

ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA LEGISLAR EN CHILE
SOBRE LA LIBERTAD CONDICIONAL DE RESPONSABLES DE CRÍMENES
DE LESA HUMANIDAD

KARINNA FERNÁNDEZ NEIRA Y
CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA*

SUMARIO: Introducción. I. Estándares internacionales en materia del cumplimiento de la pena de crímenes de lesa humanidad. 1. El derecho penal internacional y el cumplimiento de la pena. 2. La relevancia de legislar sobre el cumplimiento de la pena de los crímenes contra el derecho internacional. II. Estándares internacionales en materia de castigo de los responsables crímenes de lesa humanidad para tener en cuenta al legislar sobre libertad condicional. 1. La proporcionalidad entre la pena a cumplir y la especial gravedad del delito. a) Fuentes del deber de proporcionalidad. b) Implementación del deber de proporcionalidad: momento y parámetros. 2. La efectividad del castigo penal. III. Aristas particulares de la discusión chilena en materia de libertad condicional para responsables de crímenes de lesa humanidad. 1. La discusión sobre ancianidad o enfermedad de los responsables. 2. La necesidad de armonizar la normativa nacional sobre beneficios penitenciarios. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Libertad condicional, crímenes de lesa humanidad, beneficios penitenciarios, estándares internacionales.

INTRODUCCIÓN

La comisión masiva y sistemática de crímenes de lesa humanidad en Chile durante la dictadura cívico-militar significó una manifestación de criminalidad que sobrepasó al ordenamiento jurídico interno¹. Las figuras previstas por nuestro vernáculo código punitivo para sancionar el homicidio, el secuestro,

* Abogada y defensora de derechos humanos, karinnafn@gmail.com, y profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, ccardenas@derecho.uchile.cl.

¹ Al finalizar el régimen dictatorial, fueron más de cuarenta mil las víctimas de homicidios, desapariciones forzadas y torturas, de ellas, tres mil doscientas dieciséis (3.216) personas habían caído víctimas de homicidios y desapariciones forzadas. Estas cifras fueron establecidas por varias comisiones de la verdad, incluida la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991), la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (1996), la Comisión Valech (2005) y la Comisión Valech II (2011).

las lesiones, la aplicación de tormentos y los apremios ilegítimos –aplicables de acuerdo a la garantía de legalidad del derecho chileno (art. 19, N° 3, de la Constitución Política)–, no alcanzan a expresar cabalmente el injusto de los actos inhumanos de la desaparición forzada de personas y la tortura, ni en general el de los crímenes de lesa humanidad², debido a que no existía en aquel tiempo una calificación jurídica prevista para la ejecución de esas conductas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con una política del Estado.

El Poder Judicial chileno ha aplicado ese marco legal en conjunto con los mandatos del derecho internacional en la materia, para la investigación y juzgamiento de una fracción comparativamente relevante de esos crímenes, avanzando en un desarrollo cada vez más acorde con las normas que integran del derecho internacional de los derechos humanos, que en algunos casos ha significado la aplicación directa de ciertas fuentes que lo integran³. En cambio, en los 28 años de labor parlamentaria posdictadura no se ha generado legislación que se ocupe del tratamiento de las consecuencias de esta clase de delitos⁴ en aspectos respecto de los cuales no ha habido soluciones jurisprudenciales pacíficas. Uno de esos ámbitos es el del otorgamiento de libertades condicionales, materia para la cual se ha llegado a decisiones distintas, aplicando diversas consideraciones jurídicas⁵. Una de esas consideraciones ha sido la relativa a los estándares de derecho internacional en la materia. En este punto, es notorio que las resoluciones han errado en reconocer cuál es la normativa internacional aplicable. Por otra parte, los acontecimientos recientes dan indicios de que varios sectores políticos están por fin contestes en la necesidad de legislar sobre la materia. Este escenario hace que resulte oportuno explicar los estándares internacionales que debieran tenerse en cuenta al enfrentar este desafío.

² GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: Una cabeza de Jano”, en *Lateinamerika Analyzen* N° 3, Institut für Lateinamerika-Studien, (2007), pp. 95-122.

³ FERNÁNDEZ, Karinna, “Breve análisis de la jurisprudencia chilena en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar”, en *Estudios Constitucionales* 8(1) (2010), pp. 467, 469-470.

⁴ Merece mención la Ley N° 20.357, de 2009, que tipifica el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes y delitos de guerra, pero que, como ley posterior, en cuanto a la descripción de conductas punibles y la pena asignada no es directamente aplicable a los delitos anteriores a su promulgación.

⁵ Un panorama sobre la materia lo entrega MEZA-LOPENANDÍA, Matías, “Libertad condicional de condenados por delitos de lesa humanidad en Chile. Análisis de la jurisprudencia reciente”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, Asesoría Parlamentaria, agosto de 2018.

De acuerdo con la legislación vigente, el Decreto Ley N° 321 de 1925 (D.L. N° 321), la libertad condicional está prevista como un modo particular de cumplir la pena en libertad y es prueba de que la persona condenada se encuentra corregida y rehabilitada. Está reservada para quienes observan conductas intachables y adicionalmente han cumplido cierto tiempo mínimo de su condena privados de libertad, el que, en términos generales, es de la mitad de la condena. Existen categorías más exigentes en cuanto al periodo de aseguramiento, que se relacionan con la magnitud de la pena (como las de presidio perpetuo) y tipos penales específicos (como el homicidio calificado, el robo con homicidio o el parricidio). Entre estos últimos, se excluye al secuestro calificado, la asociación ilícita y los apremios ilegítimos, que son las figuras por las que generalmente se sanciona la desaparición forzada de personas.

La situación descrita deja en manos de la Comisión de Libertad Condicional, y eventualmente de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, al pronunciarse sobre recursos de amparo, la interpretación del D.L. N° 321 y la decisión sobre las solicitudes de libertad condicional presentadas por condenados por delitos de lesa humanidad. Esto confrontó recientemente al Poder Legislativo con el Judicial, cuando se acusó constitucionalmente a tres ministros de la Sala Penal de la Corte Suprema por sus resoluciones en materia de recursos de amparo, que otorgaron la libertad condicional a personas condenadas por el delito de secuestro calificado, es decir, a responsables de la desaparición forzada de personas⁶.

Por tanto, reconociendo la necesidad política y alta conveniencia jurídica de un marco normativo interno de la libertad condicional para personas condenadas como responsables de crímenes de lesa humanidad, el presente trabajo tratará los estándares internacionales tanto en materia de cumplimiento de la pena como respecto del castigo para esta clase de crímenes, revisando luego algunas aristas particulares de la discusión chilena en este asunto, antes de presentar sus conclusiones.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Resulta propicio iniciar el examen propuesto con el asunto específico de los estándares internacionales en materia del cumplimiento de la pena de crímenes de lesa humanidad, pues da pie para abordar con más antecedentes un tópico común en la discusión reciente y explicar la relevancia de legislar sobre el particular.

⁶ SCS de 30 de julio de 2018, roles N°s. 16817-2018, 16819-2018, 16820-2018, 16821-2018 y 16822-2018, y SCS de 31 de julio de 2018, roles N°s. 16958-2018 y 16961-2018.

1. El derecho penal internacional y el cumplimiento de la pena

Tanto en las resoluciones judiciales como en la discusión pública sobre el asunto⁷ se ha presentado como uno de los puntos de discusión la aplicabilidad del artículo 110 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Pues bien, más allá de la perogrullada de que el Estatuto se aplica directamente a casos conocidos por la Corte Penal Internacional, y no a los conocidos por tribunales estatales, sin perjuicio de que sea aplicable el derecho consuetudinario preexistente en materia de crímenes contra el derecho internacional, del cual dan cuenta las disposiciones del Estatuto⁸, resulta que la disposición que tan profusamente se viene citando se refiere a la posibilidad de una remisión de la pena, en tanto que, en nuestro sistema, la libertad condicional está prevista como una forma de cumplimiento de la pena. Por eso resulta necesario tener presentes las disposiciones sobre cumplimiento de penas, que es la materia en la que se inserta la libertad condicional desde el prisma del derecho chileno⁹.

En materia de la forma de cumplir una pena privativa de libertad por crímenes de lesa humanidad —a diferencia de lo que ocurre en el derecho internacional respecto del deber de los Estados de investigar, perseguir y sancionar a aquellos responsables de delitos de lesa humanidad—¹⁰ no se ha llegado a un acuerdo que permita establecer reglas —entendidas como mandatos o prohibiciones directas de actuación—¹¹, sino que la regulación del asunto en distintos cuerpos normativos permite más bien comprender la existencia de un principio rector. Ese principio

⁷ Incluso en el proyecto de ley de 8 de agosto de 2018 (Boletín N° 12.010 de 2018).

⁸ Dada la abundancia de referencias en cuanto a que en el derecho aplicable por la corte se buscó vastamente reflejar el derecho vigente. Abundan las referencias a ellos en los documentos que dan cuenta de las negociaciones. Puede consultarse, por ejemplo, LEE, Roy (ed.), *The Making of the Rome Statute. Kluwer Law International*, (La Haya, 1999), 657 pp. *passim*.

⁹ Es cierto que eso está íntimamente ligado a entender que la ejecución de la pena tiene un fin resocializador, y que esa finalidad ha sido cuestionada precisamente para personas condenadas en contextos de macrocriminalidad, como ocurre usualmente en casos de condenados por crímenes contra el derecho internacional. Esto podría ser tenido en cuenta al legislar sobre el asunto. Cfr. JÄGER, Herbert. “Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte”, en: Hankel, Gerd, y Stuby, Gerhard (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburger Edition, (Hamburgo, 1995), pp. 325 y ss.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, para. 110.

¹¹ En tal sentido, la comunidad internacional ha aceptado y reconocido el carácter imprescriptible de estos crímenes, imprescriptibilidad que se ha reseñado entre los que cuentan con la categoría de norma del *ius cogens*, fijando el deber estatal de establecer cauces jurídicos e institucionales que posibiliten el castigo de estos delitos, toda vez que la impunidad constituye un atentado contra el corazón mismo del *corpus iuris* internacional. Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid*

consiste en que el modo de cumplir la pena privativa de libertad se rige por el derecho de cada Estado, con las solas limitaciones del cumplimiento de normas y principios generales sobre tratamiento de reclusos. Esto es así incluso cuando es la Corte Penal Internacional la que condena como culpables a personas por crímenes de lesa humanidad.

Así, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), que crea un tribunal para conocer de los casos más graves a nivel global de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delito de agresión, en su art. 106, N° 2, dispone que “[l]as condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución”¹². El mismo principio –que las condiciones de reclusión se rigen por la legislación del Estado de ejecución– ha informado los estatutos de los tribunales creados para juzgar los crímenes más graves contra el derecho internacional durante las últimas décadas, como se constata al revisar el art. 27 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, establecido para juzgar los crímenes cometidos durante la Guerra de los Balcanes (1993-2017); lo mismo que el art. 26 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, establecido para juzgar los crímenes cometidos durante la cruenta masacre sufrida por la etnia tutsi en abril de 1994 (1994-2015)¹³, y el art. 22, pfo. 2°, del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, creado para conocer de los crímenes cometidos durante la guerra civil en Sierra Leona entre 1999 y 2002 (2000-2013)¹⁴.

Ahora bien, como esta normativa penal internacional invariablemente se refiere a “*condiciones de reclusión*” (que son las que se rigen por la legislación del Estado de ejecución), podría dudarse respecto de si faculta a los Estados a que apliquen

Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, para. 153.

¹² Kress y Sluiter interpretan la normativa del Estatuto de Roma en el sentido de que –bajo ciertos supuestos– un Estado en el cual se cumpla una pena impuesta por la Corte Penal Internacional incluso podría aplicar su derecho interno cuando eso implique la duración de la pena. KRESS, Claus, y SLUITER, Göran, “Enforcement”, en: Cassese, Antonio; Gaeta, Paola, y Jones, John (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*, volumen II, Oxford University Press, (Oxford, 2002), p. 1794.

¹³ “*El encarcelamiento se llevará a cabo de conformidad con la legislación aplicable del Estado de cumplimiento [...]*”.

¹⁴ “*Article 22 Enforcement of sentences [...] 2. Conditions of imprisonment, whether in Sierra Leone or in a third State, shall be governed by the law of the State of enforcement subject to the supervision of the Special Court [...]*”.

disposiciones de su derecho interno que prevean, como parte de las condiciones de cumplimiento de una pena de reclusión, que ésta se cumpla fuera de recintos penitenciarios. Sobre eso nos dan luces las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, en particular la regla 211, N° 2, sobre cumplimiento de la sentencia, según la cual “[c]uando una persona condenada tiene derecho a acogerse a un programa o beneficio carcelario aplicable conforme a la ley interna del Estado de encarcelamiento, que lleve consigo el desarrollo de actividades fuera del recinto de la prisión, el Estado de ejecución comunicará este hecho a la Presidencia junto con cualquiera otra información u observación relevante, a fin de que la Corte pueda ejercer su función supervisora”. Esta regulación confirma que se prevé expresamente la posibilidad de que personas condenadas a penas privativas de libertad por crímenes de lesa humanidad obtengan beneficios que lleven consigo el desarrollo de actividades fuera del recinto de la prisión, si es que esto está previsto en la legislación del Estado en el cual cumplen su condena¹⁵.

A una conclusión análoga nos llevan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas, que se aplican también a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad, cuya regla 60, N° 2, prevé como posibilidad de “*tratamiento de los reclusos*” el que antes del término de la ejecución de una pena se otorgue una libertad condicional¹⁶.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General N° 35 (2014) relativo al artículo 9 (libertad y seguridad personales) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere en su pfo. 20° que los condenados tienen derecho a que la duración de sus condenas se ajuste al derecho interno, lo mismo que la libertad condicional y otras formas de

¹⁵ Durante la negociación de las reglas, Chile y otros países (Brasil, Colombia, México, Italia, Portugal y España) presentaron conjuntamente una propuesta para que el Estado de cumplimiento de la pena tuviera que comunicar a la Corte toda solicitud de beneficio por parte de la persona condenada, PCNICC/1999/WGRPE (10) DP.4. Eso no prosperó, y en definitiva se adoptó el texto que se reproduce.

¹⁶ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en sus resoluciones N°s. 663, de 31 de julio de 1957, y 2.976, de 13 de mayo de 1977: “*Regla 60. (1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. (2) Es conveniente que, antes del término de ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz*”.

libertad anticipada. Además, prohíbe negar o revocar la libertad condicional de manera arbitraria¹⁷.

Ahora bien, debe considerarse que dichos cuerpos normativos, al regular el cumplimiento de la pena de responsables de delitos de lesa humanidad, suponen –como reiteraremos más adelante– que se trata de penas impuestas satisfaciendo los estándares establecidos por el derecho internacional para el castigo de los crímenes de lesa humanidad.

Todavía en el ámbito de los estándares internacionales, ya que en numerosos casos las personas están cumpliendo condena por secuestros calificados como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, es interesante revisar también lo que sobre el punto dice el Informe sobre Chile del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI), datado en 29 de enero de 2013. Su pfo. 32° señala que: “*Varias de las personas condenadas por desapariciones forzadas han recibido beneficios y privilegios tales como la [...] libertad condicional [...]. Si bien el GTDFI considera que todas las personas condenadas por desaparición forzada tienen los mismos derechos de la población condenada en general, hay tres elementos indispensables que deben considerarse. Por un lado debe existir un debido control judicial de la concesión de cualquier tipo de beneficio. Además, debe considerarse la especial gravedad del delito al momento de evaluar la concesión de estos beneficios. Finalmente, debe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios y los motivos particulares de la concesión en cada caso concreto. [...]*”¹⁸.

Este panorama revela que –lejos de entregar reglas– el derecho penal internacional deja al ámbito de la legislación doméstica del país donde se ejecuta la sentencia, la regulación de la forma de cumplir las penas por crímenes de lesa humanidad, sin perjuicio de fijar como marco mínimo que se trate de una legislación que prevea control judicial, que tenga en cuenta la especial gravedad del delito y que asegure la debida transparencia del proceso y las motivaciones de cada decisión.

2. La relevancia de legislar sobre el cumplimiento de la pena de los crímenes contra el derecho internacional

Desde que en esta materia, como ha quedado explicado más arriba, lo que prima en el derecho internacional es una deferencia al derecho nacional, con el solo límite –en cuanto a la forma de cumplir la pena privativa de libertad– de que se apliquen las normas generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los

¹⁷ Documento de Naciones Unidas CCPR/C/GC/35, para. 20.

¹⁸ Documento de Naciones Unidas A/HRC/22/45/Add.1, para. 32.

reclusos, y que no se les dé un trato ni más ni menos favorable que el aplicado a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución; resulta que lo que entrega el derecho internacional es un principio y criterios, y está dentro de las posibilidades asumidas actualmente por nuestro sistema jurídico que los tribunales, ponderando su aplicación en distintos momentos o casos, puedan llegar a soluciones diversas. Pues bien, si ocurre –como parece estar ocurriendo en la actualidad– que la sociedad y los poderes colegisladores estiman de justicia excluir algunos resultados posibles de esa ponderación, pueden hacerlo legítimamente, y de hecho a los últimos les corresponde hacerlo, legislando sobre el particular.

A continuación, trataremos asuntos relevantes para que se fijen legislativamente reglas aplicables. Es insoslayable tener en cuenta que todo lo dicho sobre los estándares internacionales para el cumplimiento de penas supone que se trate de penas impuestas satisfaciendo los estándares para el castigo de los crímenes de lesa humanidad. La realidad chilena –dados, sobre todo, factores como la aplicación de la media prescripción o prescripción gradual y en general los criterios interpretativos para circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que han llevado a que al condenar por crímenes de lesa humanidad no se impongan siempre penas correspondientes a delitos graves¹⁹ ha llevado a que la discusión sobre el cumplimiento de la pena quede en ocasiones completamente teñida por la necesidad de volver a la discusión acerca de la suficiencia (proporcionalidad) de la pena impuesta. También para este ámbito los poderes colegisladores están llamados a legislar sobre el particular, para poder separar de mejor manera ambas discusiones, que, sin bien están indefectiblemente comunicadas, idealmente debieran estar menos confundidas. En lo que sigue, conservando el foco de este texto en la libertad condicional como forma de cumplir la pena, pero, haciéndonos cargo de los vínculos entre ambas materias, exponemos las exigencias del derecho internacional sobre castigo de los responsables que debieran ser tenidas en cuenta para una regulación de la forma de cumplir las penas.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE CASTIGO DE LOS RESPONSABLES DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD PARA TENER EN CUENTA AL LEGISLAR SOBRE LIBERTAD CONDICIONAL

Si bien la libertad condicional es en el sistema chileno una forma de cumplir la pena –como quedó destacado más arriba–, es innegable que se trata de una forma de cumplir la pena que la hace menos gravosa, y que es fenomenológicamente

¹⁹ CIDH, Informe N° 58/16, Peticiones 1.275-04B y 1.566-08, *Juan Luis Rivera Matus y otros vs. Chile*; FERNÁNDEZ, Karinna, y SFERRAZZA, Pietro, “La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Humanos* (2009), pp. 183-192.

similar, y acaso por eso socialmente percibida como similar, a formas de remisión de la pena, lo que debiera ser tenido en cuenta a la hora de legislar. Asimismo, es relevante tener en especial consideración lo que dispone el derecho internacional en cuanto a parámetros para el castigo de crímenes de lesa humanidad, teniendo en cuenta que esos parámetros se aplican no sólo a la dictación, sino también al cumplimiento del castigo, y que, por el carácter necesariamente general de las disposiciones de derecho internacional, éstas suelen no considerar particularidades de derechos internos específicos, sino más bien disponer bases materiales a respetar.

Las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos –que en Chile consisten en el contexto en el cual se cometieron crímenes de lesa humanidad– generan obligaciones del Estado para con las víctimas y la sociedad²⁰. El derecho internacional impone sobre los Estados el deber de investigar, perseguir y sancionar esos crímenes. Ello implica el deber de dirigir de oficio una investigación penal adecuada y ejercer acciones concretas destinadas al establecimiento de los hechos y la identidad de los responsables, pronunciando –de haber mérito para ello– una sentencia condenatoria que sea efectivamente ejecutada²¹. Así, la falta *fáctica* de castigo constituye una violación del referido deber²².

Para asegurar este fin es necesario, *inter alia*, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Además, es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y las respectivas conexiones que hicieron posible las violaciones”²³.

Al derecho internacional no le es indiferente la entidad del castigo que reciban las personas encontradas culpables de crímenes de lesa humanidad. En el desarrollo actual del derecho penal internacional, no se establecen marcos penales medianamente acotados, como sucede en nuestro derecho interno, sino que el asunto queda entregado a la legislación estatal para los casos de aplicación del derecho penal internacional por los Estados, con la limitante de aplicar penas que sean correspondientes con delitos graves dentro de la normativa interna de ese Estado. Los estándares internacionales apuntan a que las penas que se impongan deben

²⁰ MÉNDEZ, Juan, “Accountability for Past Abuses”, en *Human Rights Quarterly* (1997), pp. 2, 19.

²¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, para. 166; Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, para. 48; CIDH, Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, 26 de febrero de 1999. Consideraciones finales, párr. 2.; CIDH, CIDH, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de [los] derechos humanos en Colombia, 2013, p. 124.

²² AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, DIKE, (Medellín, 1997), pp. 221-222.

²³ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192, para 101.

ser proporcionales a la especial gravedad del delito y al grado de participación del condenado y deben implicar un castigo efectivo.

1. La proporcionalidad entre la pena a cumplir y la especial gravedad del delito

Entre los estándares internacionales en materia de castigo de crímenes contra el derecho internacional destaca la exigencia de una proporcionalidad entre la pena a cumplir y la especial gravedad del delito. Para referirnos a estos aspectos distinguiremos entre a) fuentes del deber de proporcionalidad y b) consideraciones para el cumplimiento del deber de proporcionalidad.

a) Fuentes del deber de proporcionalidad

El mandato de proporcionalidad está previsto en distintos tratados y otros instrumentos internacionales referidos a diversas formas de cometer crímenes de lesa humanidad, tanto desde el sistema universal de protección de los derechos humanos como desde el sistema interamericano.

En el sistema universal de protección de derechos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes prescribe que *“todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”* (artículo 4.2). El artículo 7 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas prescribe en su artículo 7.1 que *“[l]os Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad”*²⁴. La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, a su artículo 4 (1), señala que *“[t]odo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad”*. El principio 1º de los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, prescribe que *“[l]os 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”*.

²⁴ El Estado chileno ha tomado nota de este estándar, según puede constatarse en el Informe que Chile debía presentar en 2012 en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención (Documento de Naciones Unidas de 6 feb 2018 CED/C/CHL/1, pfo. 74: *“Respecto a la sanción del delito de DF, el Estado chileno ha tomado nota de la obligación que pesa sobre los Estados de castigar la extrema gravedad del delito con penas apropiadas”*.

El Estatuto de Roma –sin perjuicio del marco penal amplio que prevé para las conductas punibles bajo su competencia²⁵, en una clara adecuación al principio de proporcionalidad de la sanción, establece en su artículo 77.1 que las penas aplicables a las personas culpables de cualquiera de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional son “a) *La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado*”. Para la imposición al caso particular de la correspondiente pena, establece en su artículo 78.1 que deben considerarse “*factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado*”. Finalmente, establece en su artículo 82.2, letra a), que una de las razones para apelar de una pena impuesta es la existencia de “*una desproporción entre el crimen y la pena*”.

En un sentido análogo se puede interpretar la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D, de 28 de julio de 1965, sobre la cuestión del castigo de criminales de guerra y de personas que han cometido crímenes de lesa humanidad, cuando urge a los Estados a que apliquen penas “*equitativas*”²⁶.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que “[l]os Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (artículo 6). La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas a su vez prescribe que “[l]os Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad” (artículo III).

La Corte IDH ha señalado expresamente que “*el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y*

²⁵ La pena privativa de libertad que se aplica en caso de condena consiste en “*un número de años que no excedan los 30*”, vale decir, de 2 a 30 como regla general (art. 77.1.a) del Estatuto de Roma).

²⁶ Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX), de 28 de julio de 1965. The question of punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity. “*The Economic and Social Council [...]; I. Urges all States to continue their efforts to ensure that, in accordance with international law and national laws, the criminals responsible for war crimes and crimes against humanity are traced, apprehended and equitably punished by the competent courts; for this purpose, they should co-operate, in particular, by making available any documents in their possession relating to such crimes [...]*”.

el cumplimiento de la sentencia”²⁷. Agrega que el análisis de proporcionalidad exige observar la relación entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos, “*pues 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*”²⁸. Adicionalmente, ha sostenido que, especialmente en relación con las obligaciones de investigar, perseguir y sancionar, y las garantías que corresponden a los procesados y condenados, debe distinguirse entre hechos punibles en general y las graves violaciones de derechos humanos²⁹.

En el caso de *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, la Corte IDH afirmó que la regla de proporcionalidad “*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*”³⁰.

Del contenido de estos cuerpos normativos es posible concluir que, el orden jurídico debe responder racional y proporcionalmente a la gravedad de los hechos. “*No resulta admisible sancionar hechos gravísimos con penas levísimas, [...] se contrariarían los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que gobiernan la aplicación de consecuencias jurídicas de las conductas ilícitas*”³¹. En la misma línea, la Fiscal de la CPI ha afirmado que una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas³².

²⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, 11 de mayo de 2007, Serie C N° 163, paras. 193, 195.

²⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, para, 54.

²⁹ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2010, paras. 41 y 43.

³⁰ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, para. 203.

³¹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de la CIDH en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, para, 7.

³² Carta de Fatou Bensouda, fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), al presidente de la Corte Constitucional de Colombia, magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu, 26 de julio de 2013.

*b) Implementación del deber de proporcionalidad:
momento y parámetros*

Siguiendo a Ferrajoli, la proporcionalidad en el derecho penal abarca tres momentos: 1) la previsión legislativa de sanciones mínimas y máximas para cada acción; 2) la determinación del tribunal de la pena que se impondrá en cada caso específico, y 3) la ejecución de la sanción³³. En tal sentido, es necesario poner de relieve que la proporcionalidad de la pena no sólo se debe evaluar y asegurar en el momento de su imposición, sino también en el de su ejecución, ya que “*sólo se puede lograr una pena apta para cumplir con la finalidad que se le asigna, mediante y en su ejecución, pues constituye la etapa final del derecho punitivo, a la que se orienta en definitiva y en la que se realiza en plenitud*”³⁴. En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema ha afirmado que la “*exigencia de proporcionalidad no se agota, en todo caso, con el señalamiento del catálogo de sanciones por parte del legislador ni con su imposición material, sino que también gobierna la fase de cumplimiento efectivo de la pena*”³⁵.

La proporcionalidad de la pena en su concepción estricta requiere que la dimensión del castigo considere la del ilícito perpetrado, sirviendo de base para calcular los umbrales máximos y mínimos de la pena, de modo que la envergadura de la sanción no sea inferior a la exigida por la idea de justicia, ni mayor a la que emana de la gravedad del ilícito. La proporcionalidad exige una adecuación entre la gravedad del hecho y el *quantum* de la pena.

La correcta implementación del principio exige que las penas impuestas a los responsables de delitos de lesa humanidad guarden coherencia con el daño ocasionado a la sociedad y a la humanidad. En este sentido, el profesor Zaffaroni indica que la pena en correcta funcionalidad con los derechos humanos debe observar el principio de mínima proporcionalidad, considerando siempre la magnitud del conflicto o lesión³⁶. Una pena proporcional será aquella que guarde relación racional con la entidad del injusto, con la gravedad del ilícito, ponderando el valor de los bienes jurídicos que han sido afectados, resultando esencial para una sociedad

³³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, (Madrid, 2000), pp. 399-400.

³⁴ RIVACOPA y RIVACOPA, Manuel, *Función y aplicación de la pena*, Depalma (Buenos Aires, 1993), p. 85.

³⁵ SCS, rol N° 99757-16, sentencia de 23 de diciembre 2016, considerando 3°.

³⁶ ZAFFARONI, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, 3ª Ed., Editorial Ediar, (Buenos Aires, 2003), p. 248.

democrática que exista “una proporción razonable entre la gravedad del hecho y la medida del castigo”³⁷.

Este parámetro exige que, antes de imponer una sanción, se identifique el bien o los bienes lesionados, se considere su especial valor y se pondere el daño que han experimentado, sin dejar de observar las razones que fundamentan su protección³⁸. El menoscabo experimentado por los bienes jurídicos como consecuencia de la acción delictiva es un claro referente para la determinación de la dimensión del desvalor de la acción³⁹, que a su vez generará la imposición de una pena asociada a la envergadura de dicho desvalor. Así, entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen, al momento de determinar la pena, los derechos de quienes fueron víctimas o resultaron perjudicados por ese comportamiento⁴⁰. La proporcionalidad requiere que la pena guarde relación con la naturaleza de los bienes jurídicos afectados y con la dimensión del daño causado. Para los crímenes de lesa humanidad, es relevante tener en consideración que no sólo se ven afectadas personas individuales, sino la comunidad toda, al dejar de observarse los mínimos necesarios para una convivencia humana.

Los crímenes contra el derecho internacional reciben esa denominación precisamente porque lo que se pretende resguardar son los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional contemporáneo: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Eso no sólo resulta del tercer párrafo del preámbulo del Estatuto de Roma⁴¹, sino que también de la noción misma del derecho penal internacional en sentido estricto, que existe para resguardar esos bienes. Entonces, en los crímenes de lesa humanidad, además de afectarse ciertos bienes jurídicos individuales, que pueden ser la vida, la integridad (física o psíquica), la libertad, por ejemplo, se atenta además contra estos bienes jurídicos y, de hecho, es el atentado contra estos últimos lo que hace que la punibilidad de la conducta surja directamente del derecho internacional⁴². Esto es un factor relevante a la hora de entender que estos delitos son más graves que los delitos comunes. Así, por ejemplo, un homicidio

³⁷ MERA, Jorge, “Derechos humanos”, en *Derecho penal chileno*, LexisNexis, (Santiago, 2005), pp. 95-96.

³⁸ BUSTOS, Juan, *Obras Completas. Parte general*, tomo I, Ediciones Jurídicas de Santiago, (Santiago, 2007), p. 502.

³⁹ BUSTOS, ob. cit., p. 505.

⁴⁰ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, (Washington, 2009), p. 324.

⁴¹ “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

⁴² Cfr., por ejemplo, WERLE, Gerhard, y JESSBERGER, Florian, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, tercera edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017), p. 89.

como crimen de lesa humanidad es más grave que un homicidio del derecho interno, porque el crimen de lesa humanidad no sólo resguarda la vida del individuo, sino también la amenaza que representa para la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad el que personas sean privadas de la vida como parte de un ataque contra la población civil. Entonces, cuando se hace mención a la especial gravedad del delito como factor, hay que tener en cuenta este asunto.

Adicionalmente, es relevante considerar que el juzgamiento y castigo de los crímenes de lesa humanidad están fenomenológicamente –si bien no necesariamente– ligados a la justicia de transición⁴³. En este escenario, los propósitos de la justicia penal de transición y el derecho internacional de los derechos humanos contribuyen a la formulación de estándares con respecto a la magnitud del castigo, reforzando lo ya expuesto en cuanto a que al momento de establecer un sistema de cumplimiento de sanciones deben considerarse tanto los derechos de personas cuyos derechos se vieron directamente violados como también los bienes jurídicos colectivos violentados, pues, como lo ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[l]a gravedad de los hechos no puede desvincularse del contexto en que ocurrieron”⁴⁴. De lo anterior se desprende que el cumplimiento de la obligación de investigación y sanción implica actuar de acuerdo al mandato de proporcionalidad, pues ésta es la señal más clara de no tolerancia a las graves violaciones a los derechos humanos, contribuyendo a la reparación de las víctimas⁴⁵.

Uprimny sostiene que, en la concesión de subrogados penales –como la libertad condicional– a responsables de los crímenes de lesa humanidad, los criterios de proporcionalidad relacionados se concretan en algunas máximas básicas: (i) a mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de adoptar medidas que beneficien al condenado; (ii) a mayor responsabilidad de nivel de mando, menor posibilidad de beneficios; (iii) a mayor contribución a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de beneficiar al condenado. Agrega que consideraciones en beneficio del condenado se deben realizar siempre y cuando exista por parte del responsable una contribución a la paz, a la verdad y a la reparación que así lo justifique, lo que supone la confesión total de los hechos frente a los cuales se pretende el perdón parcial (que implica el hacer la pena menos gravosa) y el cumplimiento de unos

⁴³ WERLE, Gerhard, y VORBAUM, Moritz, “Transitional justice”, en *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Springer, 2018.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153, para, 93.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, para. 28.

mínimos de pena privativa de la libertad⁴⁶. En tal sentido, como se ha señalado reiteradamente, los beneficios a personas condenadas por su responsabilidad en delitos de lesa humanidad deben estar limitados por la proporcionalidad de su sanción a la gravedad del atentado jurídico cometido y su responsabilidad en él.

2. La efectividad del castigo penal

La manera más evidente de incumplir la obligación de sancionar es asegurar impunidad a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. El sistema interamericano de derechos humanos ha identificado “*diversas formas en que se puede llegar a la impunidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos las ha condenado todas, declarándolas incompatibles con la Convención Americana*”⁴⁷. En particular, de sus resoluciones se desprende que por impunidad no sólo entiende la ausencia de una sentencia condenatoria, sino también supuestos en los que los responsables son beneficiados con la “*inefectividad de la sanción*”⁴⁸. Así, la Corte IDH ha expresado que “[e]l Estado deberá abstenerse de recurrir a [...] medidas que pretendan [...] suprimir los efectos de la sentencia condenatoria”, y que “*la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, erradicar y sancionar, de acuerdo con el Derecho Internacional*”⁴⁹.

Si bien el deber de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos es una expresión de la obligación de garantía, lo es también específicamente de la obligación de protección; en este sentido, la CIDH ha enfatizado “*que el medio más eficaz para proteger [...] es investigar eficazmente los actos de violencia y*

⁴⁶ UPRIMNY, Rodrigo, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en UPRIMNY, Rodrigo, *et al. ¿Justicia transicional sin transición?*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, (Bogotá, 2016), pp. 17 y ss.

⁴⁷ MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos* (2009), pp. 15-34, p. 26.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 296.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, párr. 232; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153, párr. 92; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párr. 208. En la misma línea, recientemente, Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, para. 30.

sancionar a los responsables”⁵⁰. En el mismo sentido, la Corte IDH ha asociado la obligación de investigar, perseguir y sancionar, con la prohibición de la impunidad, toda vez que esta última “*propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*”⁵¹.

En la línea de lo expresado al comenzar este apartado II, el hecho de que la libertad condicional sea según el legislador nacional una forma de cumplir la condena no impide encuadrarla, como lo hace Uprimny⁵², entre los mecanismos que pueden evitar que una persona reciba el castigo que, conforme a derecho, amerita por un crimen atroz. De allí que, al legislar al respecto, se deba tener presente hacerlo de modo de que ese eventual efecto no se produzca, ya que uno de los parámetros para el castigo de los crímenes de lesa humanidad es que se trate de un castigo efectivo, como lo explicita, por ejemplo, el preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Ése es un parámetro material que la legislación nacional debe respetar, con prescindencia de las particularidades internas de su legislación. Como quedó dicho más arriba, en el apartado I, esto no obsta a que un sistema jurídico norme el modo de cumplir las penas para esta clase de delitos e incluso prevea beneficios carcelarios para las personas responsables por ellos, sino que simplemente significa que al normar debe tomar los resguardos para que en todos los casos las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad cumplan efectivamente un castigo proporcional a la gravedad de los hechos y a su participación en ellos.

En línea con lo anterior, la Corte Interamericana ha afirmado que existe una infracción de la obligación de sancionar cuando las penas que se imponen a los culpables carecen de la proporcionalidad requerida por el derecho internacional por no ser efectivamente cumplidas, sosteniendo que “*la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con penas apropiadas a la gravedad de la conducta delictiva, no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la*

⁵⁰ CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124., Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 202.

⁵¹ Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N° 37, párr. 173.

⁵² UPRIMNY, Rodrigo, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en UPRIMNY, Rodrigo, *et al.* *¿Justicia transicional sin transición?*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, (Bogotá, 2016), pp. 17 y ss. Uprimny incluye la condena de ejecución condicional (*probation*) o sustitución de la pena privativa de la libertad por otras medidas entre las formas que, en diversos derechos internos, pueden adoptar estos beneficios.

*sanción en apego al principio de proporcionalidad*⁵³. En tal sentido, el Estado de Chile debiera regular la prohibición de beneficios a condenados por delitos de lesa humanidad en la medida en que impidan el cumplimiento efectivo de una pena proporcional a la gravedad de los delitos o pudieran transformar en ilusorio el castigo impuesto. De no hacerlo, pudiera darse pie a un incumplimiento de la obligación estatal de sancionar proporcional y efectivamente⁵⁴. En suma, el establecimiento de una sanción nominal en una sentencia no garantiza la falta de impunidad, por lo que, al regular la forma de cumplir la pena, ha de hacerse de modo tal que no se ponga en riesgo la efectividad de cumplimiento de una sanción proporcional a la gravedad del delito y la responsabilidad individual.

III. ARISTAS PARTICULARES DE LA DISCUSIÓN CHILENA EN MATERIA DE LIBERTAD CONDICIONAL PARA RESPONSABLES DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

1. La discusión sobre ancianidad o enfermedad de los responsables

No es inusual que las estrategias de defensa de imputados de crímenes de lesa humanidad procuren incansablemente en la evitación o dilación del inicio del castigo, y en la alegación de razones humanitarias para evitarlo, ya sea basadas en enfermedad o en edad, o en una mezcla de ambos factores⁵⁵. En Chile, el ejemplo más prominente de que una estrategia de esas características puede resultar exitosa es el sobreseimiento definitivo de Augusto Pinochet y, fuera de nuestras fronteras, un ejemplo actual es Alberto Fujimori.

Pues bien, en un Estado cuya legislación está también en deuda por los latos vacíos que presenta en materia penitenciaria, resulta llamativo que no todos los proyectos de ley que existen para regular el cumplimiento de la pena en personas ancianas y/o enfermas no surjan de una preocupación de otorgar estándares mínimos de bienestar a la población penitenciaria en general, estableciendo parámetros

⁵³ Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, para 47.

⁵⁴ Lo anterior puede sostenerse siguiendo el criterio aplicado en CIDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 26 de noviembre de 2007, considerandos 6° a 13° y punto declarativo primero; *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C N°. 287, párr. 460; *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, para. 30.

⁵⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos*, 2017, Verdad, Justicia, Reparación y Memoria, p. 39.

para la actuación estatal cuando las personas que tiene bajo custodia presentan condiciones físicas especiales, sino que aparezcan precisamente enfocados en las personas condenadas por crímenes contra el derecho internacional⁵⁶.

Sobre este asunto, el Estado de Chile es soberano para legislar. Lo que en todo caso debe cuidar es que, en caso de legislar, esa legislación tenga aplicación general y dé cuenta de un régimen que se aplique a todos los reclusos que alcancen un nivel de fragilidad corporal tal que el cumplimiento de la pena se haga insostenible;⁵⁷ tratándose ése de un criterio general, que en ningún caso implique un beneficio especial para las personas condenadas como responsables de los delitos más graves que prevé el ordenamiento jurídico, pues justamente el ordenamiento jurídico debe cumplir con los estándares de proporcionalidad y efectividad del castigo reseñados más arriba, y no prever para los responsables de estos delitos condiciones más favorables que las que se aplican a condenados por otros delitos, ni en cuanto a sus condiciones generales de reclusión, como los espacios y las formas de atención médica, ni en cuanto al acceso a beneficios penitenciarios en general. Por añadidura, desde la perspectiva de la reparación de las víctimas es importante que los responsables de crímenes de lesa humanidad reciban un trato de persona con dignidad y derechos, pero ya sin la calidad de individuos privilegiados por la institucionalidad, que fue la que les permitió disponer de la integridad de personas en el pasado.

2. Necesidad de armonizar la normativa nacional sobre beneficios penitenciarios

El ordenamiento jurídico aspira a niveles aceptables de armonía que le permitan funcionar como sistema. Esto es particularmente relevante cuando se trata de la normativa vigente en un ámbito concreto, como lo es el de los beneficios penitenciarios. Por lo mismo, una futura legislación sobre libertad condicional

⁵⁶ Particularmente elocuente resulta la exposición de motivos con referencia expresa a la reconciliación que se encuentra en el Boletín N° 10.745-07 del Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Chahuán, Moreira y Prokurica, que modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores; en tanto que en el Boletín N° 10.740-07 del Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Pérez San Martín y señores Ossandón y Tuma, que permite la aplicación de la libertad vigilada intensiva por motivos humanitarios a favor de personas condenadas gravemente enfermas, la exposición de motivos dedica igualmente bastante texto a argumentar acerca de la procedencia del beneficio que se pretende crear a personas responsables de crímenes de lesa humanidad, lo que evidencia justamente los motivos que llevan a proponer esa nueva legislación.

⁵⁷ Resulta aplicable, *mutatis mutandis*, lo señalado por HERZOG, Félix, “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos?”, en *Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal. Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9. [http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf].

como forma de cumplir la pena debiera considerar el régimen nacional de salidas dominicales vigente, para contemplar requisitos progresivamente más exigentes para un beneficio que prevé un contacto más intensivo con el medio libre, como lo es la libertad condicional. Así, habrá de tenerse presente lo previsto en el Decreto N° 518, de 22 de mayo de 2018 (Reglamento de Establecimientos Penitenciarios), y en particular el régimen especial previsto para los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con su art. 109 bis⁵⁸.

CONCLUSIONES

De conformidad con el derecho penal internacional, es el derecho interno de cada Estado el llamado a regular las formas de cumplir las penas de los crímenes de lesa humanidad. Entrega ciertos criterios de actuación, cuya ponderación y aplicación por los tribunales es susceptible de que se llegue a soluciones diversas. Para dar reglas que excluyan algunas de las soluciones posibles, corresponde a los poderes colegisladores trabajar.

Los criterios del derecho penal internacional para el castigo de los crímenes contra el derecho internacional abarcan la proporcionalidad entre la pena impuesta y la especial gravedad del delito, la efectividad del castigo y el que la pena corresponda a la de los delitos más graves del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de estos estándares es primordial al momento de la fijación de la pena, pero han de iluminar también el régimen de cumplimiento de la misma. En virtud de ello, las obligaciones internacionales del Estado chileno derivadas de su deber de sancionar a los responsables de los delitos de lesa humanidad se extienden hasta la ejecución de la pena, tal como expresamente lo ha sostenido la Corte IDH.

Por otra parte, una eventual legislación especial para condenados físicamente frágiles debiera ser de aplicación general y no implicar privilegios especiales precisamente para las personas condenadas por los delitos más graves que prevé el ordenamiento jurídico.

Asimismo, una eventual legislación sobre libertad condicional para personas condenadas como responsables de crímenes contra el derecho internacional debiera considerar la normativa aplicable para el beneficio de la salida dominical en estos

⁵⁸ De acuerdo a él, “[p]ara efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá que son especialmente graves los delitos de homicidio, castraciones, mutilaciones, lesiones graves gravísimas, lesiones graves, lesiones menos graves, violación, abuso sexual, secuestro, sustracción de menores, tormentos o apremios ilegítimos, asociación ilícita, inhumaciones y exhumaciones, cualquiera haya sido la denominación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena, que fueren perpetrados en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos, por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”. Decreto N° 924. D.O. 22.02.2016.

delitos, de modo de establecer requisitos más exigentes para la libertad condicional, atendida la entidad de ambos regímenes.

Por último, sería deseable que una eventual nueva legislación lo aborde solamente lo relativo a las libertades condicionales, sino integralmente lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada.