presentado previamente ante la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.⁴

En dicho contexto, podemos encontrar dos afirmaciones, «tampoco creo que el ideal descriminalizador sea incompatible con la criminalización razonable de aquello que haya [que] criminalizar. [...] Me parece que claramente podemos criminalizar en el ámbito de la tortura sin incurrir en contradicción alguna con el ideal descriminalizador»,⁵ y por otro lado elogia la interpretación «de las actuales y caóticas normas del Código Penal chileno en ese ámbito», que incluyen la relación entre las figuras del secuestro y la detención ilegal, ubicadas respectivamente en los artículos 141 y 148 del Código Penal (CP).⁶

4. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocida como Comisión Rettig por su presidente, fue establecida como una comisión de verdad por el Decreto Supremo 355 de 1990, con el deber de investigar la situación de los detenidos desaparecidos, los ejecutados políticos y las víctimas de tortura con resultado de muerte. La Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación fue creada por la Ley 19.123 como sucesora legal de la Comisión Rettig.

5. Extracto de la intervención del profesor Miguel Soto Piñero en la mesa redonda en que se discutieron el proyecto del profesor Bascuñán, y los informes de los profesores Juan Bustos y Claudio Feller, realizada en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 23 de junio de 1994. En ella participaron los profesores Pablo Ruiz-Tagle Vial, Gastón Gómez Bernales (por la CNRR), Rodrigo Correa González, Juan Bustos Ramírez, Claudio Feller Schleyer, Miguel Soto Piñero, Mario Garrido Montt, Sergio Yáñez Pérez, Carlos Künsemüller Loebenfelder, y la profesora Clara Szczeranski Cerda.

6. Encontramos aquí la tesis de que el privilegio de la detención ilegal se debe a su conexión con «el sistema institucional de privación de libertad», en palabras de Mañalich (2004). Esta tesis sería fundamental para la persecución de las desapariciones forzadas desde el caso *Sandoval Rodríguez* (Corte Suprema, rol 517-2004, sentencia del 17 de noviembre de 2004, considerandos décimo noveno y vigésimo), y tiene por referencia el trabajo de Bascuñán (1998).

Es una toma de posición crítica sobre el punto, y que, sin embargo, podemos conectar con la pregunta por los fines de la pena en el ámbito del derecho penal internacional recordando el célebre alegato de cierre del fiscal Julio César Strassera, en una sección que fue —a nuestro parecer— inexplicablemente omitida de la gran película *Argentina, 1985*, dirigida por Santiago Mitre (2022). En esta película se reproduce en buena parte la alocución final del fiscal Strassera, pero se omiten algunos pasajes que aquí rescatamos, los cuales se pronuncian después de la cita a Dante Alighieri: «Estos son los tiranos que vivieron de sangre y de rapiña. Aquí se lloran sus despiadadas faltas». En esta parte final del alegato, el fiscal dice:

El castigo —que según ciertas interpretaciones no es más que venganza institucionalizada— se opone, de esta manera, a la venganza incontrolada. Si esta posición nos vale [para] ser tenidos como pertinaces retribucionistas, asumiremos el riesgo de la seguridad de que no estamos solos en la búsqueda de la deseada ecuanimidad. Aun los juristas que más escépticos se muestran respecto de la justificación de la pena, pese a relativizar la finalidad retributiva, terminan por rendirse ante la realidad. Podemos afirmar entonces con Günter Stratenwerth que aun cuando la función retributiva de la pena resulte dudosa, fácticamente no es sino una realidad: «La necesidad de retribución, en el caso de delitos conmovedores de la opinión pública, no podrá eliminarse sin más. Si estas necesidades no son satisfechas, es decir, si fracasa, aunque solo sea supuestamente, la administración de la justicia penal, estaremos siempre ante la amenaza de la recaída en el derecho de propia mano o en la justicia de Lynch». Por todo ello, señor presidente, este juicio y esta condena son importantes y necesarios para la nación argentina, que ha sido ofendida por crímenes atroces. Su propia atrocidad torna monstruosa la mera hipótesis de la impunidad.⁷

Esta intervención muestra también una coincidencia en cuanto a que la fundamentación del castigo tendría un componente de retribución ineludible, especialmente ante los delitos más graves. Sin embargo, opiniones como las citadas manifiestan dudas sobre la retribución, aunque parecen rendirse ante la realidad. En este sentido, es interesante realizar al menos un contraste con los desarrollos que han surgido a nivel internacional en respuesta a graves violaciones de derechos humanos. En la escena global se puede observar que cada vez está más difundida la idea de que es un verdadero deber jurídico castigar este tipo de delitos de modo apropiado, con miras a evitar toda forma de impunidad. La fuente de este deber jurídico se encontraría en el derecho internacional.⁸ Podemos afirmar que esto es asumido *prima facie*, incluso si el deber no es cumplido cabalmente por los estados.

7. Julio César Strassera (1985). «La Argentina ha sido ofendida por los crímenes más atroces». *El Diario del Juicio*, 18: 2 y 3. 24 de septiembre de 1985. Disponible en <https://tipg.link/MkFH>.

8. Para más información véanse los trabajos de Naomi Roht-Arriaza (1995: 24 y ss.); Ellen Lutz y Kathryn Sikkink (2001: 2 y 3), Rodrigo Uprimny y otros (2014: 21 y ss.) y Ezequiel González-Ocantos (2020).

En apoyo de esta caracterización del estado de la cuestión, podemos citar la constatación de la destacada profesora Ruti G. Teitel, quien afirma que el castigo domina nuestro entendimiento de la justicia transicional (Teitel, 2002). Por otro lado, en las palabras de una fuerte crítica del movimiento contra la impunidad (*anti-impunity movement*), la profesora Karen Engle, podemos decir que la lucha por los derechos humanos ha significado cada vez más favorecer la responsabilidad penal de las personas que han violado los derechos humanos internacionalmente reconocidos o el derecho internacional humanitario (Engle, 2015).

Al menos es posible decir que este deber tan estricto puede predicarse respecto de los crímenes más graves, como, por ejemplo, los crímenes principales (*core crimes*) del derecho penal internacional: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio (Werle y Jessberger, 2020: 29).⁹

Sobre la obligación de proscripción de la impunidad y algunos problemas en la justicia transicional chilena

«Todo cambia. Nada permanece igual [...] pero hay una cosa que no cambia. Nunca me rindo. No puedo rendirme. Soy Batman. Protejo la ciudad. Rescato a las personas. Investigo los crímenes. Custodio a los inocentes. Corrijo a los culpables» (Gaiman y Kubert, 2009). El resumen de Batman sobre sí mismo le hace justicia. Está dispuesto a seguir hasta las últimas consecuencias, y nunca se rinde. En ese sentido, podríamos señalar que su cruzada sería consistente con aquellas concepciones de no impunidad antes reseñadas, que buscan el cumplimiento de toda la justicia. Pero no nos adelantemos. Conviene revisar brevemente algunos fundamentos de estas ideas, para luego analizar algunos problemas del caso chileno.

Comencemos por decir que, según la Real Academia Española,¹⁰ la palabra impunidad etimológicamente significa «sin pena» (del latín *poena*, pena o castigo), o también, cualidad de impune, que significa «que queda sin castigo o pena». Pero esta definición tan solo puede considerarse como un punto de partida, y por sí sola no nos dice mucho para poder evaluar un proceso de juzgamiento. Pese a lo trivial que pueda parecer aclarar esto, todavía es posible escuchar en el foro a quienes afirman que cualquier tipo de sanción excluye la impunidad.

La propuesta cabal de estándares para entender la impunidad (y específicamente la proscripción de la impunidad) en sentido judicial será objeto de un trabajo de al-

9. Debe agregarse también el crimen de agresión o crimen contra la paz, aunque existe falta de acuerdo sobre su configuración y requisitos (por lo que no se menciona).

10. Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española. 23ª ed. [en línea]. Disponible en <https://tipg.link/MkE8>.

cance mayor en desarrollo,¹¹ sin embargo, por ahora podemos señalar que es posible pensar en casos de impunidad *absolutos*, de una falta de castigo total o prácticamente indiscutible, donde ninguna persecución penal ha tenido lugar, como el ejemplo de España y los crímenes del régimen franquista,¹² al menos desde 1945 y 1946 hasta su término. Todo esto, dejando de lado por un momento la cuestión sobre la legitimidad de ciertos tipos de amnistía a la luz del derecho internacional;¹³ Indonesia, por el exterminio perpetrado sobre el Partido Comunista de Indonesia;¹⁴ o en menor medida, Brasil, por los crímenes de su última dictadura.¹⁵ También es posible predicar la impunidad cuando en un caso concreto no hubo ninguna justicia, como ocurrió respecto del criminal Walther Rauff (Novoa Monreal, 2011). Este extremo, es decir, la falta de persecución penal, configura el punto de partida para pensar en el rango amplio de otros escenarios que nos permiten pensar en formas de mayor o menor impunidad. En ese sentido, el principio *tertium non datur* (principio del tercero excluido) no resulta aplicable, pues además de la opción opuesta de evitar y combatir la impunidad, parece posible identificar zonas grises entre dichos escenarios.

Es importante distinguir si la idea de obligación de proscripción de la impunidad es más amplia que el deber de investigar y juzgar, o que el deber de juzgar (*duty to prosecute*), término formulado por Diane Orentlicher (1990: 2359 y ss.). Para llevar

11. Francisco Bustos (2024), «Anti-impunity: is it working? How do we know?». Inédito, presentado en el seminario doctoral del profesor Dr. Moritz Vormbaum de la Universidad de Münster, el 12 de enero de 2024.

12. Sobre la justicia transicional en España, el análisis de sus mecanismos y la falta de persecución penal, véase el trabajo de la profesora Alicia Gil (2009).

13. Para una comparación véase Louise Mallinder (2008). Podríamos pensar también en los crímenes de guerra del bando nacional durante la Guerra Civil Española (1936-1939). Decimos desde 1946 por el desarrollo del derecho penal internacional que siguió al término de la Segunda Guerra Mundial, y específicamente por los Principios de Nuremberg (1946). Para una opinión contraria, véase Gil, quien sostiene que «la visión más optimista situaría la codificación de los delitos contra la humanidad como delitos independientes en 1954», aunque reconoce que hay autores «que se remontan a 1945, fecha del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg» (2009, 124 y 125). Sobre los Principios de Nuremberg, según Bassiouni, citado en Liñán, se trata de «un documento de siete principios deudores del Estatuto de Londres con comentarios acerca de su interpretación jurisprudencial en Nuremberg» (Liñán, 2015: 101). Hoy se reconoce que estos forman parte del derecho internacional consuetudinario (Werle y Jessberger, 2020: 13).

14. Esto implicó el asesinato de más de un millón de civiles, y la eliminación del tercer partido comunista más grande del mundo, solo detrás de la República Popular China y la Unión Soviética. Para más información consúltese Bevins (2020).

15. Para más información sobre la situación de los tribunales hasta 2010 véase el trabajo de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (2017: 75 y ss.). Sobre el análisis posterior a la jurisprudencia 2010, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la comisión de verdad de Brasil, véase desde la página 81 del mismo texto.

a cabo esta distinción, recurriremos a una definición tradicional de este último, siguiendo a Kenneth Rodman (la traducción es nuestra):

El «deber de juzgar» [*duty to prosecute*] se refiere a la afirmación de los defensores de la justicia penal internacional acerca de la existencia de una obligación legal y moral para la comunidad internacional, de investigar y castigar los abusos más graves contra los derechos humanos después de un conflicto armado o de un régimen autoritario. Contrariamente, cuestiona la legitimidad de las amnistías y otras formas no retributivas de justicia transicional para los perpetradores de tales crímenes. Este deber tiene su origen en: a) los tratados internacionales que han codificado un reconocimiento universal de los crímenes fundamentales [*core crimes*] cuyo enjuiciamiento es obligatorio, y b) en el derecho internacional de los derechos humanos, que establece para las víctimas un derecho incuestionable a la reparación [*a nonnegotiable right of redress*] por los daños que han sufrido.

Frente a esta definición, es útil recordar la definición de impunidad que ha empleado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La corte regional ha entendido por impunidad:

La falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.¹⁶

En su definición de los deberes relativos a los crímenes de lesa humanidad, la Corte se refiere a la obligación de investigar, procesar y —en su caso— castigar, como manifestación de este deber contra la impunidad basado en la obligación de garantía, así como en normas de derecho internacional:

Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como «la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana». Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los

16. Sentencia del caso «Panel Blanca» (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de marzo de 1998, serie C, rol 37, párrafo 173.

responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.¹⁷

Muchas de estas sentencias se dirigen a los obstáculos más evidentes como la prescripción y la amnistía, pero incluso en aquellos casos en los que existen investigaciones y posteriores condenas surge una nueva preocupación, relacionada a la entidad de las sanciones y específicamente a la proporcionalidad de estas. En este sentido, como correlato a las obligaciones estatales de investigar, juzgar y —en su caso— sancionar los crímenes de lesa humanidad, existe, de acuerdo con Cárdenas y Fernández «la exigencia de una proporcionalidad entre la pena a cumplir y la especial gravedad del delito» (2018: 194).

Entre las diversas fuentes citadas por las autoras que respaldan este deber, encontramos el artículo 7 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,¹⁸ el artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura¹⁹ o el principio 1 de los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias,²⁰ todos los que coinciden en el deber de considerar penas apropiadas a la gravedad de los crímenes.

Sobre el deber de proporcionalidad, la jurisprudencia interamericana contiene varios desarrollos a considerar. Estos reconocen que, aun cuando no son un tribunal de instancia, pueden en algunas ocasiones pronunciarse sobre la proporcionalidad de las penas. Así, en el caso de la *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, la Corte sostuvo:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se deben fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente.²¹

17. Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 2006, serie C, rol 154, párrafo 111.

18. Artículo 7.1 Los Estados parte considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad.

19. Artículo 4.2. Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

20. Principio 1. Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos.

21. Sentencia del caso de la *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11 de mayo de 2007, serie C, rol 163, párrafo 196. Disponible en <https://tipg.link/MrFs>.

Por su parte, en el caso *Eliodoro Portugal vs. Panamá* sostuvo:

En otras oportunidades este Tribunal ha considerado que no puede sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno; sin embargo, también ha señalado que la respuesta de un Estado a la conducta ilícita de un agente debe guardar proporcionalidad con los bienes jurídicos afectados. En esta ocasión el Tribunal considera pertinente reiterar esta posición y recordar que los estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad requiere que los estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado.²²

Este deber de garantía se considera también en el momento del cumplimiento de la sanción penal, lo cual ha sido abordado en la sede de supervisión de sentencias:

Existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos. La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto.²³

Si bien aun en casos de graves violaciones a los derechos humanos el derecho internacional admite que ciertas circunstancias o situaciones puedan generar una atenuación de la potestad punitiva o la reducción de la pena, como por ejemplo la colaboración efectiva con la justicia mediante información que permita el esclarecimiento del crimen, el tribunal considera que el Estado deberá ponderar la aplicación de tales medidas en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad.²⁴

Por consiguiente, la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con penas apropiadas a la gravedad de

22. Sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, serie C, rol 186, párrafo 196.

23. Supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2021, párrafo 54.

24. Supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2021, párrafo 57.

la conducta delictiva, no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción en apego al principio de proporcionalidad. Como fue indicado [...], la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares.²⁵

Estos desarrollos muestran que el deber de investigación, juzgamiento y castigo, en forma proporcional y efectiva, guiados por la noción de terminar con la impunidad, engloban un concepto mucho más amplio que la sola persecución como deber jurídico. En efecto, el deber de proscripción de la impunidad debe incluir también la forma en que se produce la persecución penal, los factores ligados a la imposición de una sentencia, así como formas posteriores de liberación anticipada, que pueden incluir el otorgamiento de libertad condicional,²⁶ beneficios penitenciarios, o indultos particulares (Collins y otros, 2021: 55 y 56).

La búsqueda de justicia en Chile: Nudos críticos en materia de proporcionalidad de las penas

En cuanto al proceso de enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad perpetrados en Chile durante la dictadura militar (1973-1990), la pregunta por la imposición de sanciones y específicamente los factores que inciden en la aplicación de las penas ya ha sido previamente objeto de nuestra atención (Bustos, 2022: 189-194; Bustos, 2023: 239-246). A instancias de los esfuerzos de los familiares de las víctimas, la jurisdicción doméstica ha perseguido penalmente estos crímenes, pudiendo señalar diversos desarrollos jurisprudenciales interesantes (Delgado y otros, 2023), de los cuales destaca especialmente la línea jurisprudencial, que en armonía con los desarrollos de la Corte IDH,²⁷ considera que se trata de crímenes de lesa humanidad.²⁸ Se trata de un proceso que ha sido calificado por la profesora Dra. Claudia Cárdenas como de «doble subsunción», pues se considera, por una parte, que los hechos son crímenes del derecho doméstico para la determinación de los tipos penales aplicables a la fecha de su comisión, y por la otra, que estos ilícitos son delitos de lesa humanidad para efectos del derecho penal internacional, lo que tiene como consecuencia excluir la

25. Supervisión de cumplimiento de la sentencia, obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, del caso *Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de mayo de 2018, párrafo 47.

26. Sobre los cuestionamientos a la concesión de libertad condicional del Decreto Ley 321 de 1925, a sentenciados por delitos de lesa humanidad, véanse Villegas y Flores (2020: 127 y ss.) y Bustos (2020: 2 y ss.).

27. Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, rol 154, 26 de septiembre de 2006, párrafos 99-104.

28. Sentencia del caso *Molco*, Corte Suprema, rol 559-2004, 13 de diciembre de 2006.

amnistía, la prescripción y la cosa juzgada fraudulenta, entre otros. (Cárdenas, 2020: 149. Sobre causas por delitos de lesa humanidad con un marco temporal un poco más amplio, véase Cárdenas, 2023: 812 y ss.).

Sin perjuicio de los resultados que se pueden exhibir y que responden en buena medida a los esfuerzos de las agrupaciones de familiares de víctimas y sobrevivientes, lo cierto es que una de las principales críticas²⁹ al proceso de juzgamiento chileno es el *déficit* que existe en materia de proporcionalidad por las penas impuestas, y «concretamente la preocupación por la imposición de penas que se denuncian como *irrisorias*» (Londres 38, Espacio de Memorias, citado en Observatorio de Justicia Transicional, 2019). Esta inquietud es compartida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su informe sobre Chile señaló:

La CIDH ha observado tres desafíos sobre el cumplimiento de acceso a la justicia en los crímenes del pasado: a) la persistencia, en el ordenamiento jurídico, de figuras incompatibles con los estándares interamericanos de derechos humanos en materia de investigación, procesamiento y sanción por hechos relacionados a graves violaciones a los derechos humanos; b) la existencia de limitaciones normativas o institucionales a la investigación y enjuiciamiento de determinadas causas; y c) la no aplicación, en ciertas circunstancias, de sanciones adecuadas y proporcionales a la gravedad de estos crímenes³⁰

En línea con lo anterior, coincidimos con las inquietudes por la falta de proporcionalidad de las sanciones, las cuales no solo son materia que debe atender el legislador (para el futuro),³¹ sino también deben considerarse al momento de la determinación de la pena, o más precisamente, de su «individualización judicial» (Matus y Ramírez, 2021: 600 y 601). En este sentido, seguimos al profesor Lascurain, quien afirma: «Obvio es decir que el principio de proporcionalidad vincula también al juez en cuanto agente de la fase final del proceso de normación [...] Con la ley

29. Es posible pensar en otras críticas referidas a la falta de persecución de oficio de determinados delitos de lesa humanidad, como la tortura, y los crímenes de violencia sexual, pues se ha priorizado la persecución por las víctimas desaparecidas y ejecutadas. En esta línea, véase Bustos, 2022: 191. Este proceso de persecución oficiosa por el Programa de Derechos Humanos y la judicatura, en todo caso, no comenzó antes del período 2009 a 2011. De este modo, históricamente la mayoría de las acciones comenzaron a instancias de las víctimas y sus familiares.

30. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022, que expresa más adelante que «En lo relativo al tercer aspecto, se han observado retos en la aplicación de una sanción adecuada y proporcional a los hechos relacionados a las graves violaciones de derechos humanos» (párrafo 63).

31. La adecuación de las normas penales domésticas al derecho internacional en democracia, en materia de tortura, por medio de la Ley 20.968, o la regulación de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, por la Ley 20.357, y otros, son formas de cumplir las obligaciones internacionales, pero naturalmente, no pueden tener aplicación en los procesos de la dictadura por el principio de legalidad.

aplicable [...] debe extraer la regla concreta que sirva para la resolución del conflicto» (Lascuráin, 1998: 293 y 294).

Revisaremos a continuación algunos factores que inciden negativamente en la individualización de las penas en Chile, causando un efecto de desproporción por defecto, a saber: i) el empleo de la prescripción gradual o media prescripción; ii) la falta de aplicación de agravantes; y iii) la concesión injustificada de atenuantes por la jurisprudencia.

i) Primer factor. La llamada prescripción gradual, media prescripción o semiprescripción³² del artículo 103 de la Constitución (por todos, Fernández, 2010), es un hiperatenuante (Mañalich, 2018: 78) que se impuso en una línea jurisprudencial a partir del caso *Juan Luis Rivera Matus*,³³ y que se aplicó mayoritariamente entre los años 2008 y 2012 por los tribunales, permitiendo rebajar las penas de los sentenciados por delitos de lesa humanidad (como desapariciones forzadas, asesinatos y torturas), de modo tal que más del 70% de estos sentenciados pudo cumplir penas remitidas. Su invocación es *contraria* a la lógica, puesto que por una parte los tribunales señalan que se trata de delitos imprescriptibles, pero por otro, la norma requiere el transcurso de la mitad del plazo de prescripción, por lo cual se ha sostenido que la tesis de su procedencia es inexplicable y configura una aberración jurídica (Mañalich, 2018: 78 y 79).³⁴

Su aplicación desde una perspectiva sociológica se debe a una suerte de «solución de compromiso» entre quienes en su momento integraban la Sala Penal de la Corte Suprema, de suerte tal que esta representaría —para Matus— «una solución que combina hacer “justicia” mediante una condena penal con una rebaja punitiva importante, que puede llegar a ser, como en este caso, equivalente al “perdón” (sentencia remitida)» (Matus, 2012: 283). Esta lectura no es simplemente una reconstrucción de lo ocurrido, sino que ha sido reconocido en entrevistas por algunos de los sentenciadores como un «acuerdo de caballeros» (Collins, 2010: 3; Collins, 2009: 16).

32. La voz semiprescripción no es muy usual. Doña Fabiola Letelier se refirió de este modo al artículo 103 de la Constitución para oponerse a su aplicación, en sus alegatos por el crimen de su hermano Orlando.

33. Sentencia de reemplazo del caso *Juan Luis Rivera Matus*, Corte Suprema, rol 3808-2006, 30 de julio de 2007, considerando décimo octavo.

34. En un sentido similar podemos citar al profesor don Alfredo Etcheberry quien, haciendo referencia a la acusación constitucional presentada contra tres ministros de la Sala Penal de la Corte Suprema en 2018, en el contexto de su defensa del magistrado Carlos Künsemüller, se manifestó absolutamente contrario a la aplicación de la media prescripción en delitos de lesa humanidad, tanto por ser delitos imprescriptibles, como por la falta de proporcionalidad de las penas. Sus intervenciones se pueden encontrar en los antecedentes de la Comisión encargada de estudiar la acusación constitucional entablada contra Ministros de la Corte Suprema Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller, disponible en <https://tipg.link/MrEG>. El mismo autor es especialmente crítico de esta institución, llegando a señalar que no parece tener justificación, según Etcheberry (2015: 21 y 22).

Más de un centenar de estas sentencias no respetaron ninguna medida de proporcionalidad, y se puede citar como cénit de la liberación automática que representó su aplicación «el infame *Episodio Parral*, por la desaparición de 27 campesinos, donde Hugo Cardemil Valenzuela, autor de 16 secuestros calificados y un cargo de sustracción de menores, fue condenado a 5 años de libertad vigilada, y Pablo Caulier Grant, autor de ocho desapariciones, a cuatro años de libertad vigilada» (Sferrazza y Bustos, 2022: 160).³⁵

Este fenómeno resultó en la vulneración de diversas obligaciones internacionales (Fernández, 2010: 163 y ss.), lo cual fue declarado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que sometió el caso a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de esta forma dio origen al caso *Vega González y otros vs. Chile*.³⁶

Según nuestros registros,³⁷ la última aplicación registrada en sentencias firmes correspondía a enero de 2020,³⁸ puesto que se ha impuesto en la Sala Penal de la Corte Suprema, y en general en los tribunales de justicia, que la interpretación del artículo 103 de la Constitución no puede aplicarse para delitos imprescriptibles como son los crímenes contra la humanidad. Además, el derecho internacional y en particular la obligación de garantía, «establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido».³⁹ Un tercer argumento es considerar su carácter facultativo.

Con todo, en junio de 2023 la Sala Penal debió enfrentar un dilema en el proceso del caso *Operación Colombo, Episodio Eduardo Ziede Gómez*, en el que se acogieron recursos de casación respecto de varios agentes absueltos, anulando la sentencia de modo que quedaron con la pena de diez años y un día —sin prescripción gradual— impuesta en primera instancia.⁴⁰ Por otro lado, un grupo de cuatro sentenciados

35. Sentencias de casación y reemplazo sobre la causa rol 3587-2008, Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007.

36. La causa todavía espera sentencia, pero la Audiencia Pública de febrero de 2023 puede encontrarse en el canal de YouTube de la Corte IDH.

37. Por resolución del presidente de la Corte IDH el 14 de diciembre de 2022, relativa al caso *Vega González y otros vs. Chile*, me correspondió elaborar un informe pericial sobre la aplicación del artículo 103 entre los años 1995 y 2021, a solicitud de los familiares de las víctimas. El mismo es reservado por ahora.

38. Sentencias de casación y reemplazo del caso *Sergio Alvarado Vargas*, Corte Suprema, rol 8065-2018, 21 de enero de 2020.

39. Podemos citar recientemente, *Operación Colombo, Episodio Principal*, Corte Suprema, rol 25384-2021, sentencia de casación del 2 de marzo de 2023, considerando 63°. El fallo cita, entre otros: la sentencia rol 17.887-2015, del 21 de enero de 2015; la sentencia rol 24.290-2016 del 8 de agosto de 2016; la sentencia rol 44.074-2016 del 24 de octubre de 2016; la sentencia rol 9.345-2017, del 21 de marzo de 2018; la sentencia rol 8.154-2016 del 26 de marzo de 2018; y la sentencia rol 825-2018 del 25 de junio de 2018.

40. Sentencia del caso *Operación Colombo, Episodio Eduardo Ziede Gómez*, Corte Suprema, rol 21337-2019, 13 de junio de 2023. La Sala fue integrada por la ministra Andrea Muñoz, los ministros Manuel Valderrama, Jorge Dahm, Leopoldo Llanos y la ministra María Teresa Letelier.

fueron beneficiados por el artículo 103 de la Constitución en segunda instancia. La Corte Suprema hizo notar esta omisión:

No puede pasar inadvertido para esta Corte la circunstancia de que, al formalizarse los arbitrios de nulidad sustancial antes examinados, las impugnantes no hicieron valer la causal de rigor por la errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal, respecto de los acusados condenados como autores de delito de secuestro calificado y cuya condena fue confirmada por los adjudicadores de alzada, con declaración de reducir en dos grados la pena impuesta [...] por estimar procedente la aludida aminorante de responsabilidad de prescripción gradual, limitándose los recurrentes a solicitar en estos estrados, la invalidación de oficio de esta sección del fallo.⁴¹

Sin embargo, en fallo dividido (2-3) el máximo tribunal rechazó casar de oficio, sosteniendo que no pudo aplicarse la facultad de casar de oficio pues se transgrediría la prohibición de *reformatio in peius*.⁴² De este modo, la Corte declaró que «no ejercerá la facultad de invalidar de oficio la sentencia recurrida en cuanto en ella se reconoce la aminorante de prescripción gradual respecto de algunos de los condenados».⁴³

El voto de minoría de los ministros Valderrama y Dahm consideró que la Corte tiene facultades para invalidar de oficio, considerando que se trata de crímenes de lesa humanidad, y que mantener la decisión de que algunos condenados recibirían esta minorante y otros no «implicaría incurrir en desigualdades arbitrarias en perjuicio de los acusados respecto de quienes se ha recurrido», inequidad que es consecuencia de una incorrecta aplicación de la ley penal.⁴⁴

Somos del parecer de que la Sala Penal sí está habilitada para corregir infracciones de ley tan flagrantes de oficio, tanto para mantener la uniformidad en la jurisprudencia, como porque el deber de castigar delitos de lesa humanidad e imponer penas proporcionales emana de obligaciones del derecho internacional convencional, consuetudinario e incluso de normas de *ius cogens*.

ii) Segundo factor. Dentro de los motivos que pueden contribuir a explicar la baja entidad de las penas debemos contar la falta de aplicación de circunstancias agravantes por delitos de lesa humanidad. En un primer estudio sobre la modificatoria del artículo 12 número 8 del Código Penal, «Prevalerse del carácter público que tenga el

41. Sentencia del caso *Operación Colombo, Episodio Eduardo Ziede Gómez*, Corte Suprema, rol 21337-2019, 13 de junio de 2023, considerando décimo tercero.

42. A propósito de la sentencia rol 21337-2019, se expresa «Lo anterior no obsta a dejar constancia de disentirse de los fundamentos expresados en [...] la sentencia recurrida».

43. Refiere a la misma sentencia, considerando décimo cuarto. De este modo, «la condena impuesta a los sentenciados Miguel Krassnoff Martchenko, José Enrique Fuentes Torres, Nelson Alberto Paz Bustamante y José Alfonso Ojeda Obando, de tres años de presidio menor en su grado medio, como autores del delito de secuestro calificado de Eduardo Humberto Ziede Gómez, se encuentra firme y ejecutoria, encontrándose esta Corte Suprema impedida de corregir esta decisión».

44. Sentencia rol 21337-2019, Corte Suprema, 13 de junio de 2023, considerando décimo cuarto.

culpable», actualizado a 2020, pudimos constatar que la mencionada agravante «fue acogida únicamente en 5 casos que, en esta estadística, representan el 1,2% sobre el total de procesos con sentencias firmes sustanciados entre 1993 a 2020» (Bustos, 2023: 242). En cuanto a otras circunstancias agravantes, estas «se consideraron en tan solo seis oportunidades, permitiéndonos mostrar que, en los hechos, los tribunales mayoritariamente han rechazado la aplicación de agravantes respecto de los condenados en procesos por crímenes de lesa humanidad» (Bustos, 2023).

Esto muestra que en más de 400 procesos sustanciados hasta el año 2020 se han aplicado agravantes en apenas un 2,7% de los procesos que suman once casos. (Bustos, 2023: 244). La respuesta sobre por qué la judicatura no ha considerado la agravante de aprovechar la calidad de funcionario público (artículo 12 número 8 del Código Penal) en un 98% de los casos, de crímenes masivos perpetrados por agentes del Estado tiene aún respuesta pendiente (Bustos, 2023: 244).

iii) Tercer factor. Este consiste en la concesión generosa de atenuantes. Al examinar las agravantes y la aplicación prácticamente nula que tienen en las sentencias nacionales, el contraste con las atenuantes se vuelve evidente, lo cual hemos consignado: «Lo descrito es radicalmente diferente respecto de las atenuantes, que llegan a considerar la irreprochable conducta anterior del mismo acusado en más de medio centenar de procesos, lo que de por sí justifica un estudio sobre dicho tópico» (Bustos, 2023: 244 y 245).

En la jurisprudencia reciente se ha intentado atacar la aplicación del artículo 11 número 6 del Código Penal respecto de agentes beneficiados por la aminorante, pese a registrar condenas firmes (impuestas en democracia) por crímenes perpetrados en fechas previas a los nuevos procesos. Sin embargo, se mantiene una interpretación poco crítica para la cual basta que ninguno de los imputados registrara «máculas en sus extractos de filiación y antecedentes a la época de acontecidos los hechos por los que han sido juzgados en este caso».⁴⁵ En condiciones normales, coincidimos con esta doctrina (Künsemüller, 2019: 98) que hoy la judicatura hace suya. Sin embargo, la judicatura debería considerar que estos imputados contaban con un extracto de filiación y antecedentes impoluto, precisamente por las propias circunstancias de *impunidad* de la dictadura. Lo cual parece extraño, pues dichas condiciones de impunidad precisamente son uno de los argumentos que permiten sostener que nos encontramos ante delitos de lesa humanidad y, por lo tanto, aplicar el derecho internacional.

Respecto de otras atenuantes no se verifica el problema, lo que puede demostrar, por ejemplo, que aquellas atenuantes fundadas en obediencia de órdenes como los artículos 211, 214 o 411 inciso segundo del Código de Justicia Militar han tenido aplicación baja, sumando once casos (Bustos, 2020: 205), lo que es coherente con el

45. Sentencia de casación y de reemplazo del caso *Caravana, Episodio Valdivia*, Corte Suprema, rol 122163-2020, 16 de junio de 2023. Disponible en <https://tipg.link/MrGP>.

derecho internacional. Con todo, y contrariamente a lo que podría pensarse, los beneficiados en siete casos han sido agentes represivos (DINA, CNI e Inteligencia Naval), en dos han formado parte de la Caravana de la Muerte, y en otros dos casos han sido agentes de baja graduación o concriptos (Bustos, 2020: 208 y 209). Aunque se trata de pocas causas, es una demostración de otra forma de beneficiar injustamente a agentes que hacen de su trabajo cotidiano la comisión de crímenes.

Conclusiones y una anécdota final

En estas páginas hemos podido revisar brevemente algunos de los problemas relativos a la aplicación de las penas por crímenes de lesa humanidad por la judicatura chilena. El derecho penal internacional mandata la investigación, el juzgamiento y la sanción de dichos crímenes, los cuales deben ser sancionados de forma proporcional. Con todo, tanto la prescripción gradual, la falta de aplicación de agravantes, y la concesión libérrima de atenuantes como la irreprochable conducta explicada anteriormente han incidido en el fenómeno descrito por las víctimas, a saber, la idea de que algunas de las penas impuestas a los crímenes más graves perpetrados en Chile son desproporcionadas por defecto (*irrisorias* en palabras de Londres 38), al punto de permitir su cumplimiento en libertad. Sea que se adopte un enfoque como aquel del derecho internacional que busca la proscripción de la impunidad, o un enfoque de retribucionismo escéptico (como el propuesto por don Miguel), o *dudoso* (en palabras del fiscal Strassera), parece que todos los defectos indicados no satisfacen cabalmente el ideal de sancionar a los partícipes de acuerdo con criterios de merecimiento.

Para terminar, un chascarro. Porque pensar en la figura de don Miguel Soto sin referirnos a anécdotas parece una tarea conceptualmente imposible. Por mi parte, comencé relatando nuestro encuentro más significativo desde mi perspectiva, lo cual me permitió hacer un paralelo con esta última historia imaginaria de Batman, cuyos homenajes no tienen nada que envidiar a los del profesor Soto Piñeiro. Sin embargo, estoy bastante seguro de que para el profesor la respuesta hubiera sido otra. Probablemente si se le hubiera preguntado, don Miguel habría recordado una mañana mientras hacía clases en el edificio Pío Nono durante el otoño de 2007, cuando un *mechón* (estudiante de primer año), absolutamente perdido, tocó la puerta principal de la sala preguntando si allí se encontraba el curso de Historia del Derecho, y cómo gentil y alevosamente don Miguel lo invitó a sentarse en primera fila para comenzar a hablar y dictar sobre los visigodos hasta que las risas impidieron, al poco rato, que continuara su puesta en escena.

Con el tiempo, esta vivencia a mí también me dio mucha risa.⁴⁶

46. Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en las Jornadas en memoria de Miguel Soto Piñeiro, de mayo de 2023, organizadas por el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

Referencias

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (1994). *Protección penal de los derechos constitucionales* (pp.15-237). Santiago: CNRR. Disponible en <https://tipg.link/Mk5u>.
- . (1998). «Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución». Materiales de Estudio. *Curso de Derecho Penal II*, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2017). *La justicia transicional en Brasil: El caso de la guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Disponible en <https://tipg.link/Mk60>.
- BEVINS, Vincent (2020). *The Jakarta Method: Washington's anticommunist crusade & the mass murder program that shaped our world*. Nueva York: Public Affairs.
- BUSTOS, Francisco (2020). «Libertad condicional y crímenes de lesa humanidad: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional (rol 6985-19-INA) sobre el Decreto Ley 321 reformado». *Boletín informativo*. Observatorio de Justicia Transicional, Universidad Diego Portales, 57: 2-7.
- . (2022). «La obediencia jerárquica en el derecho penal internacional: un examen a la jurisprudencia chilena por crímenes de lesa humanidad (1995-2020)». En Camila Guerrero (editora), *El derecho penal internacional en Chile y ante la Corte Penal Internacional* (pp.189-214). Santiago: Ius Civile.
- . (2023). *La circunstancia agravante del artículo 12 número 8 del Código Penal y su (in)aplicación en causas sobre crímenes de lesa humanidad: Un análisis de la jurisprudencia chilena (1993-2020)*. Santiago: Ius Civile.
- . (2024). *Anti-impunity: Is it working? How do we know?* Inédito.
- CÁRDENAS, Claudia (2020). «¿Qué actos pueden constituir un ataque contra una población civil en la tipificación de crímenes de lesa humanidad de la Ley 20.357?». *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), 55: 131-155. Disponible en <https://tipg.link/Mk8R>.
- . (2023). «Las resoluciones de la jurisdicción chilena sobre crímenes de lesa humanidad en Colonia Dignidad: más allá de los crímenes de la dictadura». En Raúl Carnevali Rodríguez (director), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder* (pp. 811-828). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CÁRDENAS, Claudia y Karinna Fernández (2018). «Estándares internacionales para legislar en Chile sobre la libertad condicional de responsables de crímenes de lesa humanidad». *Revista de Ciencias Penales*, 45: 185-206. Disponible en <https://tipg.link/Mk8b>.
- COLLINS, Cath (2009). «Human Rights Trials in Chile during and after the Pinochet Years». *The International Journal of Transitional Justice*, 4 (1): 1-20. DOI: [10.1093/ijtj/ijp023](https://doi.org/10.1093/ijtj/ijp023).


- COLLINS, Cath y otros (2010). «Síntesis de procesos judiciales por crímenes del pasado, a fines marzo 2010». *Boletín informativo*. Observatorio de derechos humanos, Universidad Diego Portales. 5: 1-7. Disponible en <https://tipg.link/Mk97>.
- . (2021). «Conversar con el pasado, transformar este presente: Justicia Transicional como Justicia Constituyente». En Francisca Vargas (editora), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2021* (pp. 29-101). Santiago: Universidad Diego Portales. Disponible en <https://tipg.link/Mk9R>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2022). *Situación de derechos humanos en Chile*. Washington D.C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO, Juan Pablo, Francisco Bustos, Cath Collins, Boris Hau, Alfonsina Peña y Francisco Ugás (2023). *Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DD. HH. en Chile 1990-2023*. Santiago: Universidad Diego Portales. Disponible en <https://tipg.link/Mk9j>.
- ENGLE, Karen (2015). «Anti-impunity and the turn to criminal law in human rights». *Cornell Law Review*, 100 (5): 1069-1128. Disponible en <https://tipg.link/Mk9r>.
- ETCHEBERRY, Alfredo (2015). *Proyecto de Código Penal para Chile*. Santiago: LOM.
- FERNÁNDEZ, Karinna (2010). «La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad». Tesis para optar al grado de magíster en Derecho. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en <https://tipg.link/MkAM>.
- GIL, Alicia (2009). *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona: Atelier.
- GONZALEZ-OCANTOS, Ezequiel (2020). *The Politics of transitional justice in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos (2019). *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el código chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN, Juan Antonio (1998). «La proporcionalidad de la norma penal». *Cuadernos de Derecho Público*, 5: 159-189. Disponible en <https://tipg.link/MkBb>.
- LIÑÁN, Alfredo (2015). *El crimen contra la humanidad*. Madrid: Dykinson.
- LUTZ, Ellen y Kathryn Sikkink (2001). «The justice cascade: The evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America». *Chicago Journal of International Law*, 2 (1): 1-33. Disponible en <https://tipg.link/MkBn>.
- MALLINDER, Louise (2008). *Amnesty, human rights and political transitions*. Oxford: Hart Publishing.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2004). «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 11-33. DOI: [10.5354/rej.voi5.15042](https://doi.org/10.5354/rej.voi5.15042).
- . (2007). «La pena como retribución». *Estudios Públicos*, 108: 117-205. Disponible

- en <https://tipg.link/MkCu>.
- . (2018). «El procesamiento transicional del terrorismo de Estado a veinte años del caso Pinochet». *Anales de la Universidad de Chile*, serie 7, 15 75-85. DOI: [10.5354/0717-8883.2018.53361](https://doi.org/10.5354/0717-8883.2018.53361).
- MATUS, Jean Pierre (2012). «Justicia, perdón y compromiso: Sobre el surgimiento de la “media prescripción” como atenuante en la sanción de las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990». *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo* (pp. 283-289). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en <https://tipg.link/MkDg>.
- MIR PUIG, Santiago (2016). *Derecho penal. Parte general*. 10ª ed. Barcelona: Reppertor.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2011). «El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi». *Grandes procesos Mis alegatos* (pp. 55-89). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ORENTLICHER, Diane (1990). «Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime». *Yale Law Review*, 100: 2539-2618. Disponible en <https://tipg.link/MkE1>.
- RODMAN, Kenneth (2011). «Duty to prosecute». En Deen K. Chatterjee (editor), *Encyclopedia of global justice* (pp. 284-287). Dordrecht: Springer.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi (1995). «Sources in international treaties of an obligation to investigate, prosecute, and provide redress». En Naomi Roht-Arriaza (editora), *Impunity and human rights in international law and practice* (pp. 24-38). Nueva York: Oxford University Press.
- SOTO, Miguel (2011). «Fin de las penas». En Jean Pierre Matus (director), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios* (pp. 129-133). Montevideo: BdeF.
- TEITEL, Ruti (2002). *Transitional justice*. Nueva York: Oxford University Press.
- UPRIMNY RODRIGO, Luz María Sánchez y Nelson Sánchez (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces y derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia. Disponible en <https://tipg.link/MkFa>.
- VILLEGAS, Myrna y Nicolás Flores (2020). «Libertad condicional en casos de graves violaciones a los derechos humanos». En Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (coordinadores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (pp. 127-147). Santiago: Thomson Reuters.
- WERLE, Gerhard y Florian Jessberger (2020). *Principles of international criminal law*. 4ª ed. Nueva York: Oxford University Press.

Agradecimientos

Agradezco a doña Valentina Klein Espinoza por sus comentarios a un borrador de este texto, así como las valiosas sugerencias de dos evaluadores anónimos.

Sobre el autor

FRANCISCO FÉLIX BUSTOS es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Además es magíster en Derecho, con mención en Derecho Internacional, por la Universidad de Chile, magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad Diego Portales y magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bologna. Forma parte del Estudio Caucoto Abogados. Es profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Investigador del Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales y Becario doctoral ANID-DAAD en la Universidad de Münster, Alemania. Su correo electrónico es fbustos@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-1013-7206>.