



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA CONDENADOS POR DELITOS
DE LESA HUMANIDAD EN CHILE: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

NICOLÁS ALONSO MONTERO CARVAJAL - ANANÍAS GADIEL REYES VIDAL
PROFESOR GUÍA: LUIS FELIPE ABBOTT MATUS

Universidad de Chile

Santiago, Chile

2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
PROBLEMATIZACIÓN.....	8
CAPÍTULO 1: OBJETO DE ESTUDIO	10
DELITOS.....	10
ÉPOCA.....	11
BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN ESTUDIO.....	11
CAPÍTULO 2: LEGISLACIÓN RESPECTO A LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD	12
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.....	12
Contexto global: Ordenamiento de Naciones Unidas.....	12
Contexto latinoamericano: Ordenamiento de la OEA.....	20
LEGISLACIÓN NACIONAL.....	24
Aclaraciones preliminares.....	26
Libertad Condicional.....	28
Permisos de Salida.....	33
Decreto 924 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicado el día 22 de febrero de 2016: MODIFICA DECRETO N° 518, DE 1998, DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.....	40
Reducción de Condena.....	43
CAPÍTULO 3: JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD	46
JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	46
Almonacid Con Chile.....	46
Masacre de Mapiripán con Colombia.....	48
Masacre de La Rochela con Colombia.....	50
Gómez Paquiyauri con Perú.....	55
JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	56
Libertad Condicional.....	57
Reducción de Condena.....	67
Permisos de Salida.....	68
CAPÍTULO 4: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE ELLOS PARA CHILE	71
EL ARGUMENTO DE LA IRRETROACTIVIDAD PENAL.....	71

APLICACIÓN RETROACTIVA DE CAMBIOS LEGISLATIVOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA: UNA PRÁCTICA LEGISLATIVA Y JUDICIALMENTE ACEPTADA.....	74
IRRETROACTIVIDAD Y LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.	77
ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL RESPECTO A DELITOS DE LESA HUMANIDAD: EL CRITERIO INTERNACIONAL; SU SITUACIÓN EN CHILE...	89
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	92
SÍNTESIS DEL PANORAMA ACTUAL.....	95
Jurisprudencia: fallos de la CS.....	95
Inconsecuencias normativas.....	96
PROPUESTAS DE CAMBIOS LEGISLATIVOS	97
CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES	100

INTRODUCCIÓN

Diversos han sido los factores que han posicionado la temática de la concesión de beneficios penitenciarios a personas condenadas por delitos de lesa humanidad en la palestra de discusión mediática y social.

No nos es ajeno el periodo histórico que vivió nuestro país en la década de los '70. Específicamente el 11 de septiembre del año 1973 donde las fuerzas armadas se levantaron en contra del gobierno del entonces Presidente de la República Salvador Allende Gossens. Esta situación se prolongó hasta el 10 de marzo de 1990.

En aquel entonces la represión a las personas que comulgaban ideologías de izquierda fue voraz:

Sus primeros meses se constituyen como “la época más violenta de todo el período represivo [...] (ya que) de las 3.197 víctimas identificadas de ejecuciones y desapariciones forzadas que ocurrieron en todo el gobierno militar, 1.823 se produjeron en el año 1973. Por su parte, “el 61% de las 33.221 detenciones que fueron calificadas por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, corresponde a detenciones efectuadas en 1973”. Esta misma Comisión señaló que “más del 94% de las personas que sufrieron prisión política” dijeron haber sido torturadas por agentes estatales”¹.

Una vez ocurrido el retorno formal a la democracia, los crímenes ejecutados por militares o civiles con la aquiescencia del Estado no estaban siendo investigados de forma seria y, en los pocos que sí lo eran, se buscaban y aceptaban resquicios legales como la prescripción para dejar a los autores de estos hechos en la completa impunidad.

Se hizo necesaria la agitación social para que este tema fuese tomado con la dedicación y seriedad que requería. Fueron las mismas asociaciones de familiares y amigos/as de detenidos/as desaparecidos/as, de torturados/as y de personas que se

¹ (2006). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso «Almonacid Arellano y Otros vs Chile» 26 de Septiembre de 2006. *Ius et Praxis*, 12(2), 267-347. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200011>.

interesaban a este respecto, los que comenzaron a evidenciar las faltas y omisiones que se estaban cometiendo en el Poder Judicial.

A mediados de la década de los '90 se comenzó a otorgar seriedad a la temática y comenzaron a resultar condenados los responsables por los actos u omisiones constitutivos de delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. Sin embargo la ejecución de su pena se verificó en cárceles especiales que contaban con condiciones materiales muy por sobre la media de los recintos penitenciarios en general: si bien el penal "Cordillera" ya fue cerrado durante el gobierno de Sebastián Piñera Echeñique, los internos de este recinto fueron trasladados al penal "Punta Peuco" el que continúa siendo un recinto especial pese a las promesas de cierre que estuvieron en pie durante el periodo presidencial de Michelle Bachelet.

La cárcel "Punta Peuco" fue creada mediante el decreto 580 del Ministerio de Justicia el 14 de junio de 1995, aduciendo que no se configuraba como una discriminación arbitraria, sino que dicha segmentación venía dada por razones de seguridad de las personas privadas de libertad que se encontraban en su interior, en específico por el temor a ataques de grupos subversivos.

Posteriormente, y respecto de los pocos autores que fueron condenados por sus delitos surgió la discusión en cuanto a la concesión de beneficios penitenciarios, sobretodo respecto de los que permiten estar en el medio libre de manera anticipada.

Esta discusión se volvió mediática y el contexto de elecciones presidenciales obligó a los/as candidatos/as a referirse a este tema. Así la cosas, días antes de la oficialización de la candidatura del ex Presidente Sebastián Piñera, Raúl Meza, el denominado abogado de los reos de Punta Peuco, señaló que presentaría una carta a dicho candidato con el fin de que:

1. *"en el programa de su futuro gobierno se elabore una legislación destinada a establecer que los reos condenados con enfermedades crónicas y terminales*

puedan cumplir su pena bajo arresto domiciliario, excluyéndolos de la privación de libertad en establecimientos penitenciarios”²

2. *A las “causas judiciales sobre derechos humanos se les apliquen las normas del nuevo proceso penal, y con ello, se elimine la figura de los ministros en visita en este tipo de causas. De manera, que los fiscales del Ministerio Público sean los encargados de llevar a cabo el proceso”³.*
3. *“Se proponga una iniciativa que aplique una rebaja sustancial de la pena a aquellos militares condenados por violación a los derechos humanos que aporten información acreditable y fidedigna del paradero de los detenidos desaparecidos”⁴*

Por su parte, y ante la petición de indultos realizada por Raúl Meza fundada en el estado de salud de los internos de Punta Peuco, el candidato Alejandro Guillier puso en tela de juicio la veracidad de las enfermedades aquejadas que se reclamaban. Señaló, de esta forma, que:

“se conocieron en el pasado muchos casos de personas que se decía que tenían enfermedades gravísimas y después se terminaron riendo de todos los chilenos”⁵

A su vez, recordó que

“todos tenemos las imágenes grabadas de un señor que se paró de una silla de ruedas, donde dijo ‘yo soy una persona que merece la compasión’ y además con prepotencia se rió del país”⁶

² La Tercera (15 de marzo, 2017). La Carta del Abogado de los Internos de Punta Peuco a Sebastián Piñera. Recuperado de: <http://www.latercera.com/noticia/la-carta-del-abogado-los-internos-punta-peuco-sebastian-pinera/> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ El Dínamo (27 de marzo de 2017). Guillier rechazó indulto a violadores de DD.HH. de Punta Peuco recordando a Pinochet y su silla de Ruedas. El Dínamo. Recuperado en: <http://www.eldinamo.cl/nacional/2017/03/27/guillier-rechazo-indulto-a-violadores-de-dd-hh-de-punta-peuco-recordando-a-pinochet-y-su-silla-de-ruedas/> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

⁶ *Ibidem*.

En cuanto a la percepción social respecto a la problemática, el estudio N° 187 de Cadem de fecha 14 de agosto de 2017⁷ evidencia que un 79% de los/as encuestados/as creen que las personas condenadas por delitos de lesa humanidad deben cumplir sus condenas en cárceles normales junto a delincuentes comunes. Asimismo un 80% de las personas encuestadas creen que el gobierno debe cerrar la cárcel Punta Peuco y trasladar a los reos que ahí cumplen condenas a cárceles comunes. Finalmente, respecto de la concesión de beneficios penitenciarios a personas condenadas por delitos de lesa humanidad un 63% cree que los militares presos por delitos de derechos humanos no deben tener beneficios carcelarios sin importar su edad o salud.

Resulta llamativo que un porcentaje tan alto de encuestados/as no esté de acuerdo con la concesión de beneficios penitenciarios ni siquiera en casos de enfermedad o por razones de edad y los problemas que esta pueda traer aparejados, convirtiéndose en un indicador importante para determinar la repercusión social del otorgamiento de beneficios penitenciarios a las personas antes mencionadas, cuestión que será analizada dentro de este trabajo investigativo.

A esta discusión nadie ha estado ajeno, desde personas del mundo eclesiástico hasta personeros/as políticos/as han sido agentes activos en este ir y venir de ideas, posturas y propuestas, sin embargo, el mundo académico no ha participado de forma relevante, como sí lo ha hecho en otras temáticas de contingencia nacional.

En razón de esto, y sin desconocer su trasfondo político, este trabajo buscará abordar la discusión desde un punto de vista académico, técnico y legal, estableciendo si existe o no una vinculatoriedad de las normas y estándares internacionales para nuestro país y determinar el grado de cumplimiento de este.

PROBLEMATIZACIÓN

⁷ Plaza Pública Cadem (14 de agosto de 2017). Track Semanal de Opinión Pública. Santiago de Chile.: Cadem. Recuperado en: <https://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2017/08/Track-PP187-Agosto-S2-VF.pdf> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

Tal como se ha dicho, desde el año 2015 el conflicto suscitado respecto a la concesión de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad ha venido agudizándose como tema de opinión pública, puntualmente desde que se discutió la concesión de Libertad Condicional a un condenado por el Caso Degollados⁸. Desde esa fecha, se han instalado en la discusión argumentos de distinta naturaleza, mayoritariamente políticos, democráticos, humanitarios y jurídicos. En cuanto a estos últimos, estimamos que aún quedan interrogantes que agotar:

¿Es suficiente la legislación interna para la solución de estos casos, en consideración al panorama jurídico, social y político, tanto interno como internacional? ¿Qué solución nos ofrece?

¿Es vinculante el derecho internacional presuntamente aplicable? ¿Tiene alguna aplicación retroactiva la normativa internacional en ésta, la etapa de ejecución de la pena? Luego, ¿nuestro ordenamiento interno se ha intentado ajustar al derecho internacional aplicable?

Así, en respuesta a estas interrogantes, y a modo de diagnóstico, comenzaremos por realizar un análisis de la legislación internacional en busca de algún tratamiento normativo especial del asunto que nos ocupa, para posteriormente analizar si la legislación nacional se ajusta a ésta y de qué forma. Luego, de la misma manera y en el mismo sentido, analizaremos jurisprudencia internacional y nacional.

Posteriormente, estudiaremos y trataremos de discernir la vinculatoriedad efectiva de las normas internacionales para el Estado de Chile, y cuál es el grado de cumplimiento de estas obligaciones.

⁸ González, A. (2015, septiembre 21). Caso Degollados: Suprema rechaza libertad condicional de coronel condenado. Emol. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/09/21/750814/Caso-Degollados-Suprema-rechaza-libertad-condicional-de-coronel-condenado.html> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

CAPÍTULO 1: OBJETO DE ESTUDIO.

DELITOS.

En el entendido anterior, y para fines de nuestra investigación, nos es necesario definir qué acciones entendemos por *delito de lesa humanidad*.

El criterio de determinación de estas acciones no es antojadizo: en primer término, viene dado por la ley: en 2009, se dicta en nuestro país la ley 20.357 que *Tipifica los delitos de lesa humanidad, de genocidio y de guerra* que, tal como lo indica su Historia:

“tiene por objeto perfeccionar y adecuar la legislación chilena tipificando conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con miras a la ratificación de dicho tratado”⁹.

Tal como se verá, en la época de estudio escogida aún no existía esta determinación legal. Pese a ello, en las condenas respectivas sí se considera, cuando corresponde, el carácter de lesa humanidad al momento de calificar las acciones delictuales, en atención a las mismas circunstancias señaladas luego en el artículo 1 de la ley 20.357, esto es:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que

⁹ Historia de la Ley N° 20.357. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 18 de julio de 2009. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4697/#h2_1_1

les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Con lo cual, en segundo término, este carácter viene dado por el reconocimiento por parte del poder judicial en una sentencia condenatoria.

ÉPOCA.

En consideración a lo ya dicho en párrafos anteriores, los delitos que abarcaremos en esta investigación son aquellos cometidos entre los años 1973 y 1989 en Chile, es decir, durante la dictadura militar. A este periodo histórico respectan la mayoría, sino todas, las sentencias por delitos de lesa humanidad en nuestro país.

BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN ESTUDIO.

Dada la importancia y significado social que tiene, sólo nos referiremos a los beneficios penitenciarios que impliquen para el beneficiado recuperar de forma regular, en mayor o en menor medida, la libertad ambulatoria antes del cumplimiento del total de la pena a la que fue condenado. En este entendido, los beneficios penitenciarios recogidos por esta investigación serán: Libertad Condicional; Reducción de Pena (Ley 19.856) y; Permisos de Salida.

CAPÍTULO 2: LEGISLACIÓN RESPECTO A LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

Con el fin de lograr una mejor esquematización del presente apartado, lo subdividiremos en dos, por un lado las normas emanadas desde la Organización de la Naciones Unidas (en adelante ONU, indistintamente) en un contexto global y, por otro lado las emanadas de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA, indistintamente) en un contexto regional latinoamericano, comenzando por una narración sucinta de la historia legislativa en ambos contextos y posteriormente la focalización en los instrumentos legales de interés.

Contexto global: Ordenamiento de Naciones Unidas.

En el transcurso de la historia, la humanidad se ha visto enfrentada a grandes eventos que han significado una vulneración de gran categoría a la vida y honra de las personas. Nos referimos, en específico, a la primera y segunda guerra mundial y al holocausto nazi, sucesos que además de sus consecuencias indeseadas, hicieron que se comprendieran estos conflictos desde una nueva óptica forzando a preocuparse de la protección a las personas ante el exorbitante poder que concentraban los Estados. Es así que, como consecuencia de esta preocupación, en el año 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Declaración Universal de Derecho Humanos (en adelante la declaración o DUDH, indistintamente), la que se convierte en el sustento y fundamento de muchos otros instrumentos de Derechos Humanos en el transcurso del tiempo.

Lo anterior, se confirma en el preámbulo de dicha Declaración, donde se sostiene que:

“considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la

humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; [...] LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”¹⁰.

Sin perjuicio de la relevancia de esta Declaración, existe un fenómeno que data desde aquel entonces y que no ha podido ser resuelto hasta el día de hoy, y se trata del fenómeno que denominaremos “reconocimiento tardío” según el cual las personas gozan de derechos que no se reconocen hasta que han sido violados de manera constante y sistemática en un periodo de tiempo.

En este afán de protección y reconocimiento es que comienzan a surgir conceptos e instituciones cuyo principal objetivo será el resguardo de los derechos que han sido considerados inherentes a las personas.

De nuestro especial interés es la aparición del concepto de “delitos de lesa humanidad” que conforme a la definición de la RAE ¹¹ serían delitos que dañan a la humanidad, es decir, delitos que dada su gravedad, afectan a la humanidad en su conjunto. Esta cuestión da paso a que esta tipología de delitos ya no sea solo de la preocupación de los Estados que ejercen jurisdicción sobre el territorio en el que se han cometido, sino que involucra a toda la comunidad internacional.

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 217 A (III). París, Francia. 10 de diciembre de 1948.

¹¹ Real Academia Española. Leso, sa. Diccionario de la Lengua Española. Recuperado en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=leso>.

Así las cosas, luego de la segunda guerra mundial se instalan los tribunales internacionales de Núremberg y Tokio que buscaban sancionar las atrocidades cometidas por los alemanes y japoneses, respectivamente, en el transcurso de la segunda guerra mundial. La medida fue altamente criticada por la transgresión al principio de irretroactividad de la ley y por el principio de territorialidad de la jurisdicción. Por su parte, existían cuestionamientos políticos hacia el hecho de que fueran los países vencedores los que juzgaran a los perdedores, cargando en estos últimos todas las culpas.

Teniendo todo lo anterior en consideración, el Consejo de Seguridad de la ONU instituyó a un consejo de expertos/as el estudio de la posibilidad de creación de un tribunal internacional en materia criminal que se hiciera cargo de estos temas, cuestión que sólo tomó fuerza luego de los genocidios yugoslavos y ruandés.

A estos efectos, se crea la Corte Penal Internacional (O, en adelante, CPI, indistintamente) con el fin de evitar la adopción de tribunales ad hoc en crímenes que atenten contra los derechos humanos de las personas, impidiendo así los conflictos de competencia y de irretroactividad que se generaba con la instauración de tribunales de forma posterior a la comisión de los hechos.

Especial relevancia cobra, para el presente trabajo, el preámbulo del Estatuto de Roma (en adelante el Estatuto, indistintamente) donde se señala que:

*“**Conscientes** de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,*

***Teniendo presente** que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”¹²*

Esta cuestión viene a reflejar que los conflictos ya no se entienden como problemas que afecten sólo a los Estados, o que sean solo de competencia de estos. Al comprenderse

¹² Preámbulo del Estatuto de Roma. Naciones Unidas PCNICC/1999/INF/3. Roma, Italia. 17 de julio de 1998.

a los pueblos como un “patrimonio común” se entiende, a su vez, que existen delitos que afectan este nuevo bien jurídico. Así, se concluye que:

“esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”¹³

Se reconoce que la creación de la CPI nace como consecuencia de las atrocidades que ha experimentado la humanidad en el transcurso de la historia, y establece o reconoce un principio del derecho internacional de los derechos humanos como lo es el que:

“los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”¹⁴.

Por lo demás, y en consonancia con lo anterior, los Estados develan que el fundamento de convenir este Estatuto guarda relación con

“poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes -los contenidos en este instrumento- y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”¹⁵.

Resulta llamativa la idea de prevención general que nace como consecuencia de poner fin a la impunidad. En otras palabras, conforme a lo expresado en el Preámbulo del Estatuto, el poner fin a la impunidad y la prevención de nuevos delitos, tiene una relación de causa y efecto. Esta cuestión adquiere relevancia toda vez que si bien la CPI sólo podrá conocer los delitos posteriores a su entrada en vigencia, los Estados manifiestan la intención de poner fin a la impunidad de los autores/as que hayan cometido este tipo de delitos con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto. Esta idea será retomada más adelante cuando analicemos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, la importancia del Estatuto, radica en el hecho de que no solo advierte que la Corte se hará cargo de juzgar a los delitos más graves que afecten a la humanidad en su conjunto, sino que también define cuáles serán estos delitos.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

Al efecto, el artículo 5 del Estatuto señala que:

“La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.”

En vista del objeto del presente trabajo, nos centraremos sólo en el delito de lesa humanidad, el que es definido por el artículo 7 del Estatuto como:

(...) “cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

Resulta igual de importante o esclarecedor que en dicho Estatuto se entreguen criterios de concesión de beneficios penitenciarios ya que se trata del único cuerpo normativo de derecho internacional que se refiere específicamente a esta materia. De esta forma, el artículo 110 nos señala que en el examen de *reducción de la pena*:

*“1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.
2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.
3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.
4. Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:
a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.*

5. La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.”

Al respecto, las Reglas de Procedimiento y Prueba señalan:

Sección V. Examen de una reducción de la pena con arreglo al artículo 110

Regla 223: Criterios para el examen de una reducción de la pena

Al examinar una reducción de la pena de conformidad con los párrafos 3 y 5 del artículo 110, los tres magistrados de la Sala de Apelaciones tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 4 a) y b) del artículo 110, además de los siguientes:

- a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
- b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;
- c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;
- e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

Regla 224: Procedimiento para el examen de una reducción de la pena

1. A los efectos de la aplicación del párrafo 3 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala celebrarán una audiencia, a menos que, por razones excepcionales decidan otra cosa en un caso determinado. La audiencia se realizará en presencia del condenado, que podrá comparecer asistido de su abogado, y con servicios de interpretación si fuese necesario. Los tres magistrados invitarán a participar en la audiencia o a presentar observaciones por escrito al Fiscal, al Estado de ejecución de una pena impuesta con arreglo al artículo 77 o una orden de reparación dictada con arreglo al artículo 75 y, en la medida de lo

posible, a las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones. En circunstancias excepcionales, la audiencia podrá realizarse por medio de una conferencia de vídeo o, en el Estado de ejecución, por un juez delegado por la Sala de Apelaciones de la Corte.

2. Los mismos tres magistrados comunicarán lo antes posible la decisión y sus fundamentos a quienes hayan participado en la audiencia de examen.

3. A los efectos de la aplicación del párrafo 5 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala examinarán la cuestión de la reducción de la pena cada tres años, a menos que indiquen un intervalo más breve en la decisión que adopten de conformidad con el párrafo 3 del artículo 110. De producirse un cambio significativo en las circunstancias, esos tres magistrados podrán autorizar al condenado a pedir una revisión dentro de los tres años o del período más breve que hayan fijado.

4. A los efectos de una revisión con arreglo al párrafo 5 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala invitarán a que formulen observaciones escritas el condenado o su abogado, el Fiscal, el Estado de ejecución de una pena impuesta con arreglo al artículo 77 o una orden de reparación dictada con arreglo al artículo 75, y, en la medida de lo posible, las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones. Los tres magistrados podrán decidir además que se celebre una audiencia.

5. La decisión y sus razones serán comunicadas lo antes posible a quienes hayan participado en el procedimiento de examen.

Contexto latinoamericano: Ordenamiento de la OEA.

A partir de los años 40 y hasta finales de la década de los 80, en Latinoamérica se desarrollaron múltiples regímenes dictatoriales. Paradigma de ello son los casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile. Además del periodo de tiempo, estas dictaduras tuvieron como factor común la sistemática vulneración de derechos humanos durante su vigencia, y también luego de finalizadas. En medio de este clima, y teniendo también como antecedente las ideas surgidas con posterioridad a las guerras mundiales,

surge en Latinoamérica, como un intento de limitar el abuso en el ejercicio de las potestades estatales respecto al individuo en tiempos de paz, el llamado “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, compuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH, indistintamente) como norma basal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH, indistintamente) como órgano principalmente político y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, indistintamente) como órgano judicial.

La adopción de este sistema para las américas resulta en un paso decisivo en materia de derecho internacional de los derechos humanos, pues los derechos fundamentales ya no estarían consagrados simplemente en instrumentos declarativos, sino que serían resguardados por un mecanismo jurisdiccional y obligatorio convenido por los Estados parte.

En este entendido, cobra especial relevancia este sistema para efectos de este trabajo, pues Chile adhiere a la Convención y a los órganos político y judicial del Sistema, siendo entonces la vía internacional “más próxima” en términos jurídicos para cautelar las garantías fundamentales y, en definitiva, conocer, en general, los casos en que dichas garantías resulten lesionadas por individuos bajo la jurisdicción del Estado parte.

Cabe señalar en este punto que, a diferencia del Sistema de Naciones Unidas, el Sistema Interamericano no está redactado con una técnica legislativa en “clave penal”, señalando una tipología de actos punibles, sino más bien consagra una serie de derechos protegidos, el deber de los Estados parte respecto de ellos, y los mecanismos en que operarán los órganos político y judicial para cautelarlos.

La explicación para esta forma de redacción reside en lo que ya señalábamos anteriormente: el Sistema Interamericano surge como un medio de protección, eminentemente preventivo, de los individuos respecto del Estado de que se trate, por lo que conoce y juzga principalmente la responsabilidad que al Estado le cabe respecto a una violación de derechos, y no la responsabilidad penal de individuos determinados, como sí lo hace el Sistema de Naciones Unidas (que resulta en un sistema eminentemente reactivo).

Lo anterior, sin perjuicio de que, tal como vimos, en la configuración objetiva de la mayoría de los delitos de lesa humanidad competencia de la CIP se tenga como elemento el estar asociados los/as autores/as al mecanismo estatal.

Dicho esto, para efectos de este trabajo resulta relevante referirse a este sistema:

- a. *La adhesión de Chile al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* El Decreto 873 de 5 de enero de 1991, que “Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica” señala que:

(...) con fecha 22 de noviembre de 1969 el Gobierno de Chile suscribió en la ciudad de San José, Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

(...) dicha Convención ha sido aceptada por mí (Patricio Aylwin Azocar), previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 458, del Honorable Senado, de fecha 14 de Agosto de 1990; y el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990 (...)

Seguidamente, el decreto reconoce expresamente la competencia tanto de la CIDH como de la Corte IDH, para luego señalar que dicho reconocimiento está sujeto a un marco temporal:

(...) el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990 (...)

- b. *En cuanto a lo sustantivo,* incluimos un sintético índice de los deberes de los Estados parte y de los derechos amparados por la CADH:

i. PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

1. CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

- a. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

b. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

2. **CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS**

a. Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

b. Artículo 4. Derecho a la Vida

c. Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

d. Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

e. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

f. Artículo 8. Garantías Judiciales

g. Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

h. Artículo 10. Derecho a Indemnización

i. Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

j. Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

k. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

l. Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

m. Artículo 15. Derecho de Reunión

n. Artículo 16. Libertad de Asociación

o. Artículo 17. Protección a la Familia

p. Artículo 18. Derecho al Nombre

q. Artículo 19. Derechos del Niño

r. Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

s. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

t. Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

u. Artículo 23. Derechos Políticos

v. Artículo 24. Igualdad ante la Ley

w. Artículo 25. Protección Judicial

3. **CAPITULO III - DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

a. Artículo 26. Desarrollo Progresivo

c. *Referencias a delitos de lesa humanidad y/o a ejecución de la pena.* Tal como se ha visto, la CADH no hace referencia a una tipología de delitos, ni distingue un tipo especial de hechos vulneratorios de los derechos que consagra. Por otra parte, y

como intuitivamente resulta de lo anterior, la Convención tampoco se refiere a la etapa de ejecución de la pena de estos delitos, ni consagra estándares especiales para ello.

LEGISLACIÓN NACIONAL

El periodo histórico que nos ha llevado como comunidad a discutir respecto de los delitos de lesa humanidad en su conjunto sucede, en nuestro contexto nacional, entre los años 1973 y 1989, periodo conocido como la dictadura cívico-militar chilena, que dejó un saldo de 40.000.- víctimas, de las cuales 3.065.- se encuentran muertas o desaparecidas¹⁶ al día de hoy¹⁷.

Una vez terminado el Estado de Sitio, se dicta el decreto ley DL 2191 de 1978, que además de conceder la Amnistía a los partícipes de delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1978, con excepción de los enumerados en el artículo 3 y que tengan acción penal vigente en su contra, concede la Amnistía a todos los condenados por los tribunales militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, conforme lo declara su artículo 2.

El 26 de Junio del año 2009 se promulga la **ley 20.357**, que tal como se sostiene en la Historia fidedigna de la Ley, tiene como finalidad principal cumplir con la obligación adquirida por el Estado de Chile al momento de ratificar ser parte del Tratado de Roma. Al efecto, se declara que:

“La presente moción tiene por objeto perfeccionar y adecuar la legislación chilena tipificando conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con miras a la ratificación de dicho tratado. Este proyecto responde a lo señalado en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma,

¹⁶ Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (2011). Informe y Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas en la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión, Política y Tortura (Valech II). [online] Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe2011.pdf> [Última visita: 15 Mar. 2018].

¹⁷ Al 15 de marzo de 2018, fecha de entrega de esta tesis.

conforme al cual es deber de todo Estado Parte ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Además, en virtud del principio de complementariedad, la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los mismos es subsidiaria o complementaria, pues la jurisdicción en primer término pertenece a los Estados. Por consiguiente, los Estados son los primeros llamados a ejercer jurisdicción respecto de esos crímenes. La Corte sólo asumirá competencia en los casos en que no exista ejercicio de la jurisdicción por parte del propio Estado, cuando éste no se encuentre en condiciones objetivas de ejercerla o no esté realmente dispuesto a hacerlo”.¹⁸

De conformidad con esta ley, se entenderá por delito de lesa humanidad aquellos que se enumeran en la ley, teniendo como particularidad el contexto en el que se cometen. Es así, que el artículo 1 de esta ley declara que:

“constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

Es menester tener presente que no son los delitos enumerados, en sí mismos, los que son de una gravedad tal que sean catalogables como atentatorios contra la humanidad en su conjunto, tal es que, si estos acontecieran en condiciones “normales” como lo es un Estado democrático de Derecho, la comisión de estos no sería calificable como delitos de lesa humanidad.

Entonces, el primer elemento distintivo viene dado por la *sistematicidad o generalidad del ataque* en contra de la población civil. Si los delitos que enumeran en la ley 20.357 no son cometidos de forma sistemática o generalizada con el fin de atacar a la población civil, no serán delitos de lesa humanidad, sino sólo simples delitos.

¹⁸ Historia de la Ley 20.357. *Supra* Nota 7.

El segundo elemento distintivo viene dado por una característica del sujeto activo, esto es, que el ataque señalado de forma precedente debe ser *realizado como una política de Estado*, por agentes o funcionarios de éste, o por grupos organizados que detenten un poder o control tal que les permita la *impunidad*.

Bajo estos presupuestos, la comisión de determinados delitos son considerados atentatorios contra la humanidad, puesto que se entiende que las personas quedan en la indefensión, por una parte, por ser el ente protector -el Estado o sus agentes- quien también es el sujeto activo del hecho punible y, en definitiva, luego de la configuración del delito no se permita un acceso a la justicia a través del sistema judicial, que es uno de los tres Poderes del Estado. Por otra parte, se teme que un grupo organizado detente de tal forma el poder que las vulneraciones de derechos por ellos producida quede en la impunidad por no poder acceder las víctimas a un sistema de justicia con un debido proceso y garantías suficientes.

Dicho esto, pasaremos a analizar la normativa nacional referida a los beneficios penitenciarios objeto de este estudio con el fin de discernir si existe una diferenciación en el tratamiento a condenados/as por delitos de lesa humanidad y a condenados por los denominados delitos comunes.

Aclaraciones preliminares

- a. En nuestro país, la regulación penitenciaria no está sistematizada en un solo cuerpo normativo. El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios es la norma más general en esta materia, regulando aspectos básicos tales como la administración de los establecimientos penitenciarios; derechos y deberes de los internos; régimen disciplinario, entre otros. Otras materias, tales como el Estatuto Laboral al interior de los recintos penitenciarios, ha sido regulado en leyes especiales, y así también pasa con la regulación de los beneficios penitenciarios. En cuanto a los que son objeto de estudio, cabe aclarar que:

- 1) La Reducción de Pena está regulada en una ley especial, y su Reglamento en un Decreto.
- 2) La Libertad Condicional está regulada en un Decreto Ley, y su Reglamento en un Decreto.
- 3) Los Permisos de Salida están regulados en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que es el cuerpo normativo más general de la regulación penitenciaria.

En estas consideraciones podemos afirmar que la regulación penitenciaria en general, y asimismo en lo tocante a beneficios penitenciarios, es *heterogénea* y *dispersa*, pues no está contenida en un cuerpo normativo uniforme; emana de fuentes y poderes distintos y es de naturalezas diversas.

b. Relación entre beneficios:

A pesar de que estén regulados de manera heterogénea, los beneficios penitenciarios en comento guardan ciertos factores de conexión entre ellos que permiten formar un entramado normativo:

-Los beneficios en comento importan, en lo más práctico, **una recuperación anticipada del derecho a la libertad ambulatoria del beneficiado, en mayor o menor intensidad**. De nuestra parte, afirmamos que a este respecto hay una *escala de progresividad* entre los Permisos de Salida y la Libertad Condicional (ordenados de mayor a menor: permiso de salida dominical; de fin de semana; diario y finalmente libertad condicional).

-Desde el año 2015, por orden del Director Regional Metropolitano de Gendarmería de Chile que complementa la forma de aplicación de la regulación sobre **Libertad Condicional**, una consideración al confeccionar las listas de internos postulantes al beneficio es haber sido o estar siendo éste beneficiado por algún **Permiso de Salida**.

-A su vez, según señala el artículo 5 de la ley 19.856, la *conducta sobresaliente* calificada para el beneficio de **Reducción de Pena** sirve de *antecedente calificado* para la evaluación y concesión de la **Libertad Condicional**.

-Los tres tipos de beneficio utilizan como base de la evaluación de su concesión la *calificación de conducta* bimestral señalada en el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

-Como se verá, los procedimientos de concesión de estos beneficios son en su mayoría en sede *administrativa*, e interviene significativamente, en mayor o menor medida, Gendarmería de Chile (como autoridad administrativa).

Libertad Condicional.

Regulación: establecida en el DL 321 del 12 de marzo de 1925 y complementada por su Reglamento, Decreto 2442 de 26 de noviembre de 1926

Contenido: El Decreto 2442 que fija el texto del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, señala:

Art. 1°. La libertad condicional es un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, i una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada.

Art. 2°. Se establece la libertad condicional como una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por mas de un año, que por su conducta i comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interes en instruirse i por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, haya demostrado que se encuentra corregido i rehabilitado para la vida social.”¹⁹

¹⁹ Decreto Ley N° 2442. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de Noviembre de 1926, art. 1 y 2.

La Libertad Condicional, entonces, no se trata de una reducción de la pena, sino sólo de una forma de cumplimiento alternativa de ésta una vez cumplidos los requisitos establecidos en la ley.

Requisitos: Se encuentran regulados tanto en el artículo 2 del DL 321 como en el artículo 4 del Decreto 2442. El primero de ellos señala:

“Todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- 1. Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva;*
- 2. Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno;*
- 3. Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena; y*
- 4. Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir.”²⁰*

Posteriormente, el artículo 3 nos entrega un listado de condenados/as que tendrán mayores o menores exigencias para postular a la libertad condicional, en la forma detallada en la Tabla 1.

TABLA 1

Condenado a/por	Requisito aumentado²¹	Concreción del aumento
Presidio Perpetuo Calificado	Numeral 1. Aumenta tiempo de condena	Haber cumplido cuarenta años de privación de libertad efectiva

²⁰ DL 321 art. 2.

²¹ Conforme a los numerales del artículo 1 del Decreto 321 del Ministerio de Justicia que establece la libertad condicional para los penados.

Presidio Perpetuo	Numeral 1. Aumenta tiempo de condena	Haber cumplido 20 años de condena
Parricidio, Homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, acción sexual con introducción de objetos en menores de 14 años, acción sexual distinta al acceso carnal en menor de 14 años, producción de material pornográfico elaborado con menores de 14 años, promover o facilitar prostitución de menores, explotación sexual involuntaria ²² , robo con violencia o intimidación ²³ , robo en lugar habitado, homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile, y elaboración o tráfico de estupefacientes. Conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de estupefacientes o psicotrópicos con resultados	Numeral 1. Aumenta tiempo de condena.	Haber cumplido dos tercios de la pena.

²² Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 12 de Noviembre de 1874, artículo 411 quáter.

²³ *Ibíd.*, artículo 436.

de lesiones gravísimas o muerte ²⁴		
Más de 20 años	Numeral 1. Disminuye tiempo de condena exigido	Haber cumplido 10 años de condena. Por este solo evento la pena se fijará en 20 años.
Más de 6 años por los delitos de hurto o estafa	Numeral 1. Disminuye tiempo de condena exigido	Haber cumplido 3 años de condena.
Presidio Perpetuo por Conductas Terroristas junto a otros delitos	Numeral 1. Disminuye tiempo de condena exigido	Haber cumplido 10 años de condena. Requisitos: hechos punibles ocurridos entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998 y firme una declaración de renuncia al uso de la violencia.

Fuente: Elaboración propia en base al artículo 3 del DL 321 del Ministerio de Justicia.

Como podemos apreciar, el legislador establece una regla general en el artículo 2 del Decreto estableciendo cuatro requisitos, sin embargo, establece excepciones en su artículo 3 disminuyendo o aumentando el requisito del numeral 1 del decreto 321, es decir, el requisito del tiempo de cumplimiento de condenas. Un fundamento de discriminación respecto de estos delitos descansa en la **gravedad** que a éstos se les ha otorgado. En efecto, la historia de la ley 20.685 que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad nos señala que:

“el decreto ley N° 321, de 1925, exige que para obtener este beneficio, el condenado debe haber cumplido la mitad de la pena. Sin embargo, tratándose de determinados delitos especialmente graves se exige haber cumplido dos tercios de la misma. Puntualiza que, en el convencimiento que la criminalidad sexual que afecta a niños, niñas y adolescentes es especialmente perniciosa, resulta indispensable extender

²⁴ Ley 18.290. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 7 de febrero de 1984, artículo 196 inciso tercero y cuarto.

para este tipo de delitos la exigencia de haber cumplido dos tercios de la pena.”²⁵ (El destacado es nuestro)

En el mismo sentido, la historia de la ley 19.617 nos menciona que

“[...]ha elaborado una propuesta integral para el tratamiento de estas conductas ilícitas, que la técnica jurídica, aceptada por la criminología y el derecho público contemporáneo, localiza dentro de los "delitos contra la libertad sexual" de mayor gravedad”²⁶.

Así también la historia de la ley 19.927, que busca modificar distintos cuerpos legales penales en materia de delitos de pornografía infantil, señala que

"La gravedad y complejidad de los delitos relacionados con la pornografía infantil, el carácter de internacionalización que adquieren y sus devastadoras consecuencias para las víctimas, han llevado a que los Estados intenten uniformar y perfeccionar sus legislaciones”²⁷. [el subrayado es nuestro]

Las historias de ley citadas anteriormente dejan en evidencia el criterio utilizado para diferenciar los requisitos para acceder a la libertad condicional, cuestión evidenciada en la Tabla 1. En este mismo sentido, podemos observar que en la regulación de este beneficio penitenciario, nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido ninguna normativa especial para condenados por delitos de lesa humanidad.

Procedimiento:

En marzo y septiembre de cada año, el Tribunal de Conducta del recinto penitenciario debe confeccionar dos listas con los/as internos/as que cumplan los requisitos establecidos

²⁵ Historia de la Ley 20.685. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 20 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4263/> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

²⁶ Historia de la Ley 19.617. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 12 de Julio de 1999. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6584/> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

²⁷ Historia de la Ley 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 14 de enero de 2004. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5733/> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

en la ley, acompañando a éstas los antecedentes que permitan una visión integral del comportamiento del/de la postulante en el recinto penitenciario: la ficha única de condenado/a, hoja de conducta, asistencia a escuela y trabajo, además de un **informe psicosocial** del interno/a en relación a la conciencia delictual y progresos y probabilidades de reinserción social, que tenga como conclusión una recomendación dirigida a la Comisión de Libertad Condicional -órgano deliberador compuesto íntegramente por miembros del Poder Judicial de la Corte de Apelaciones correspondiente a cada recinto penitenciario-, en cuanto a otorgar o rechazar el beneficio. Según lo establecido en la norma, la Lista N°1 contiene a quienes cumplen con todos los requisitos, y a los que por tanto se exige contar con sólo el voto favorable de la *mayoría simple* de la Comisión para el otorgamiento del beneficio. A su vez, la Lista N°2 incluye a quienes cumplen a lo menos con los requisitos de tiempo mínimo y de conducta, a los que por tanto, se exige contar con el voto favorable *unánime* de la Comisión.

La Comisión de Libertad Condicional sesiona los meses de abril y octubre, respectivamente, y otorga o rechaza el beneficio según la manera ya descrita.

A este respecto nos parece especialmente importante, desde el punto de vista práctico en la tramitación del beneficio, que el informe psicosocial incluya en su esfera de evaluación las posibilidades de reinserción del condenado/a y conciencia que éste tenga del delito, pues deja abierta la posibilidad de que el órgano deliberador sí tenga en vista estos antecedentes como elementos especialmente decisivos en la evaluación de la concesión del beneficio a condenados por delitos de lesa humanidad, elementos que el legislador, según acabamos de ver, no ha contemplado, pero que sí son estándares en la regulación internacional. Veremos más adelante que hay jurisprudencia nacional que se pronuncia en un sentido parecido a este.

Permisos de Salida

a) Regulación: los permisos de salida en general, están consagrados en el artículo 96 y ss. del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante REP). Están ubicados en el Párrafo 2° del Título Quinto “De las actividades y acciones para la Reinserción Social”.

b) Contenido: el artículo 96 del REP señala:

Los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad. Dichos permisos de salida son los siguientes:

- a) la salida esporádica;*
- b) la salida dominical;*
- c) la salida de fin de semana, y*
- d) la salida controlada al medio libre.*

c) Tipos de permiso de salida, su contenido y sus requisitos.

En la siguiente tabla se exponen los tipos de permiso de salida, su contenido, y los requisitos necesarios para la concesión de cada uno.

TABLA 2

	Contenido	Requisitos
Salida esporádica (Art. 100 y ss. REP)	Hay distintos tipos de salida esporádica: <ol style="list-style-type: none">1. Salida para visitar a personas íntimamente ligadas al condenado, ante un evento de alta importancia para la vida familiar (enfermedad, accidente, etc.)(art. 110)2. Salida por diligencias urgentes que requieren de la comparecencia personal del condenado (art. 101)3. Salida anual, como estímulo o premio	<ol style="list-style-type: none">1. Para su concesión, se tienen a la vista los antecedentes de conducta y/o informes del Consejo Técnico respecto al solicitante y el tiempo de condena cumplido.

	<p>4. Salida por motivos de desarrollo de actividades deportivas, recreativas y culturales</p> <p>Todas las salidas están sometidas a vigilancia o custodia y, por regla general, son por un tiempo limitado que no sobrepasa las 10 horas.</p>	
<p>Salida dominical (Art. 103 REP)</p>	<p>Salida del establecimiento los días domingos, sin custodia, por un período de hasta quince horas por cada salida.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Requiere informe favorable del Consejo Técnico. 2. Requisitos genéricos de reinserción (art. 110): <ol style="list-style-type: none"> a. Haber observado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores a su postulación b. Haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento c. Haber participado en forma regular y constante en las actividades programadas en la Unidad, tales como de capacitación y trabajo, culturales, recreacionales

		<p>d. Tener la posibilidad cierta de contar con medios o recursos de apoyo o asistencia, sean familiares, penitenciarios o de las redes sociales.</p> <p>3. Puede solicitarse a partir de los 12 meses anteriores al día en que el condenado cumpla el tiempo mínimo para optar a la Libertad Condicional</p>
<p>Salida de fin de semana (Art. 104 REP)</p>	<p>Salida del establecimiento desde las dieciocho horas del día viernes hasta las veintidós horas del día domingo como máximo.</p>	<p>1. Informe favorable del Consejo Técnico.</p> <p>2. Requisitos genéricos de reinserción (art. 110):</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Haber observado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores a su postulación b. Haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento c. Haber participado en forma regular y constante en las actividades programadas en la

		<p>Unidad, tales como de capacitación y trabajo, culturales, recreacionales</p> <p>d. Tener la posibilidad cierta de contar con medios o recursos de apoyo o asistencia, sean familiares, penitenciarios o de las redes sociales.</p> <p>3. Haber sido beneficiado con la salida dominical.</p> <p>4. Haber cumplido cabalmente la totalidad de las obligaciones que impone la salida dominical, durante 3 meses continuos.</p>
<p>Salida controlada al medio libre (Art. 105 y ss. REP)</p>	<p>Salir durante la semana por un período no superior a quince horas diarias, con el objeto de concurrir a establecimientos laborales, de capacitación laboral o educacional, a instituciones de rehabilitación social o de orientación personal, con el fin de buscar o desempeñar trabajos.</p>	<p>1. Informe favorable del Consejo Técnico.</p> <p>2. Puede solicitarse a partir de los 6 meses anteriores al día en que el condenado cumpla el tiempo mínimo para optar a la Libertad Condicional</p> <p>3. Requisitos genéricos de reinserción (art. 110):</p> <p>a. Haber observado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores</p>

		<p>a su postulación</p> <p>b. Haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento</p> <p>c. Haber participado en forma regular y constante en las actividades programadas en la Unidad, tales como de capacitación y trabajo, culturales, recreacionales</p> <p>d. Tener la posibilidad cierta de contar con medios o recursos de apoyo o asistencia, sean familiares, penitenciarios o de las redes sociales.</p>
--	--	--

Fuente: Elaboración propia en base al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

c) Procedimiento y cuestiones generales de evaluación:

A continuación, incluimos normas relativas al procedimiento y cuestiones generales de evaluación en la concesión de los Permisos de Salida que adquieren una gran importancia en el tema que nos ocupa, toda vez que, como se verá, han sido materia de reforma el último tiempo.

Artículo 96: (...) El cumplimiento de los requisitos formales sólo da derecho al interno a solicitar el permiso de salida correspondiente (...)

Artículo 97: (...) los permisos de salida sólo podrán concederse a quienes hayan demostrado avances efectivos en su proceso de reinserción social.

Para estos efectos será fundamental el informe psicológico que dé cuenta de la conciencia de delito, del mal causado con su conducta y de la disposición al cambio (...)

Artículo 98.- La concesión, suspensión o revocación de los permisos señalados en el artículo 96 será una facultad privativa del Jefe de Establecimiento; sin embargo, sólo podrá concederlos a los internos que gocen de informe favorable del Consejo Técnico.

Para estos efectos se entenderá que existe informe favorable cuando el Consejo Técnico se pronuncie positivamente acerca de la postulación del interno. (...)

Artículo 109.- Antes de la concesión de cualquiera de los permisos de que trata este Título, deberán analizarse por el Consejo Técnico, cuando corresponda, y en todo caso por el Jefe del Establecimiento, los antecedentes que lo ameriten: la gravedad de los delitos cometidos; la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputaren y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y en general cualquier referencia relativa a la confiabilidad del beneficiario que permitan presumir que no quebrantará su condena.

En efecto, durante el año 2016 el **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos** reforma estas normas generales introduciendo consideraciones especiales para la concesión de permisos de salida a condenados/as por delitos de lesa humanidad mediante el **Decreto 924, publicado el día 22 de febrero de 2016**. Dada la especificidad de esta norma en cuanto al asunto que nos ocupa, nos interesa especialmente desarrollar un análisis pormenorizado de ella. Dedicamos un acápite especial al estudio de este Decreto:

Decreto 924 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicado el día 22 de febrero de 2016: MODIFICA DECRETO N° 518, DE 1998, DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

Considerandos de importancia: el análisis de los considerandos del decreto en comento servirán para comprender la intención del legislador, los antecedentes en que se funda y los objetivos que persigue. En este entendido, extraemos los que nos parecen más relevantes en cuanto al tema que nos ocupa.

6.- *Que, no obstante tratarse de delitos cuya naturaleza pugna con los más elementales derechos de que goza la persona humana, no procede prohibir la concesión de beneficios intrapenitenciarios a quienes fueren condenados por la participación en los mismos, aun cuando hubiesen sido perpetrados en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos, sin perjuicio de lo cual **sí se justifica elevar el estándar para el otorgamiento de dichos beneficios.***

7.- *Que, asimismo, en lo que se refiere a la concesión de beneficios intrapenitenciarios a las personas señaladas en el considerando anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que debe tenerse presente que **su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad.***

8.- *Que en consideración a lo expuesto precedentemente, se hace necesario introducir modificaciones al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, a fin de compatibilizar la concesión de permisos de salida **con los compromisos asumidos por el Estado de Chile en materia de Derechos Humanos.***

(El destacado es nuestro)

Articulado

-El numeral 1 agrega el *arrepentimiento* como un elemento del que debe dar cuenta el informe psicológico realizado por el Consejo Técnico para la concesión de beneficios de salida a condenados/as por delitos de lesa humanidad.

-El numeral 2 aumenta el estándar de *acuerdo* respecto a la concesión. Tal como vimos, la concesión de permisos de salida es una facultad privativa del Jefe del Establecimiento que sólo podrá concederse a los internos que gocen de *informe favorable* del Consejo Técnico, esto es, que respecto a la concesión del beneficio, cuenten con el voto mayoritario de los miembros del Consejo. El numeral 2 eleva este estándar para los condenados objeto de estudio, y exige que para ser considerado *favorable*, la *unanimidad de los miembros del Consejo Técnico* debe pronunciarse positivamente acerca de la postulación del interno al permiso de que se trate.

-En términos de procedimiento, el numeral 3 aumenta las exigencias formales para la concesión de los beneficios, agregando que para completar la concesión del beneficio no basta con el informe favorable del Consejo Técnico y la aprobación del Jefe del Establecimiento, sino que además se requiere de la ratificación de dicha aprobación por parte del Director Regional de Gendarmería correspondiente.

-Por su parte, el numeral 4 agrega la *gravedad del delito* en los elementos que deben considerarse para la concesión de los beneficios de permiso de salida para la generalidad de delitos y solicitudes.

-El numeral 5 intercala el artículo 109 bis y 109 ter:

*Artículo 109 bis.- Para 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."* (El destacado es nuestro)

Esta modificación complementa la del numeral anterior, señalando expresamente que para efectos de la evaluación del elemento *gravedad*, introducido en el numeral anterior, los delitos de lesa humanidad se entenderán como *especialmente graves*. Además de esto, nos parece particularmente interesante la parte destacada: de su lectura se infiere que, en el momento de dirimir sobre la concesión de los beneficios, cabría a las autoridades a cargo hacer un análisis *ex-post* de la sentencia con tal de determinar si ésta versa sobre delitos de lesa humanidad, y así evitar la elusión de la aplicación de esta reforma por medio de interpretaciones formales respecto de las denominaciones usadas en las sentencias condenatorias.

*Artículo 109 ter.- Para poder autorizar alguno de los permisos de salida regulados en este Título a los condenados por los delitos que se señalan en el artículo precedente [109 bis], éstos, además de cumplir con los requisitos generales para su obtención, **deberán acreditar por cualquier medio idóneo que han aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza.** Para estos efectos se considerará la colaboración realizada en las causas en que actualmente se investigue, se juzgue o se haya juzgado al condenado, incluso cuando aquélla se hubiere prestado con posterioridad a la dictación de la respectiva sentencia condenatoria. La misma regla se aplicará tratándose de la colaboración prestada en causas de la misma naturaleza, seguidas en contra de otras personas"²⁸.*

Esta norma introduce el elemento *grado de cooperación del condenado en causas criminales por delitos de lesa humanidad* como elemento obligatorio a considerar para la autorización de la concesión de los permisos de salida. Es introducida en sentido amplio, es decir, se considerará el grado de cooperación en causas de esta naturaleza en cualquier estado procesal que éstas se encuentren, y cualquiera sea el imputado/a en contra de quien se lleve. Con todo, cabe agregar que es una consideración de la que debe dar cuenta la resolución del Jefe del Establecimiento de que se trate.

Los cambios introducidos por esta reforma son del todo novedosos en nuestra legislación. Los considerandos importan un atisbo de voluntad política y legislativa, y los

²⁸ *Ibíd.*, art. 109 ter.

cambios hechos se acercan relativamente a los estándares internacionales exigidos en la materia.

Reducción de Condena.

Regulación: El beneficio de reducción de condena se encuentra regulado y consagrado en la ley 19.856, que Crea un sistema de reinserción social sobre la base de la observación de una buena conducta, y en el Decreto 685 de 23 de noviembre de 2003.

Contenido: los artículos 2 y 3 de la ley 19.856 señalan:

“(...) La persona que durante el cumplimiento efectivo de una condena privativa de libertad, hubiere demostrado un comportamiento sobresaliente, tendrá derecho a una reducción del tiempo de su condena equivalente a dos meses por cada año de cumplimiento

Artículo 3º.- Ampliación del beneficio. A partir de la mitad de la condena, la reducción de pena establecida en el artículo anterior se aumentará a tres meses por cada año.

La ampliación aludida se aplicará sólo a los años posteriores al período correspondiente a la mitad de la condena. Sin embargo, tratándose de condenas a número de años impares, la ampliación se aplicará también al año mismo en el que se cumpliera la referida mitad.”²⁹

Requisitos:

El requisito principal que se contempla en esta ley, es que durante el cumplimiento efectivo de la condena el/la privado/a de libertad tenga un comportamiento *sobresaliente*.

De acuerdo al artículo 7 de la ley, por comportamiento sobresaliente se entenderá *“aquel que revelare notoria disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena.”³⁰* y tendrá como requisitos objetivos los siguientes:

²⁹ Ley 19.856. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 4 de febrero de 2003, art. 2 y 3.

³⁰ *Ibíd.*, art 7.

a) *Estudio: la asistencia periódica del condenado a escuela, liceo o cursos existentes en la unidad penal, siempre que ello redundare en una objetiva superación de su nivel educacional, vía alfabetización o conclusión satisfactoria de los cursos correspondientes a enseñanza básica, media o superior, según fuere el caso.*

b) *Trabajo: la asistencia periódica del condenado a talleres o programas de capacitación ofrecidos por la unidad penal, siempre que ello redundare en el aprendizaje de un oficio o labor provechosa. Asimismo, tratándose de condenados que dominaren un oficio, el ejercicio regular de éste al interior del recinto penal, sea con fines lucrativos o benéficos.*

c) *Rehabilitación: la voluntad exhibida por el condenado, mediante el sometimiento a terapias clínicas, en orden a superar dependencias a drogas, alcohol u otros, en su caso.*

d) *Conducta: espíritu participativo, sentido de responsabilidad en el comportamiento personal, tanto en la unidad penal como durante los traslados, y, en general, cualquier otro comportamiento que revelare la disposición a que se refiere el inciso primero.*

Asimismo, para los efectos de la calificación de que trata esta ley, podrá atenderse al nivel de integración y apoyo familiar del condenado, si lo tuviere, y al nivel de adaptación social demostrado en uso de beneficios intrapenitenciarios³¹.

Para efectos de esta evaluación de comportamiento, existen requisitos formales para acceder a ella:

1. Encontrarse cumpliendo condena por sentencia ejecutoriada;
2. Haber permanecido ininterrumpidamente privado de libertad durante el año que será objeto de calificación.
3. Haber sido calificada su conducta con nota buena o muy buena en los tres últimos bimestres anteriores al inicio del proceso de calificación de comportamiento sobresaliente, de acuerdo a lo establecido en el reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

³¹ *Ibídem.*

Procedimiento: Una vez al año, la Comisión de Reducción de Condena revisa los antecedentes de aquellas personas condenadas por sentencia ejecutoriada, que hayan estado privadas de libertad por más de un año y que su conducta haya sido calificada como *buena* o *muy buena* en los tres bimestres anteriores a la sesión de que se trate. Luego de esto, calificará el comportamiento como *sobresaliente* o no, y examinará si concurre alguna causal de exclusión del beneficio³². Si califica como sobresaliente y no concurre causal alguna, se otorgarán y acumularán los meses que correspondan.

El beneficio se hará concreto sólo en el momento en que se diere total cumplimiento a la pena impuesta, una vez aplicadas las rebajas que correspondieren de acuerdo a lo dispuesto en la norma. Llegada esa fecha, el/la beneficiario/a debe elevar solicitud al/la Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia. El Seremi evaluará nuevamente la concurrencia de los requisitos objetivos, y luego remitirá la solicitud al Ministro de Justicia, quien en un segundo examen verificará nuevamente la concurrencia de causales de exclusión. Luego, el otorgamiento o rechazo del beneficio se efectuará a través de un Decreto Supremo del Ministro.

Entre los requisitos y causales de exclusión de este beneficio, no se encuentra distinción alguna entre condenados/as por delitos comunes y condenados por delitos de lesa humanidad. La única excepción que tiene como criterio de calificación la pena o delito cometido por la persona se encuentra en el literal d) del artículo 17 de esta ley, que excluye del beneficio a los condenados a presidio perpetuo simple o calificado, pero ésta no se refiere a una distinción ni consideración especial.

³² Ley 19.856. *Supra Nota 29*. art. 17.

CAPÍTULO 3: JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

En el presente apartado analizaremos las referencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha otorgado en esta materia.

Adelantamos que si bien la Corte IDH ha tomado un activo rol respecto a la condena a la vulneración de los derechos humanos de los individuos en contextos de dictaduras militares en América Latina, las referencias a la etapa de ejecución de la pena han sido bastante escasas.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, existen declaraciones que nos permiten evidenciar un marco de regulación de la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad.

Con el fin de dar una estructura clara, precisa y concisa, señalaremos los más importantes párrafos de los fallos analizados para, posteriormente, teniendo en cuenta tanto el contexto como la legislación y jurisprudencia podamos llegar a conclusiones respecto del objeto de estudio de esta tesis.

Almonacid Con Chile.

Hechos.

El 16 de septiembre de 1973, en el marco de un régimen militar que derrocó al gobierno del Presidente Salvador Allende en Chile, Carabineros detuvo a Luis Alfredo Almonacid Arellano, profesor de enseñanza básica y militante del partido comunista, disparándole frente a su familia, cuestión que le provocó la muerte al día siguiente.

Se demanda, ante la Corte IDH, la responsabilidad del Estado de Chile por la falta de investigación y de sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del profesor Almonacid, así como la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

Sentencia.

La Corte IDH considera que

“los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”³³.

Por otro lado, esta misma, ha señalado en múltiples oportunidades que

“[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. [...]En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”³⁴.

Lo anterior implica, en relación al artículo 2 de la Convención que

“tal adecuación requiere la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Es

³³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 114.

³⁴ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria (Reparaciones)*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68.

necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma”³⁵.

En cuanto a las leyes de auto-amnistía, la Corte señala que

“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH estima que, independiente de la forma en que se emiten los instrumentos legales, el Estado viola la Convención Americana

“cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”³⁷.

Masacre de Mapiripán con Colombia.

Hechos.

³⁵ Corte IDH. *Supra nota 34*, párr. 118.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 119.

³⁷ *Ibíd.*, párr 120.

El 12 de julio de 1997 un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del Ejército sin exigirles ningún tipo de control. El Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta la localidad de Mapiripán.

El 15 de julio del mismo año, más de cien hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, las comunicaciones y oficinas públicas, y procedieron a intimidar a sus habitantes. Un grupo fue torturado y asesinado.

La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

Sentencia.

La Corte IDH considera que luego de 8 años de ocurrida la masacre

“prevalece la impunidad parcial y la falta de efectividad del proceso penal, que se reflejan en dos aspectos: en primer lugar, la mayoría de los responsables no han sido vinculados a las investigaciones o no han sido identificados ni procesados. En segundo lugar, la impunidad se refleja en el juicio y condena en ausencia de paramilitares que se han visto beneficiados con la inefectividad de la sanción”³⁸.

Sobre la ley 975 de 2005 o más conocida como Ley de Justicia y Paz la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que

“ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos”³⁹.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2015, Serie C No. 134, párr. 296.

³⁹ *Ibíd.* Párr. 304.

Masacre de La Rochela con Colombia.

Hechos.

El 18 de enero de 1989, quince miembros de una comisión judicial se dirigían hacia la localidad de La Rochela. Dicho grupo tenía la misión de investigar las ejecuciones cometidas en perjuicio de 19 comerciantes en dicha región.

La Comisión fue interceptada por un grupo paramilitar denominado “Los Masetos” quienes dispararon contra los vehículos en los que se encontraban los/as funcionarios/as. En razón de ello Mariela Morales Caro, Pablo Antonio Beltrán Palomino, Virgilio Hernández Serrano, Carlos Fernando Castillo Zapata, Luis Orlando Hernández Muñoz, Yul Germán Monroy Ramírez, Gabriel Enrique Vesga Fonseca, Benhur Iván Guasca Castro, Orlando Morales Cárdenas, César Augusto Morales Cepeda, Arnulfo Mejía Duarte y Samuel Vargas Páez fallecieron. Sólo tres personas lograron sobrevivir.

A pesar de haberse interpuesto una serie de recursos, no se llegó a investigar efectivamente lo sucedido ni se pudo sancionar a los responsables

Sentencia.

En el transcurso del proceso las partes han señalado como controversial la aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”, que

“forma parte del marco normativo del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, reincorporación y otorgamiento de beneficios penales, así como en relación con otras normas de dicha normativa tales como el Decreto 128 de 2003.”

40

⁴⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 180.

En el artículo 13 del decreto antes referido se contempla una serie de beneficios jurídicos, estableciendo que

“[d]e conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley [...]”⁴¹.

De la misma forma, el artículo 21 del mismo cuerpo normativo dispone que se excluyen de estos beneficios:

“a quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo a la Constitución Política, a la ley o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios”⁴².

A su vez, la Ley 975 de 2005 conocida como “Ley de Justicia y Paz” es aplicable a los desmovilizados imputados, acusados o condenados por los delitos excluidos de la ley 418, 782 y el decreto 128. El artículo 3 de esta ley

“consagra la “alternatividad” como un “beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa”, cuya duración es de entre 5 y 8 años, “que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”. La concesión del beneficio se otorga según el cumplimiento de “requisitos de elegibilidad” consagrados en los artículos 10 y 11 de dicha ley”⁴³.

La discusión se centra sobre la aplicación de estos instrumentos legales y el entorpecimiento que pueden significar para el establecimiento de la verdad a la que tienen

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 181.

⁴² *Ibíd.*em.

⁴³ Corte IDH. *Supra Nota 41*, párr. 182.

derecho las víctimas y sus familiares. En este contexto se solicita que la Corte establezca los principios y lineamientos generales para la aplicación de esta ley.

Acogiendo esta solicitud, la Corte declara que:

“Dado que existe incertidumbre sobre el contenido y alcance preciso de la Ley 975, que se encuentran en desarrollo los primeros actos del procedimiento penal especial que podría permitir la concesión de beneficios penales para personas que han sido señaladas de tener alguna vinculación con los hechos de la masacre de La Rochela, que aún no existen decisiones judiciales al respecto, y dadas las solicitudes de las partes (supra párr. 191), la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes que debe observar la aplicación del referido marco jurídico de desmovilización. Asimismo, es necesario indicar que los funcionarios y autoridades públicas tienen el deber de garantizar que la normativa interna y su aplicación se adecúen a la Convención Americana.”⁴⁴

En este sentido, agrega que:

“Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin 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 el cumplimiento de la sentencia”⁴⁵.

En materia procesal y de protección a los participantes del proceso, la Corte IDH señala que:

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 192.

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 193.

“Los Estados tienen el deber de iniciar ex officio, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. 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 sus conexiones que hicieron posible las violaciones. En tal sentido, son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones”⁴⁶.

Continúa diciendo que:

“En casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio. La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios”⁴⁷.

Respecto de la participación de las víctimas en los procedimientos judiciales donde se ventilen las causas en que se encuentran imputados sus victimarios, la Corte señala que

“se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 194.

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 195.

éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.”⁴⁸

Al referirse al principio de proporcionalidad de la pena, la Corte ha indicado que la respuesta del Estado a la conducta considerada ilícita

*“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 debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente.”*⁴⁹

Respecto al principio de favorabilidad de una ley anterior, ha sido señalado que debe buscar una

*“armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.”*⁵⁰

Finalmente, y en referencia al principio de cosa juzgada, la Corte IDH se ha manifestado indicando que

*“el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”*⁵¹.

⁴⁸ *Ibídem.*

⁴⁹ Corte IDH. *Supra Nota 41*, párr.196.

⁵⁰ *Ibídem.*

⁵¹ Corte IDH. *Supra Nota 41*, párr. 197.

Gómez Paquiyauri con Perú.

Hechos

Entre los años 1983 y 1993, en el marco del conflicto armado en Perú, se produjeron ejecuciones extrajudiciales sistemáticas a personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, por agentes estatales que seguían órdenes de jefes militares y policiales.

El 21 de junio de 1991, los hermanos Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, de 17 y 14 años de edad respectivamente, fueron interceptados y detenidos, cuando se dirigían al trabajo de su madre, por agentes de la Policía Nacional del Perú que buscaban a personas involucradas en presuntos actos terroristas.

Una vez detenidos, fueron golpeados y subidos a la maletera del patrullero para ser trasladados a la “Pampa de los Perros” donde fueron nuevamente golpeados y asesinados con disparos de armas de fuego en su cabeza, tórax y otras partes de sus cuerpos.

Sus cuerpos sin vida fueron llevados a una morgue en calidad de anónimos. Los cadáveres fueron reconocidos por sus familiares.

Los tribunales realizaron la investigación del caso resultando responsables individualmente los autores materiales de este crimen, sin embargo, pese a que se identificó al presunto autor intelectual, este no fue investigado ni menos sancionado.

Sentencia.

En lo relativo a los beneficios penitenciarios establecidos en la legislación interna del Perú, la Corte prefiere no realizar un análisis al respecto, sin embargo, considera que:

“sin excluir ninguna categoría de condenados, el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves

*de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad*⁵².

Voto razonado del juez Eguiguren

Respecto de este mismo caso, el Juez Eguiguren manifiesta que

*Si bien los dos autores directos de estos crímenes fueron juzgados y sancionados en la jurisdicción interna, recibiendo condenas de 18 y 6 años de prisión respectivamente, diversos aspectos del caso son seriamente cuestionables. En primer lugar, los condenados recuperaron la libertad poco tiempo después de la sentencia, sin haber cumplido siquiera un tercio de la pena con prisión efectiva, acogiéndose a beneficios penitenciarios*⁵³.

En este sentido, el juez hace un llamado a estar alerta al momento de conceder beneficios penitenciarios a los condenados por este tipo de delitos señalando que

*“Aunque no puede negarse la existencia y aplicación de estos beneficios, cuando nos encontramos ante una rehabilitación social del delincuente, su otorgamiento por el Estado –como ha señalado la Corte en esta sentencia-- debe ser debidamente ponderado y analizado. Sobre todo si nos encontramos frente a violaciones graves de los derechos humanos, perpetradas en agravio de un niño y un adolescente inocentes, a fin de evitar que tales beneficios puedan constituir una forma encubierta de impunidad.”*⁵⁴.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Con tal de tener una visión más integral y vinculante respecto a la jurisprudencia nacional que versa sobre la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por delitos

⁵² Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (Fondos, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 145.

⁵³ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (Fondos, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110. Voto Concurrente del Juez Eguiguren, párr. 2.

⁵⁴ *Ibidem*.

de lesa humanidad, hemos optado por analizar los fallos emanados del tribunal jerárquicamente superior que conoce de la apelación de las resoluciones que se pronuncian sobre la concesión de estos beneficios: la Corte Suprema.

La práctica litigiosa en cuanto a beneficios penitenciarios es interponer un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones correspondientes, en contra de la resolución que resuelve la concesión del beneficio. En disconformidad con la resolución de este tribunal, se interpone ante el mismo un recurso de apelación, que una vez concedido será elevado a la Corte Suprema, para que ésta conozca y resuelva.

Las sentencias que hemos analizado para este acápite serán organizadas, en una primera clasificación según el beneficio de que tratan (Libertad Condicional; Reducción de Condena; Permisos de Salida en general) y luego según conceden o no conceden el beneficio de que tratan (desde la perspectiva del tribunal, y no de la resolución que primero se pronuncia), para finalmente ser agrupadas según la línea argumentativa principal que la Corte usa para su fallo.

Libertad Condicional

a. Sentencias que No Conceden o No Reconocen Libertad Condicional

- i. Rol 76487-2016 CS: considera que el D.L. N° 321 contempla en su artículo 3 un elemento de *proporcionalidad* al definir los tiempos mínimos de cumplimiento para acceder u optar a la libertad condicional para determinados delitos. Para los/as condenados/as por los delitos señalados en el artículo 3, la libertad condicional no constituye un derecho que pueda ser exigido por el mero cumplimiento de todos los requisitos del artículo 2, como en el caso de los delitos comunes no previstos en dicho artículo -a que alude, por tanto, el artículo 2 N° 1-, pues atendida la gravedad de los delitos o de las penas impuestas, en esos casos la libertad condicional sólo constituye una situación excepcionalísima al cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, se otorga a la Comisión la “facultad” de conceder la libertad al/la interno/a

petionario/a pudiendo considerar para no otorgarla, por ejemplo, la *gravedad* de los delitos objeto de condena y *extensión de las penas* impuestas. Además, señala que en el caso sub-lite no se cumpliría con el *fin* de la institución, pues debido a recientes condenas y causas pendientes del interno, éste no recuperaría su libertad ambulatoria en caso de concederle el beneficio. Esta sentencia considera la naturaleza del delito para conceder o no el beneficio, en base a un criterio de *proporcionalidad*. Señala expresamente que espera ser útil como **precedente judicial**.

- ii. Rol 52829-2016; 2898-2017 CS: Deniega la Libertad Condicional por el encontrarse el interno en prisión preventiva por otra causa y/o haber sido condenado por un fallo posterior al proceso de Libertad Condicional que se evalúa. La Corte señala que debe resolverse su situación procesal para evaluar la concesión de la Libertad Condicional. En esa misma línea, señala que la libertad ambulatoria es un elemento esencial de la concesión de Libertad Condicional. Desde ya hacemos notar que en rol 2898-2017, la Corte elimina de su resolución los argumentos vertidos por la Corte de Apelaciones que estaban por denegar la Libertad Condicional en una línea de razonamiento de estándares internacionales de Derechos Humanos.
- iii. Rol 20455-2016; 20456-2016 CS. Rechaza por haber utilizado recurso de protección en lugar de recurso de amparo.
- iv. Rol 15005/2016; 15029/2016; 18418/2016; 15030/2016 CS: En el derecho estricto, el condenado cumple los 4 requisitos que la normativa exige para la concesión de la Libertad Condicional. Sin embargo, *no puede desconocerse que el Decreto Ley N° 321, que establece la libertad condicional para los penados, dispone expresamente en su artículo 1 que la libertad condicional constituye un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social*. En este sentido, explica la Corte, la Comisión debería tener la mayor cantidad de antecedentes posibles para deliberar. En la misma línea de ideas, se estima que los informes sociales y psicológicos aportados por el Tribunal de Conducta, que

funda la recomendación de éste en el sentido de *No otorgar la Libertad Condicional*, y que sirve a su vez de fundamento para que la Comisión deniegue el beneficio, es *insuficiente*. Ordena realizar nuevos informes a cargo de funcionarios de entidades públicas diferentes a Gendarmería.

- v. Rol 13802-2016; 13805-2016; 13849-2016; 16341-2016 CS: La Corte estima legal y fundada la decisión de la Comisión de Libertad Condicional en la medida que señala: “*esta Comisión resuelve que los internos que constan en dicha nómina, no reúnen todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 2° del D.L. N° 321 de 1925 y 4° del Decreto N° 2442 de 1926, lo que lleva a concluir que los postulantes señalados no se han corregido o rehabilitado para reinsertarse a la vida social, por lo cual no se concederá a su respecto el beneficio de la Libertad Condicional*”.

En esta misma línea de ideas, estima que la inclusión en la Lista N°2 de postulación por parte del Tribunal de Conducta es legal, pues se funda en un orden lógico de normas. En efecto, la Corte se refiere a la orden *Oficio N° 528/15, de 31/7/2015*⁵⁵, en la cual Gendarmería complementa la aplicación de la regulación de Libertad Condicional, señalando criterios según los cuales se debe incluir a un interno en la Lista N°1 o Lista N°2 de postulación.

Al reconocer la legalidad de estas instrucciones respecto de la inclusión de los internos en la tal o cual lista, la Corte reconoce que el informe psicosocial de los condenados, entonces, sí debe ser evaluado para la concesión de la Libertad Condicional, más allá de la

⁵⁵ “Propuesta del Tribunal de Conducta” que: “Se reitera a los Tribunales de Conducta que, conforme al espíritu de la Ley, en Lista 1 deben ir:

- Todos los internos a los que se les recomiende el beneficio de Libertad Condicional.
- Los internos que estén haciendo uso de beneficios intrapenitenciarios y/o que cuenten con pronóstico criminológico favorable. Se reitera a los Tribunales de Conducta que de acuerdo al espíritu del beneficio de la Libertad Condicional, NO PUEDE IR EN LISTA UNO, un interno al que no se le recomiende el beneficio.-

Por otro lado, se hace presente que en Lista 1 se incorporarán todos los internos que reúnan los requisitos que establece la Ley y su reglamento, pero que además al análisis de todos los antecedentes, el tribunal de conducta tenga la convicción que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social. No se incorporará en la Lista 1 al interno cuya causal de no recomendación para la Libertad Condicional es mal pronóstico, falta de observación, carencia de redes de apoyo familiar, ausencia de hábitos laborales u otras razones.”

conurrencia de los 4 requisitos que exigen los artículos 2° del D.L. N° 321 de 1925 y 4° del Decreto N° 2442 de 1926. Vale decir, considera que el estar efectivamente corregido y rehabilitado para la vida social (Artículo 1 DL 321) no se presume por el cumplimiento de los otros 4 requisitos. A nuestro entender, este razonamiento, pese a que no se refiere directamente a condenados por delitos de lesa humanidad, deja una abertura mediante la cual se podría elevar el estándar de evaluación a su respecto.

b. Sentencias que Conceden o Reconocen Libertad Condicional

- i. Rol 4785-2017 CS: Considera que el tiempo restante de la condena del interno es breve, por lo que conceder el beneficio no colisiona con lo sugerido por el INDH en su informe “Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad”⁵⁶: *“en la medida en que se garantice la investigación, la determinación de responsabilidades, se impongan las sanciones adecuadas y proporcionales al daño ocasionado”*.

Hay un voto en contra que va por denegar la Libertad Condicional: *por contrariar los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que señalan que la ausencia de “penas apropiadas” aplicadas a personas que han cometido aquella clase de delitos, es uno de los elementos que caracterizan la impunidad, extendiendo dicha premisa a la falta del efectivo cumplimiento de las condenas que se le hayan impuesto en un juicio en que han operado las garantías legales en plenitud.*

- ii. Rol 88995-2016 CS: Para conceder la Libertad Condicional en el caso sub-lite, la Corte señala que basta que concurren los requisitos de los artículos 2 y 3 del DL 321. Adhiere a un análisis formal de los requisitos allí impuestos, pues su cumplimiento da cuenta por sí de la rehabilitación y corrección para la vida social. Además, considera que ya se concedieron beneficios penitenciarios previos.

Hay un voto en contra que va por

⁵⁶ Instituto de Derechos Humanos (2013). Minuta Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes y/o Delitos de Lesa Humanidad. [online] [Bibliotecadigital.indh.cl](http://bibliotecadigital.indh.cl). Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/530> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

denegar la LC: *por contrariar los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que señalan que la ausencia de “penas apropiadas” aplicadas a personas que han cometido aquella clase de delitos, es uno de los elementos que caracterizan la impunidad, extendiendo dicha premisa a la falta del efectivo cumplimiento de las condenas que se le hayan impuesto en un juicio en que han operado las garantías legales en plenitud.*

- iii. Rol 16042-2016; 16550-2016 CS: Para conceder la Libertad Condicional, la Corte señala que la Comisión sólo debe evaluar si se cumplen los requisitos formales, sin cuestionar el mal o la extensión del daño causado por el delito; En esta misma línea, señala que la decisión recurrida adolece de *Ausencia de motivación* al repetir textualmente las mismas consideraciones utilizadas para un significativo número de libertades condicionales rechazadas. Al faltar motivación por parte de la Comisión, prevalece el veredicto del Tribunal de Conducta, que en este caso sugiere sí conceder el beneficio. En ambos roles la Corte cita nuevamente el informe INDH, esta vez con tal de apoyar la idea de que los condenados por delitos de lesa humanidad sí pueden acceder a beneficios penitenciarios, pero obviando las demás conclusiones y prevenciones que el mismo informe hace en relación a la necesidad de aplicación de estándares diferentes a los que son propios de delitos comunes.
- iv. Rol 59006-2016 CS: Los informes psicológicos como argumento para denegar la LC basado en la no corrección y rehabilitación para la vida social es inaceptable: el cumplimiento de los 4 requisitos formales dan cuenta objetiva de dicha corrección y rehabilitación. Diferencia los beneficios del REP con los que no están consagrados allí, desconectando la “escala” de reinserción progresiva (Posible de extraer del Artículo 96 REP). Incluye una cita al informe INDH, para argumentar en favor de la concesión del beneficio.
- v. Rol 3623-2015; 87821-2016 CS: Corrige a la Corte de Apelaciones señalando que para efectos de la concesión de Libertad Condicional no puede evaluarse la naturaleza del delito por el cual está condenado el postulante, sino sólo el cumplimiento formal de los 4 requisitos

señalados en la ley y en el reglamento. Desde ya hacemos notar que en rol 3623-2015, la Corte elimina de su resolución los considerandos vertidos por la Corte de Apelaciones que estaban por denegar la Libertad Condicional en una línea de razonamiento de estándares internacionales de Derechos Humanos.

- vi. Rol 2894-2017 CS: *el artículo 1° del D.L. N° 321 no prescribe que para el otorgamiento de la libertad condicional los integrantes de la Comisión deban adquirir, en base a elementos complementarios a los extremos del artículo 2°, convicción de que el interno se encuentra corregido y rehabilitado, pues precisamente es el cumplimiento de los aspectos enumerados en el artículo 2 – cuyo tenor reproducen los incisos 3° y 4° del artículo 4° del Reglamento - los que permiten presumir tal supuesto. Es indiferente a la naturaleza del delito, pues queda fuera de la evaluación formal que la Comisión puede hacer.*

A modo de síntesis, podemos ver que del análisis de los argumentos vertidos en estos fallos, la Corte Suprema tiene tres líneas argumentativas disímiles para tratar la Libertad Condicional:

- A. La concesión de la Libertad Condicional debe depender, en general, del sólo cumplimiento formal de los requisitos señalados en los artículos 2° del D.L. N° 321 de 1925 y 4° del Decreto N° 2442 de 1926.
- B. La concesión de la Libertad Condicional no sólo debe evaluar el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 2° del D.L. N° 321 de 1925 y 4° del Decreto N° 2442 de 1926, sino debe además colegirse que el interno se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social, lo cual exige tener en vista diversos antecedentes, tales como el Informe Psicológico y Social, que sí tienen en cuenta aspectos relativos a la gravedad y naturaleza del delito por el cual el interno está condenado.
- C. Un punto intermedio entre ambas líneas es la argumentación vertida en Rol 76487-2016 CS, pues señala que la [opción B] sólo opera en los delitos contemplados en el artículo 3 del DL. 321, por ser especialmente graves, con lo cual la Comisión no está obligada a conceder por el sólo cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 2° del D.L. N° 321 de 1925 y 4° del

Decreto N° 2442 de 1926, sino que tiene la facultad de tener a la vista otros antecedentes. En el caso de los delitos comunes, sí estaría obligada a sólo verificar el cumplimiento de los 4 requisitos formales.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema rehúye a la consideración de la naturaleza de *delito de lesa humanidad* para tratar de manera especial la legalidad o no de la concesión o denegación del beneficio en cuestión por parte de la Comisión de Libertad Condicional. Especialmente revelador nos parece lo sucedido en el fallo Rol 2898-2017, en que la Corte Suprema elimina específicamente los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones que revisa referidos a la concesión de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad (Considerando quinto, sexto y séptimo de *Rol Amparo-1243-2016 de Corte de Apelaciones de Santiago*, que citamos:

QUINTO: Que, en el caso de autos, se ha utilizado esta vía constitucional para pretender modificar la decisión adoptada por la Comisión de Libertad Condicional en octubre del año en curso, cuando se rechazó la postulación. Ocurre que la referida Comisión, tiene la función práctica e inherente al cargo de quienes la componen, y la resolución fue razonada y debidamente fundada. En tal sentido, la resolución pronunciada por la comisión de libertad condicional dispone que los postulantes, - entre los que se encuentra el amparado – fueron condenados por delitos de lesa humanidad, lo que tienen una regulación especial, en especial atención a la gravedad del delito. Además conforme lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el Estado debe garantizar la investigación y sanción de los responsables de graves crímenes contra la humanidad, absteniéndose de recurrir a figuras como la amnistía, o la prescripción, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria. En ese sentido, la Comisión estimó que se infringe esta obligación cuando se otorgan beneficios administrativos a los condenados, dejando sin efectos prácticos las sentencias. SEXTO: En esas circunstancias, cuando la Comisión decide rechazar la libertad condicional, lo hace analizando la normativa nacional y los tratados ratificados y vigentes con Chile, considerando el delito por el cual fue condenado el amparado y los antecedentes proporcionados por el Tribunal de Conducta decidiendo rechazar la libertad condicional. SÉPTIMO: Que de lo anterior se sigue, que no se constata la existencia de algún acto arbitrario ni ilegal por parte de la recurrida, que

haya privado, perturbado o amenazado el derecho de la libertad personal del amparado, desde el momento que la Comisión ha obrado dentro del ámbito de su competencia y en un caso previsto por ley.

Una situación parecida ocurre en Rol 3623-2015 CS, al suprimir, entre otros, los siguientes considerandos del fallo Rol Protección-79246-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago:

8°) Que, analizando concretamente los motivos que ofrece la resolución denegatoria que es objeto del presente recurso, se advierte que en ella se contienen dos tipos de consideraciones. La primera tiene que ver con la naturaleza de los ilícitos de que se trata, haciendo alusión a que aquellos causan un agravio que va más allá de quienes resultan concreta y específicamente afectados por el delito, sino que sus efectos trascienden al conjunto de la sociedad, atendida la condición de violación a los Derechos Humanos de que se trata, y que involucran actos de violencia política que se inscriben en un contexto superior en el que se utiliza de los aparatos del Estado para efectuar un exterminio de determinados sectores de la población, que se estima que atentan contra la estabilidad del orden imperante en dichas circunstancias.

Es así, que ese tipo de ilícitos, cometidos desde aparatos de seguridad adscritos al Estado han sido merecedores en la comunidad internacional de especial consideración en cuanto a la entidad del injusto cometido, que se ha traducido en que diversos tratados o convenciones internacionales sobre Derechos Humanos los consideran inamnistiables e imprescriptibles para efectos de su persecución y sanción. A modo ejemplar, en relación con las condiciones de cumplimiento de la pena, el artículo 110 del Estatuto de Roma de Julio de 1998, constitutivo del Tribunal Penal Internacional, señala que en el estado de ejecución de la pena no podrá poner en libertad al recluso antes del cumplimiento de la misma, sin perjuicio de conceder a la Corte Penal Internacional la facultad de reducir la pena, bajo ciertas condiciones que se señalan, y que fueron aplicados por la Corte para sancionar algunos casos de la ex Yugoslavia, que rebaja las penas cuando el responsable se ha declarado culpable, ha rechazado los crímenes cometidos, se ha arrepentido de los mismos y ha cooperado con el tribunal en las investigaciones y la ejecución de sus sentencias. Aquella circunstancia, si bien no puede estimarse una causal de exclusión para la obtención de los beneficios carcelarios como el que aquí se trata, ya que la ley así no

lo ha dispuesto, no puede escapar, sin embargo, a la ponderación jurídica razonada de los miembros de la Comisión, puesto que el beneficio importa la reincorporación plena de un condenado por agravios semejantes a la sociedad civil, que precisamente ha resultado ofendida con su actuar ilícito.

En este mismo orden de ideas, la gravedad de los ilícitos cometidos, a la hora de establecer la posibilidad de beneficios a la población penal, ha sido un criterio presente en la racionalidad jurídica de nuestro legislador, al establecer por ejemplo, las causales de exclusión previstas en el artículo 17 de la Ley 19.658 sobre Reducción de Condenas, y lo que se desprende del propio artículo 3° del Decreto Ley 321, que establece mayores exigencias dependiendo del tipo de delitos y penas a las que ha sido condenado un postulante.

Lo dicho guarda armonía, además, si se considera que las decisiones adoptadas respecto de la población penal ya condenada por sentencias ejecutoriadas, deben ser congruentes con las finalidades de la sanción penal impuesta, en el sentido de no frustrar los fines de prevención general y especial que le sirven de fundamento, puesto que, de lo contrario, no solo se frustra aquel soporte que le da justificación a la pena, y que exige frente a determinados ilícitos una magnitud y rigurosidad en el cumplimiento que importe un mensaje claro y patente para el conjunto de la sociedad; sino que además, correlativamente, atenta en contra de los elementales sentimientos de justicia que alberga la comunidad que resultó agraviada con los delitos cometidos. Lo dicho no significa que se deba reproducir aquí el llamado principio de proporcionalidad de las penas al que debe atenerse el juzgador al imponer la sanción al sujeto que resultó responsable de un delito, puesto que aquellas consideraciones ya se efectuaron al momento de la adjudicación de responsabilidad; sino que se trata de consideraciones que miran a la reincorporación del sujeto sancionado a la sociedad cuando aún pende parte del cumplimiento de aquella sanción a la que se hizo merecedor en el acto previo de juzgamiento.

Como se aprecia, anclar la reflexión de la Comisión en torno a la gravedad y trascendencia de los delitos cometidos por el solicitante, no constituye en caso alguno una manifestación de arbitrariedad, sino más bien una reflexión lógica que se condice estrictamente con criterios jurídicos semejantes presentes no solo en la normativa internacional relativa a la protección y promoción de derechos fundamentales, sino también a los que se utilizan por el legislador nacional en diversos cuerpos legales.

9°) Que, según se viene analizando, el primero de los tipos de consideraciones a los que echó mano la Comisión para fundar la negativa del beneficio al recurrente, resulta perfectamente razonable, sustentado en una racionalidad jurídica estricta, que no permite apreciar en la resolución respectiva la arbitrariedad que le reprocha al recurrente, toda vez que la motivación existe, resulta atendible, se ajusta a criterios puramente normativos, por lo que sí, se comparta o no el fundamento esgrimido, no lo torna necesariamente infundado y arbitrario. De este modo, las mayores exigencias a las que se alude en la resolución, de acuerdo a su contexto, se refieren a la mayor rigurosidad que el tratamiento de esta materia exige para el otorgamiento de algún beneficio, y no al establecimiento de otras condiciones o requisitos distintos a los previstos en la ley, como interpreta el recurrente.

10°) Que, por otra parte, el segundo tipo de consideración efectuado por los comisionados en la resolución recurrida tiene que ver con que, en concepto de la mayoría de los jueces de la revisión de los antecedentes no se puede inferir de modo alguno que existan circunstancias adicionales a las mismas exigidas por la ley para conceder el beneficio. En efecto, y tal como lo expresamos en el motivo séptimo, los presupuestos mínimos son aquellos que permiten incluir a un condenado en la lista respectiva que elabora gendarmería para ser presentada a la consideración de la Comisión, pero ello no implica de ninguna forma que aquella sola circunstancia obligue de suyo a los comisionados a otorgar el beneficio, puesto que, como ya se dijo, a la Comisión le compete no solo constatar aquellos requisitos sino ponderarlos de una manera discrecional y motivada, de lo que no es posible colegir que los comisionados están estableciendo requisitos adicionales a los previstos en la Ley, sino que, el cumplimiento formal de aquellos que constata gendarmería no obligan a otorgar automáticamente aquel beneficio pues, como ya se dijo, ello tornaría ociosa la existencia misma de la Comisión prevista en la Ley.

Así, la posición del tribunal supremo de nuestro país, es evitar la introducción de elementos internacionales para la evaluación de este beneficio, y dirimir su concesión en base a elementos que vienen dados por la regulación en leyes y reglamentos que, como ya vimos, no tienen una consideración especial por este tipo de delitos.

Reducción de Condena

1. Sentencias que Reconocen la Reducción de Condena

- a. Rol 1001-2015 CS: En cuanto a delito de lesa humanidad, la Corte diferencia tajantemente la imposición de una pena en el marco de un debido proceso y la ejecución o aplicación de la misma. La obligación del Estado para con este tipo de delitos se satisface en la primera etapa. Para la ejecución de la condena, basta remitirse a la ley que la regula, en este caso, la Ley 19.856. (Considerandos Quinto, Sexto y Séptimo). El Ministerio de Justicia excede sus atribuciones al revisar antecedentes propios de la calificación de comportamiento del interno, evaluación que es propia de la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena. El Ministerio sólo puede evaluar la concurrencia de requisitos objetivos y que no concurra alguna exclusión del artículo 17.
- b. Rol 9379-2017; 387-2017; 7994-2017 CS: El Ministerio de Justicia excede sus atribuciones al revisar antecedentes propios de la calificación de comportamiento del interno u otros elementos (como la gravedad o carácter del delito), evaluación que es propia de la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena. El Ministerio sólo puede evaluar la concurrencia de requisitos objetivos y que no concurra alguna exclusión del artículo 17. Así, priman las atribuciones legales del Ministerio antes que la consideración que éste tuvo al tratarse de condenados por delitos de lesa humanidad, y que usó para fundar su negativa:

El Decreto (...) no estableció como fundamentos del rechazo del beneficio de la reducción de condena la concurrencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 17 de la Ley 19.856, sino que su actuación se basó en el cumplimiento de normativa internacional respecto a los ilícitos de lesa humanidad, situación que no se encuentra prevista en la mencionada disposición legal, aparte que no se expresa algún precepto de esa naturaleza que proscriba otorgar la rebaja solicitada.

2. Sentencias que No Reconocen la Reducción de Condena:

- a. No se registran sentencias.

En todos los casos analizados, el Ministerio de Justicia, encargado de emitir el Decreto que hace operativo el beneficio de reducción de pena, está por denegarlo en consideración al carácter de los delitos por los cuales están condenados los postulantes. Si bien ciertamente al momento de su evaluación el Ministerio excede de las atribuciones que la propia ley le asigna, no deja de llamar la atención que la Corte Suprema, en la corrección del actuar u omisión que se considera arbitraria, eluda nuevamente la aplicación de estándares internacionales en la evaluación de este beneficio, optando por atender solamente a la ley interna que regula su concesión.

Permisos de Salida

1. Sentencias que Conceden o Reconocen Permisos de Salida

- a. 1127-2013 CS: Ambos internos reciben un informe favorable del Consejo Técnico. El Alcaide, principalmente basado en el artículo 98 del REP, concede los permisos de salida. En ese orden de ideas, la CS señala:

Quinto: Que de las normas reproducidas y de los antecedentes agregados al proceso consta que el recurrido [el Alcaide] actuó dentro del ámbito de sus respectivas competencias, ejerciendo facultades que le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico y que la decisión impugnada fue debidamente fundamentada, de lo que es posible concluir que no existe un acto arbitrario o ilegal que le sea imputable, por lo que el recurso de protección entablado no puede prosperar.

En este fallo la Corte Suprema pasa por alto la evaluación que ya en esa época exigía el artículo 109 del REP respecto a otros antecedentes del historial de condenado, como el carácter del delito cometido, elemento que en ese entonces podía dar pie a una evaluación diferenciada.

2. Sentencias que No Conceden o No Reconocen Permisos de Salida

- a. Rol 100682-2016; 1142-2015; 3212-2012 CS: En cuanto a la naturaleza y gravedad de los delitos por los cuales están condenados, la CS señala que el Jefe del Establecimiento Penitenciario, al momento de su determinación, no queda obligado por el sólo informe favorable del Consejo Técnico respecto al postulante, sino que puede tener en vista los elementos señalados en el artículo 109 del REP, incluyendo gravedad y carácter del delito por el cual está condenado, con lo cual, su decisión de no conceder los permisos de salida es legal y fundada.
- a. Rol 41474-2017 CS: En un primer término, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de amparo impetrado y concede el beneficio de *salida dominical* que se solicita, basado en que el informe desfavorable del Consejo Técnico lo es por el voto en contra del jefe del Área Técnica, esgrimiendo como argumento las conclusiones negativas de los informes psicológicos y sociales del interno, pero no haciendo presentes los antecedentes que les sirven a éstas de fundamento. Considera que ésta omisión constituye una *arbitrariedad*, concediendo de manera directa el beneficio de la salida dominical. La Corte Suprema señala que el recurso de amparo tiene como presupuesto esencial la *ilegalidad* de una acción, y no su *arbitrariedad*, por lo cual revoca la sentencia y con ello, el beneficio concedido.

Como podemos apreciar, en la evaluación de este beneficio la lógica de considerar *gravedad y carácter del delito* ya estaba siendo aplicada incluso antes de la dictación del estudiado Decreto 924. Además, de especial relevancia nos parece la situación dada en Rol 100682-2016, en cuanto a que la Corte Suprema consiente en la aplicación del artículo 109 bis del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios para la concesión de beneficios para un condenado que cumple una pena (de 5 años y un día por secuestro calificado perpetrado en el contexto de violación a los derechos humanos) por hechos acaecidos durante la dictadura militar, no considerando que esto implica retroactividad de la ley penal, como alguna parte de la doctrina estima según veremos más adelante.

En general, del análisis de estos fallos de la Corte Suprema puede afirmarse que este Tribunal rehúye activa y pasivamente a la aplicación del derecho internacional en la materia,

suprimiendo o pasando por alto en sus resoluciones los argumentos de autoridades administrativas o tribunales inferiores que sí los han tenido en cuenta, y en su lugar prefiere aplicar estrictamente las normas especiales de derecho interno que regulan la concesión de beneficios. Con todo, se puede afirmar que siquiera existe una consecuencia interna en los fallos de la Corte.

CAPÍTULO 4: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE ELLOS PARA CHILE.

En este capítulo abordaremos las principales tesis doctrinarias en pugna al debatirse la aplicación de estándares internacionales para la concesión de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad y, en definitiva, discernir acerca de la aplicación y vinculatoriedad normativa de éstos para el caso que nos ocupa.

EL ARGUMENTO DE LA IRRETROACTIVIDAD PENAL

Como prácticamente única línea argumentativa esgrimida para eludir la aplicación de diversos instrumentos y estándares del Derecho Internacional a la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad, nos encontramos con la tesis que hace alusión al principio de Irretroactividad de la ley penal. Esta lógica presupone que, a la fecha de comisión de los delitos que en este trabajo se contemplan, aún no estaban ratificados los instrumentos internacionales que podrían llegar a tener aplicación en la materia, ni ningún otro estándar normativo interno especial.

Al respecto, el profesor Oliver Calderón trata la irretroactividad de la ley penal en cuanto al derecho penitenciario. Desde ya hacemos la prevención que este análisis es más general que el preciso tema que nos ocupa, y no considera en su exposición el factor de tratarse de condenados por delitos de lesa humanidad, ni la aplicación de estándares internacionales: contempla *ley* en sentido amplio, y tiene como objeto delitos comunes. Sin perjuicio de ello, estimamos que es el tratamiento doctrinario nacional que mejor ilustra el argumento de la irretroactividad penal en el asunto que nos ocupa, por cuestiones de proximidad.

En su libro *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, el profesor Oliver inicia el acápite *Modificaciones en la normativa penitenciaria*, subacápite *Generalidades*,

haciendo la siguiente prevención acerca de la naturaleza penal de la regulación penitenciaria, y especialmente sobre aquella que regula los beneficios penitenciarios:

En nuestra opinión, se trata de un cuerpo normativo dentro del cual es posible distinguir disposiciones de naturaleza penal, administrativa y procesal. Así, por ejemplo, nos parece que pertenecen al derecho penal aquellas disposiciones relativas a la forma de ejecución de las penas y medidas de seguridad, los derechos y obligaciones de los internos y las garantías que se les deben otorgar. Son de esta clase, entre otras, las disposiciones que regulan los permisos de salida, la libertad condicional y el régimen penitenciario de los establecimientos carcelarios. Creemos que tienen naturaleza penal, porque tratan sobre la pena y su cumplimiento. En efecto, los permisos de salida y la libertad condicional dicen directa relación con la forma que asume la ejecución de las penas al alterar la situación normal de cumplimiento, consistente en el encierro de los internos o dejarla en suspenso⁵⁷.

Continúa en el subcapítulo *Alteraciones en la normativa penitenciaria e irretroactividad*, exponiendo que la doctrina ha sostenido tres posiciones distintas en el tratamiento de la materia:

Por un lado, hay quienes han señalado que en esta materia no cabe proclamar la irretroactividad, entre otras razones, porque lo impide el fin de resocialización que debe orientar la imposición de las penas y medidas de seguridad. Dicho fin obligaría a aplicar retroactivamente toda modificación que experimente la regulación penitenciaria, aunque resulte más gravosa para los internos. Por otro lado, hay quienes sostienen que debe proclamarse la irretroactividad de las modificaciones perjudiciales habidas en la normativa penitenciaria, identificando el momento de la condena o del ingreso a la cárcel como el decisivo para determinar el status penitenciario aplicable. (...) Finalmente, algunos expresan que el principio de irretroactividad penal debe alcanzar a la regulación penitenciaria, señalando que es el momento de la comisión del delito el relevante para determinar el estatuto penitenciario que deberá aplicarse al sujeto si es condenado⁵⁸.

⁵⁷ Oliver, G. (2007). Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.192.

⁵⁸ *Ibíd.* pág. 195.

A este respecto, concluye:

A nuestro juicio, el principio de irretroactividad penal debe alcanzar a las modificaciones de carácter perjudicial que tienen lugar en la normativa penitenciaria, concretamente en aquellas de sus disposiciones que poseen naturaleza penal. El fundamento que atribuimos al señalado principio obliga a tal conclusión. En efecto, si la irretroactividad penal debe su existencia a la seguridad jurídica, entendida ésta como no exclusión de la posibilidad de que los ciudadanos conozcan el ordenamiento jurídico y prevean las consecuencias jurídico-penales de sus futuras actuaciones, forzoso es sostener que no pueden aplicarse retroactivamente las disposiciones que regulan la forma de ejecutarse esas consecuencias⁵⁹.

En cuanto al momento determinante de la retroactividad o irretroactividad de la ley, explica:

(...) la irretroactividad que predicamos para las disposiciones penales de la normativa penitenciaria, no puede tener como momento determinante del estatuto penitenciario aplicable la fecha en que se dicte o adquiera firmeza la sentencia condenatoria, ni la del ingreso en prisión. Cuando ya existe condena o la persona ya ha ingresado a la cárcel a cumplir su pena, es demasiado tarde para que decida si realiza una conducta o no en función de las consecuencias jurídico-penales que pueda prever. Tal conducta ya la habrá realizado. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en los términos en los que la concebimos, de nada sirve que a los ciudadanos se les asegure que, en caso de ser condenados, no recibirán un trato penitenciario más severo que el que rija al momento de la sentencia o de su ingreso a la cárcel a cumplir la pena, porque es perfectamente posible que dicho régimen sea distinto del que existía a la época de comisión del delito. En consecuencia, sólo el momento de perpetración del delito puede determinar el estatuto penitenciario aplicable. La seguridad jurídica obliga a garantizar que a quienes delincan no se les aplique una normativa penitenciaria más perjudicial que la existente al tiempo del delito.

⁵⁹ *Ibíd.* pág. 197.

A partir de esta lógica, hay quienes sostienen que ni la Convención Americana de los Derechos Humanos ni el Estatuto de Roma serían inmediatamente aplicables a los delitos de lesa humanidad cometidos en dictadura, puesto que no se encontraban ratificados al momento de la comisión de éstos, y desde ambos pueden extraerse exigencias más altas que las actualmente consagradas en nuestro derecho interno.

Sin embargo, la tesis en sí misma presenta puntos que no son pacíficos en la doctrina nacional. Así, si se pone en discusión la naturaleza, sustantiva o procesal, de la ley que regula la ejecución de las penas, la licitud de la aplicación de una norma nueva a su respecto a la luz del principio de irretroactividad de la ley penal, se hace discutible en cuanto a lo afirmado por el profesor Cury respecto a los efectos de la ley penal en el tiempo: *La irretroactividad de la ley penal vale sólo respecto al derecho penal sustantivo. Las disposiciones de derecho procesal penal rigen in actum.*⁶⁰ Así, si se entiende que la ley penal que viene a regular los beneficios penitenciarios es de naturaleza procesal, no cabría plantear un problema de retroactividad, postura que, como se vio en el análisis jurisprudencial y como se verá en el párrafo siguiente, no ha sido desconocida por los tribunales del país. Como una consecuencia de esta lógica podría entenderse la publicación y aplicación del Decreto 924, ya estudiado.

APLICACIÓN RETROACTIVA DE CAMBIOS LEGISLATIVOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA: UNA PRÁCTICA LEGISLATIVA Y JUDICIALMENTE ACEPTADA.

Durante los últimos procesos de Libertad Condicional, (octubre-noviembre 2016; marzo-abril 2017 y octubre-noviembre 2017) se ha dado un fenómeno que, por un lado, acusa el escaso tratamiento y coherencia normativa del derecho penitenciario en general y, por el otro, abre una posibilidad de vinculatoriedad del derecho internacional en el asunto que nos ocupa. En julio de 2016 se publica la Ley N° 20.931, “que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”, en el marco del proyecto de Agenda Corta

⁶⁰ Urzúa, E. C. (1992). Derecho penal: parte general. Jurídica de Chile, pág. 227.

Antidelincuencia promovido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En lo tocante a los beneficios penitenciarios, y como señala el Profesor Jean Pierre Matus para El Mercurio:

“en cuanto a la ejecución de las penas (...), la Ley N° 20.931 modifica el D.L. 321, de 1925, sobre Libertad Condicional, exigiendo para los condenados por robo con violencia e intimidación calificado y simple, robo con sorpresa y robo en lugar habitado, que han de cumplir los dos tercios de la pena antes de optar por el beneficio de la libertad condicional”⁶¹.

En la práctica administrativa, este cambio en la etapa de **ejecución de las penas** se ha aplicado **retroactivamente** en la concesión del beneficio en cuestión, contraviniendo, al menos a primera vista, el principio de irretroactividad de las leyes penales, modificando así los tiempos mínimos de postulación a internos/as que fueron condenados/as antes de la publicación de esta ley, con lo que se les deniega la libertad condicional al no cumplir con el requisito de tiempo mínimo. Al presentarse Recursos de Amparo en favor de los/as condenados/as afectados/as por esta aplicación retroactiva, la Corte Suprema mayoritariamente ha rechazado la acción, confirmando así el criterio administrativo. Muestra de ello son las sentencias rol 25059-2017; 25155-2017; 25164-2017; 28091-2017; 31791-2017; 31796-2017; 34207-2017.

Especialmente ilustrativo de esta postura y sus fundamentos nos parecen los argumentos vertidos en causa rol 34207-2017, donde se señala que:

*En efecto, el artículo 7° de la Ley 20.931, publicada en el Diario Oficial el 5 de julio de 2016, es una norma procesal que modificó el artículo 3° inciso tercero del D.L. 321 incorporando dentro del listado de ilícitos penales, al delito de robo con intimidación (delito por el que el amparado cumple condena), respecto de los cuales el legislador exige a efectos de hacer posible la concesión del beneficio de libertad condicional a un condenado, el cumplimiento de los dos tercios de la pena. De esta forma, siendo la Ley N°20.931, **una norma de carácter procesal, que rige in actum**, no puede*

⁶¹ Matus J. (2016, julio 22). Aspectos penales de la llamada Agenda Corta Antidelincuencia parte I. El Mercurio Legal. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/07/22/Aspectos-penales-de-la-llamada-agenda-Corta-Anti-Delincuencia-parte-I.aspx> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

estimarse que ésta vulnere o transgreda el artículo 18 del Código Penal. (El destacado es nuestro)

Asimismo resultan también relevantes los argumentos vertidos en los roles 25059-2017 (reiterados en 25155; 31791; 31796), en los que se señala:

Cuarto: (...) En efecto, el artículo 7 de la Ley N 20.931, publicada en el Diario Oficial el 5 de julio de este año, modifica el artículo 3 inciso tercero del D.L. N° 321 incorporando dentro del listado de ilícitos penales respecto de los cuales el legislador exige a efectos de hacer posible la concesión del beneficio de libertad condicional a un condenado, el cumplimiento de los dos tercios de la pena, al delito de robo con intimidación, uno de los delitos por el que el amparado cumple condena;

*Quinto: Que conforme lo reflexionado en el motivo anterior, **a la fecha en que se dio inicio al proceso administrativo de solicitud del beneficio condicional correspondiente al primer semestre -marzo de 2017-, ya se encontraba vigente la actual redacción del artículo 3 del D.L. N° 321**, motivo por el cual la exigencia de cumplimiento de los dos tercios de la pena resultaba indispensable para resolver favorablemente dicha petición y, así las cosas, encontrándose legalmente justificada la actual privación de libertad del amparado y resultando ajustada a derecho la decisión que por esta vía se impugna, deberá necesariamente desestimarse la presente acción constitucional. (El destacado es nuestro)*

Teniendo en consideración que tanto en sede judicial como administrativa se ha permitido aplicar esta ley penal que claramente es menos favorable para los condenados, podemos colegir que, al menos en la opinión del tribunal supremo del país, **no es problemático que en la etapa de ejecución rija *in actum***. Luego, podría afirmarse entonces que en esta consideración existe la posibilidad de vincular la ejecución de la pena de condenados por delitos de lesa humanidad con normas y, más importante aún, principios del derecho internacional emanados de instrumentos que no se encontraban ratificados por el Estado al tiempo de la comisión del delito y de su juzgamiento, pero sí al tiempo de la ejecución de las penas, que es cuando se procede a la solicitud de los beneficios penitenciarios. En definitiva, vemos que la Corte adscribe a lo dicho por el profesor Cury en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley penal procesal, estimando de esta naturaleza la regulación penitenciaria.

IRRETROACTIVIDAD Y LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

La eterna discusión respecto de la aplicación de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, es el obstáculo que a esto presenta el principio de irretroactividad de la ley vinculado al principio de legalidad.

En primer lugar, el *principio de legalidad* nos señala que la conducta típica y la pena establecida a su respecto, debe estar estipulada en la ley con anterioridad a la realización del hecho punible para así evitar las arbitrariedades y otorgar seguridad jurídica a las personas sobre las que imperan determinadas jurisdicciones. Dicho principio se encuentra reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos y nuestro país no es la excepción.

En efecto, nuestro Código Penal en su artículo 1º hace suyo este principio al señalar que

“Es delito toda acción u omisión penada por la ley”

Por lo que se torna de suma importancia la necesidad de que la ley sea la que establezca la penalidad ante determinada conducta considerada ilícita por nuestro ordenamiento.

En segundo lugar, de este principio emana el apotegma *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, que nos indica que no puede existir delito, no puede haber pena, sin que esto conste en una ley con anterioridad a la realización del hecho punible.

Lo anterior ha sido reconocido e integrado al derecho internacional, reconociéndose en definitiva, el principio de irretroactividad de la ley en diversos instrumentos de este sistema. En este sentido, resulta llamativo lo señalado por la Corte IDH en su sentencia en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” cuando dictamina que

“En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier

*excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo*⁶².

Vuelve a insistir en este planteamiento en la sentencia dictada en el caso “*Almonacid vs. Chile*” donde señala que

*“el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables*⁶³.

Reitera este mismo postulado en la sentencia de supervisión de la misma causa donde indica que:

“[...] dicha investigación debía cumplir con lo siguiente: no volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, no argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables^{64 65}.

Resulta evidente que lo que realiza la Corte IDH es una ponderación de principios considerando que el principio de no impunidad tiene un orden de prelación prioritario al resto, incluso a aquellos que se han configurado como principios de garantía procesal. Esto se ve confirmado cuando señala que:

*“En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable [en determinados casos]*⁶⁶.

⁶² Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C No. 221. Párrafo 254.

⁶³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. *Supra Nota 34*, párr. 151.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Almonacid vs. Chile (Supervisión)*. Sentencia de 18 de noviembre de 2010, párr. 10.

⁶⁵ También adopta esta postura en el *Caso Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 304. En *Caso Hermanos Gomez Paquiyauri vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 151 y 152.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. *Supra Nota 34*, párr. 154.

En virtud de esto:

“el Estado no puede auxiliarse en el principio de ne bis in idem, para no cumplir con lo ordenado por la Corte”⁶⁷.

En este orden de ideas, la Corte IDH ha señalado en importantes oportunidades la obligación que tienen los Estado de tomar todas las medidas que sean necesarias en búsqueda de la no impunidad de los autores de delitos de lesa humanidad y, como hemos podido apreciar, este es un imperativo de jerarquía superior al deber de resguardar los principios del procedimiento.

Es así que en la sentencia de fondo del caso antes mencionado, la Corte decreta que es un deber de los Estados

“enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁶⁸.

En este mismo sentido

“la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los

⁶⁷ Ibíd., párr. 155.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile. Supra Nota 34, párr. 110.

*crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía*⁶⁹(énfasis agregado).

Así también lo expresó en la sentencia de fondo del caso *Masacre de Mapiripán* donde indicó que

*“son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones”*⁷⁰.

Junto a esto, en la misma sentencia antes mencionada, la Corte IDH ha sostenido que:

*“En casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio”*⁷¹.

Asimismo, señaló 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”

Este señalamiento lo ha hecho la Corte IDH en reiteradas sentencias⁷² y deja en evidencia la preponderancia que da la Corte IDH a la persecución, investigación y condena

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 111.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. *Supra Nota 39*, párr. 194.

⁷¹ *Ibíd.*, párr. 195

⁷² *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 237; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (Fondos, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 126. Asimismo, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 15 de julio de 2005. Serie C No. 124 párr. 203; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 170; entre otros.

en este tipo de delitos por la gravedad que le otorga a estos, por sobre la aplicación de los principios que guían el procedimiento acusatorio.

La gravedad que la Corte IDH otorga a este tipo de delitos la podemos evidenciar en la sentencia del caso *Almonacid* donde indica que

“un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”⁷³.

Esta postura adoptada por la Corte respecto de la necesidad de tomar todas las medidas que procuren acabar con la impunidad de los/as autores/as de este tipo de delitos, no es una postura aislada dentro del ordenamiento internacional de derechos humanos. Tanto así, que la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 1946 ha sostenido que los responsables de dichos actos deben ser sancionados.

En este sentido, cobran relevancia las resoluciones de 2583 de 1969 y la 3074 de 1973. En la primera de ellas se señala que la investigación rigurosa y la sanción de los responsables de este tipo de delitos

“son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”⁷⁴.

En la segunda resolución antes referida se afirma que

⁷³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. *Supra Nota 34*, párr. 105.

⁷⁴ Cfr. O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973.

“Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”⁷⁵
[el subrayado es nuestro].

En definitiva, y como señalamos precedentemente, la resoluciones de la Corte IDH -a la que le corresponde la interpretación de la CADH y los otros instrumentos del SIDH- nos permiten comprender que para esta los principios procesales no son absolutos, sino que admiten excepciones en determinados casos. Una de estas excepciones se configura con los delitos de lesa humanidad, a los que no se aplicará principio de irretroactividad de la ley por dos razones, a saber: por su gravedad, que viene determinada por considerarse que se trata de un delito que afecta o que se ejecuta en contra de toda la humanidad, y en razón de su forma de comisión, puesto que se utiliza la fuerza y se concentran los poderes del Estado, no permitiendo realizar ninguna acción que permita que estos actos no queden impunes.

Por otro lado, con los mismos sustentos y resultados, y sin perjuicio de todo lo mencionado anteriormente, la Corte ha tomado otra línea argumental en esta materia señalando que no existe colisión de principios en virtud de que los delitos de lesa humanidad son normas de ius cogens.

En este sentido, en la sentencia de fondo del caso *Almonacid*, la Corte IDH nos indica que

“los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes

⁷⁵ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. *Supra* Nota 34, párr. 106.

de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”⁷⁶.

A lo anterior agrega que

“Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”⁷⁷.

En esta línea argumental la Corte IDH deja de reconocer una colisión entre el deber de los Estados de investigar y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad y el principio de irretroactividad. La Corte nos indica que los delitos de lesa humanidad, al tener categoría de Derecho Internacional General, no necesitan estar legislados para exigir su respeto, por lo tanto, el hecho de que Chile haya ratificado la Convención sólo viene a reconocer esta cuestión sin perjuicio de haber tenido la obligación de respeto desde antaño.

Es así que, reconociéndose estos delitos como parte de una norma de ius cogens, se niega la colisión con el principio de irretroactividad puesto que la norma que penaliza la comisión de estos delitos sería previa a la ejecución de estos mismos.

Nuevamente, no se trata de una postura aislada dentro del Ordenamiento Internacional de los Derechos Humanos. Al respecto también se han referido dentro de la Organización de Naciones Unidas

Al efecto, en el cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, realizada por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial, este señala que

⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 152.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 153.

“La irretroactividad en el derecho internacional contemporáneo dimana de instrumentos internacionales. El párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que: Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”⁷⁸.

En virtud de lo anterior concluye que

“la regla nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege es aplicable en derecho internacional. Sin embargo, hay que interpretar la palabra «derecho» en su sentido más lato, es decir el que incluye no sólo el derecho convencional sino también la costumbre y los principios generales del derecho”⁷⁹.

En este documento el Sr. Doudou Thiam indica que el principio de irretroactividad y la regla del *nullum crimen sine legem* están contenidos en la DUDH, sin embargo al hacer una interpretación amplia de la palabra “derecho” o “*legem*” reconoce la existencia de las normas de ius cogens desde antes de su problematización debido a los acontecimientos que como humanidad nos vimos enfrentados, refiriéndose principalmente a las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial.

Esta interpretación, llevada a nuestro ordenamiento, nos permitiría claramente comprender que las normas referidas a los delitos de lesa humanidad, y los principios y obligaciones que de estas emanan, son anteriores a la comisión de estos mismos durante la dictadura cívico-militar de nuestro país.

Para otorgar una mayor claridad en esta temática, el Relator Especial, vuelve a desarrollar esta idea indicando que

“La aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos conceptos: el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescripción. En primer lugar, en lo que se

⁷⁸ Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial”, párrafo 162. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_398.pdf. [Última visita: 15 de marzo de 2018].

⁷⁹ *Ibíd.*, párr.163.

refiere a la irretroactividad, el problema que se plantea es el de determinar si la norma nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege se aplica en derecho internacional. A juicio del Relator Especial sí se aplica, ya que lo que hay que tener en cuenta en esta expresión no es la forma sino el fondo. La palabra lex se utiliza en un sentido muy amplio y abarca tanto el derecho escrito como la costumbre y los principios generales de derecho. [...] Además, varios instrumentos internacionales, entre ellos la Convención europea sobre derechos humanos, enuncian esa norma pero precisando que no invalidará el juicio de las personas que hayan violado los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Así pues, ese concepto se ha hecho extensivo a todo el conjunto del derecho y no solo al derecho escrito”⁸⁰.

Nuevamente se menciona que la palabra lex del apotegma debe considerarse en sentido amplio en el Derecho Internacional y considerar todas las fuentes de este derecho. Es así como las normas relativas a los delitos de lesa humanidad quedarían integradas a través de la costumbre y por tratarse de normas de carácter general o ius cogens, por lo que su aplicación no colisionaría con el principio de irretroactividad que emana de los instrumentos de derecho internacional mencionados de forma precedente.

Continuando con el análisis de este mismo proyecto, en la cuadragésimo octava sesión de la Comisión de Derecho Internacional se declaró que el artículo 13, que dispone

1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de que entre en vigor. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional.”⁸¹, había sido redactado de esa manera porque la Comisión “no quería que el principio de irretroactividad establecido en el código menoscabara la posibilidad de persecución penal por actos cometidos antes de la entrada en vigor del código sobre fundamentos jurídicos

⁸⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986 - Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986- Volumen I, Documento A/CN.4/SER.A/1986, págs. 96 y 97, párr. 30. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1986_v1.pdf [Última visita: 15 de marzo de 2018].

⁸¹ Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión de Derecho internacional en su 48º sesión.

*diferentes, por ejemplo una convención preexistente en la que un Estado fuera Parte, o también el derecho internacional consuetudinario. De ahí la disposición contenida en el párrafo 2*⁸². [el subrayado es nuestro]

En este sentido, y tal como se expresa en el mismo informe

*“El párrafo 1 se aplica solamente al procedimiento penal incoado contra un individuo por una acción considerada crimen «en virtud del presente Código». No excluye la incoación de tal procedimiento contra un individuo por un acto cometido antes de la entrada en vigor del código, sobre un fundamento jurídico diferente”*⁸³.

Es así como, en consonancia con lo interpretado por el Relator Especial, la Comisión de Derecho Internacional considera que el derecho internacional consuetudinario tiene fuerza temporal tal que permite la persecución de determinados delitos, como lo serían los delitos de lesa humanidad, redactando de tal forma este principio, que no generara colisión con este derecho, manteniendo, de esta forma, una homogeneidad del derecho internacional.

La línea seguida por la Corte IDH es recogida también por otros tribunales. Es así que el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia en su decisión sobre excepciones preliminares del 26 de mayo de 2004, en el caso *El procurador vs. Vojislav Seselj* sostiene que las normas del derecho internacional consuetudinario son *per se* vinculantes y no necesitan una adopción explícita por parte de los Estados.⁸⁴

Además señala que el principio *nullum crimen sine lege* no debe entenderse como un impedimento a que los tribunales, en la aplicación del derecho internacional consuetudinario, puedan interpretar y clarificar los elementos de un crimen en particular⁸⁵.

⁸² Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General de las Naciones Unidas. Pág. 42. Párrafo 5. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a_51_10.pdf [Última visita: 15 de marzo de 2018].

⁸³ *Ibíd.*, párr. 3.

⁸⁴ TPIY, Sala de 1ª Instancia (II). *El Procurador c. Vojislav Seselj (Decisión sobre excepciones preliminares)*. Sentencia de 26 de mayo de 2004, caso No. T-03-67-PT, párr. 15. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/seselj/tdec/en/040526.pdf> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 16.

Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia de Bélgica, en el juicio llevado contra el dictador Augusto Pinochet, al referirse a la competencia consideró que

“existe una norma consuetudinaria del derecho de gentes, ver jus cogens, que reconoce la competencia universal y autoriza las autoridades estatales nacionales a perseguir y a juzgar, en toda circunstancia, las personas sospechosas de haber cometido crímenes contra la humanidad”⁸⁶.

En este sentido, lo que realiza el Tribunal de Bélgica es señalar que no existe impedimento por parte del principio *nullum crimen sine lege* puesto que la Jurisdicción Universal es una norma del Derecho Internacional de Gentes, previa a la comisión de los delitos y perteneciente al derecho internacional consuetudinario. Es decir, no es necesario que se haya legislado al respecto, puesto que se trata de una norma que, en virtud de la gravedad del delito, se entiende como parte de la normativa de *ius cogens* que otorga la jurisdicción a cualquier tribunal para que, en representación de toda la humanidad, conozca de la causa y juzgue a todo aquel que sea responsable del delito.

Nuestro país no ha sido ajeno a esta postura jurisdiccional. Así las cosas, la sala Penal de la Corte Suprema, en el caso *Molco de Choshuenco* concluyó que

“la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un ‘crimen contra la humanidad’, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional ‘homicidio’ y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad”⁸⁷.

De la misma forma, concluyó que

“la prescripción declarada en las sentencias impugnadas era contraria a la norma internacional consuetudinaria relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes de

⁸⁶ Tribunal de Primera Instancia de Bélgica. *Ordenanza de 6 de noviembre de 1998, del Juez Damien Vandermeersch, Causa N° 216/98. Pág. 9.*

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros). Sentencia 13 de diciembre de 2006, Rol No. 559-04, párr. 25.*

*guerra y crímenes de lesa humanidad, al artículo 3 Común y otros de los Convenios de Ginebra y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁸⁸.

En conclusión, la Corte IDH ha tomado dos posturas con resultado común respecto de la irretroactividad de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a actuaciones que tuvieron un principio de ejecución -aparentemente- anterior a la ratificación, por parte de los Estados, de una serie de instrumentos que obligan a los Estados a la investigación y sanción de estas.

Por un lado, ha considerado que ante la colisión de estos principios, a saber, el de no impunidad y deber de investigación y sanción de los Estado con el principio de irretroactividad o *nullum crimen sine lege*, primará el primero en virtud de la gravedad del delito que se considera cometido contra toda la humanidad. Con este postulado se reconoce la inexistencia de una norma anterior a la comisión de los delitos, sin embargo se pondera como más conveniente la aplicación de estas normas posteriores que tienen consonancia con la gravedad otorgada a este tipo de delitos en diferentes instrumentos internacionales con el fin de no permitir la impunidad de sus autores.

Por otro lado, la Corte desestima esta colisión de principios al reconocer que existe una norma que castiga este tipo de delitos, que es previa a su comisión y encuentra su consolidación en las normas de *ius cogens* o derecho internacional de gentes.

Al reconocer que los delitos de lesa humanidad se encuentran reconocidos en el *ius cogens* ya no existe problema con el principio de irretroactividad de la ley puesto que la norma es anterior al principio de ejecución de estos delitos.

Ahora, nos es necesario señalar que en virtud de la unidad del proceso, los principios que se aplican a la investigación y sanción del crimen son también aplicables a la fase de ejecución de la sentencia.

Es así que, en dicha fase, aplicará de igual forma el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario por lo que debemos hacer una analogía entre la etapa de investigación y sanción y la etapa de ejecución de la pena.

⁸⁸Ibíd., párrs. 27 y 28.

Lo anterior tiene como resultado que la concesión de beneficios penitenciarios a los condenados por este tipo de delitos deba ceñirse a las normas de ius cogens y los principios que emanen del Derecho Internacional. La individualización de estos criterios será entregada más adelante.

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL RESPECTO A DELITOS DE LESA HUMANIDAD: EL CRITERIO INTERNACIONAL; SU SITUACIÓN EN CHILE.

El Estado de Chile ha ratificado los instrumentos que se refieren a los delitos de lesa humanidad y su tratamiento con posterioridad al principio de ejecución de estos actos por parte del Estado o por parte de particulares con aquiescencia de este. Lo anterior ha suscitado un obligado debate respecto al obstáculo que podría presentar, para su aplicación, el principio de irretroactividad de la ley penal o el principio de *nullum crimen sine lege*.

En este sentido, y como la jurisprudencia lo ha estimado en la mayoría de los casos, existe una fuerte corriente que considera que, en virtud de que la ratificación de los tratados internacionales que se refieren a los delitos de lesa humanidad se produjo con posterioridad a la ejecución de los actos, no podrían ser aplicables a este tipo de delitos.

Esta lógica es la que ha sido utilizada para la condena por delitos cometidos en el periodo de dictadura cívico militar de nuestro país, que cumplen con todos los requisitos para ser delitos de lesa humanidad, pero que en virtud del principio de irretroactividad, han sido señalados como delitos comunes en un contexto dictatorial.

Consecuencialmente, se ha usado esta misma lógica para la concesión de beneficios penitenciarios a los condenados por los delitos antedichos, sin hacerse una distinción especial en consideración de su gravedad y características. Es decir, se ha aplicado a estos delitos los mismos requisitos considerados por nuestro ordenamiento para los delitos comunes.

Contrario a los criterios utilizados por nuestra legislación y jurisprudencia, han sido los razonamientos de la Corte IDH a este respecto, los que fueron analizados con detención anteriormente. Así las cosas, resulta claro que para la Corte (i) el principio de irretroactividad no puede ser utilizado como una excusa para la investigación y sanción de los delitos de lesa humanidad, o, (ii) en virtud de la consideración de estas normas como ius cogens, no existe una colisión de principios, por lo que el principio de irretroactividad no se consideraría un obstáculo en la aplicación de la normativa sobre delitos de lesa humanidad.

Luego, cabe cuestionarnos sobre la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH para nuestro país. A este respecto debemos tener presente la ratificación de la CADH y el conjunto reconocimiento de competencia de la Corte. Así, *“El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”*⁸⁹

A su vez, el artículo 62 de la CADH dispone que *“Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”*⁹⁰.

Así las cosas, el Estado de Chile, junto con ratificar la CADH reconoce la competencia de la Corte para la interpretación de dicha Convención. De la misma forma lo ha reconocido la Corte IDH en su jurisprudencia al referirse al control de convencionalidad señalando que *“En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁹¹.

Si bien la Convención y el reconocimiento de competencia de la Corte IDH fue realizado con posterioridad a la ejecución de los delitos de lesa humanidad, la jurisprudencia

⁸⁹ Declaraciones del Estado de Chile en la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/basicos3.htm> [Última visita: 15 de marzo de 2018].

⁹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 22 de noviembre de 1969, artículo 62.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. *Supra* Nota 34, párr. 124.

de esta última ha considerado que el principio de ejecución del incumplimiento se verifica desde el momento en que el Estado de Chile se compromete y obliga a través de la CADH pero no toma las medidas correspondientes, tanto legislativas, judiciales, como administrativas. En este sentido se ha referido en el caso *Almonacid vs. Chile*, donde ha sostenido que *“El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no”*⁹².

En cuanto al rango de los tratados y convenciones internacionales *“La Constitución como norma jurídica fundamental y fundante del ordenamiento jurídico es quien debe decidir la jerarquía que los tratados internacionales, pudiendo decidir que tengan jerarquía legal o supralegal, incluso la Constitución podría disponer resignar o compartir su primer escalón jerárquico con aquellos. Lamentablemente, como se ha señalado en este trabajo, la Constitución Política de la República de Chile no ha referido expresamente cuál es la jerarquía de los tratados, cuestión que deberá resolverse por vía interpretativa. Tal labor interpretativa le corresponde a todos los órganos del Estado, pero especialmente compete a los tribunales de justicia”*⁹³

Es así que de este análisis jurisprudencial⁹⁴ se ha podido colegir que la jurisprudencia desde el 2005 ha optado por considerar un rango supralegal y constitucional a los tratados internacionales. En este sentido, se reconoce que *“en relación con la aplicación del decreto ley 2.191 puede señalarse que la tendencia de los tribunales superiores de justicia es a reconocer la “preeminencia” de la aplicación de los tratados de derechos humanos ante un conflicto normativo con la legislación interna. En casos puntuales como Lago Raneo y Urrutia Galaz se reconoce hasta el rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Por*

⁹² *Ibíd.*, párr. 50.

⁹³ Henríquez Viñas, M. L. (2008). Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, 6(2), 73-119.

⁹⁴ *Ibíd.*em.

otro lado, en casos como *Muller*, se hace expresa mención a la mayor jerarquía de los tratados respecto de la legislación interna, con base en lo resuelto por la Corte Interamericana sobre *Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs. Chile*⁹⁵

En conclusión, debemos tener en cuenta que la CADH tiene un rango constitucional o supra legal, lo que lo hace vinculante para el Estado de Chile en este caso. Sin perjuicio de lo anterior, en consonancia con la Convención y la jurisprudencia misma de la Corte IDH, debemos entender que el Estado de Chile está obligado tanto a la CADH como a las interpretaciones que de esta realice la Corte IDH.

En vista de todo lo anteriormente razonado, podemos evidenciar que el principio de irretroactividad no puede presentar un obstáculo para la aplicación de los estándares de derechos humanos en la investigación y sanción de los delitos de lesa humanidad, ya sea porque no se configure una colisión de principios por ser la norma de *ius cogens* anterior a la ejecución de los hechos, ya sea porque el principio de irretroactividad no es principio absoluto y no puede entorpecer el deber de los Estados de investigar y posteriormente sancionar a los responsables por este tipo de delitos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Como una postura que posibilita la aplicación de principios internacionales en el asunto que nos ocupa o, al menos da un punto para su discusión, nos encontramos con aquella que se apoya en la doctrina del *Control de convencionalidad de la Corte IDH*. Nos parece especialmente esclarecedor el estudio y las prevenciones que a su respecto hace el profesor Sergio Fuenzalida Bascuñán, en su artículo titulado *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: Una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"*. Esta doctrina tiene su primera expresión en un fallo de la Corte IDH que atañe a nuestro país: *Almonacid Arellano vs. Chile*.

En un primer acercamiento, el profesor Fuenzalida explica:

⁹⁵ *Ibídem*.

“La CIDH (refiriéndose a la Corte IDH), por medio de lo que ha entendido como “control de convencionalidad”, ha venido sosteniendo que los tribunales nacionales deben contrastar la normativa local con la Convención Americana de Derechos Humanos, de modo que de existir una contradicción normativa se debe preferir la normativa internacional. Control que debe basarse **en lo dispuesto en la Convención Americana**, pero además –lo que interesa mayormente aquí– en “**la interpretación que del mismo [Pacto] ha hecho la Corte Interamericana [en] sus resoluciones**, como intérprete última de la Convención Americana”⁹⁶.

(...) Esta primera expresión de la doctrina del control de convencionalidad luego ha sido ampliada significativamente. La Corte ha dispuesto que el examen de convencionalidad **debe realizarse de oficio** por la magistratura local, y dentro del ámbito de competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Asimismo, que **dicho control compete a cualquier juez o tribunal que ejerza funciones de jurisdicción**, y, finalmente, que el **control de convencionalidad atañe no sólo a las autoridades jurisdiccionales, sino que a toda autoridad pública**⁹⁷ (El destacado es nuestro)

En cuanto al valor y alcance del material controlante de esta doctrina, cita a Néstor Sagués para precisar:

“El material normativo controlante está conformado por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, más la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana”. Para el autor de la Universidad de Buenos Aires “de hecho, esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (Art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de este no ha variado. Así, un Estado puede verse obligado por la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación

⁹⁶ Fuenzalida Bascuñan, S. (2015). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 171-192, pág. 174.

⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 175.

diferente a la formulada en aquel expediente. Paralelamente, la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de este, porque como intérprete final del mismo fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas.”⁹⁸

Cabe también preguntarse por el reconocimiento de esta doctrina en el derecho interno de los países que se incluyen en el sistema interamericano de derechos humanos. Al respecto, el profesor Fuenzalida señala:

“En el caso de la Convención Americana, y los países que han aceptado la jurisdicción de la CIDH, existen buenas razones para aceptar que una cláusula de incorporación de su derecho (como es el caso de Chile por el artículo 5º inciso 2º de su Constitución Política) es suficiente para justificar el control de convencionalidad. (...)”⁹⁹

Así, el profesor también se refiere a cómo se sitúa jerárquicamente esta doctrina en el orden jurídico interno, destacando su importancia por tratarse de derecho humanitario:

“gozaría de una primacía sobre los ordenamientos jurídicos nacionales y de esta suerte “la Convención Americana es la normatividad internacional de superior jerarquía a la que está subordinada el derecho interno (Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas y judiciales, etc.) del Estado parte. Se trata de un vínculo jurídico de supra y subordinación del derecho nacional (derecho constitucional, derecho administrativo, etc.), respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁰⁰.

Si bien, según concluimos en el capítulo relativo a la jurisprudencia, no hay sentencias de la Corte que diriman directamente respecto a la concesión de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad, hay jurisprudencia en que sí se consagran y desarrollan principios y recomendaciones relativas al tema que nos ocupa y que, siguiendo

⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 176

⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 181

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 177.

la lógica de la doctrina recién expuesta, pueden y deben ser plenamente aplicados en las resoluciones de nuestras autoridades públicas, desestimando las normas de derecho interno en contrario. Nos parece especialmente importante lo dicho en el sentido de que el control de convencionalidad atañe a toda autoridad pública pues, en este entendido, quedan vinculadas todas las resoluciones que versan sobre el abanico de beneficios que son objeto de nuestro estudio, bien sea en sede administrativa, sea en sede judicial.

SÍNTESIS DEL PANORAMA ACTUAL

Jurisprudencia: fallos de la CS

Jurisprudencialmente, el panorama es claro: la Corte Suprema ha evitado introducir elementos internacionales a la evaluación de la concesión de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad y, en su lugar, ha aplicado directamente las normas internas que regulan cada beneficio, muchas de las cuales no están ajustadas a las exigencias del derecho internacional humanitario que, como hemos visto, es aplicable en el asunto que nos ocupa. Esta omisión no puede atribuirse a un descuido o a ignorancia por parte del tribunal pues, tal como hemos visto, ha suprimido en algunos de sus fallos considerandos presentes en sentencias de la Corte de Apelaciones que sí los consideraban. Tampoco puede afirmarse que esta reticencia esté basada en una adscripción, por parte del tribunal, a la tesis que sostiene que la aplicación de estos principios se correspondería como una aplicación retroactiva de una ley penal menos favorable, pues la Corte se ha mostrado también errática a este respecto: ejemplo de ello, es la aplicación del Decreto 924 en cuanto a los permisos de salida; el apoyo a la tesis que excluye a las leyes penales procesales del principio de irretroactividad de la ley penal, considerando la regulación penitenciaria como normas de esta naturaleza y; la práctica judicial que actualmente diferencia la etapa de ejecución con la etapa de juzgamiento. Por otra parte, cabe señalar que toda vez que la Corte Suprema se ha referido al carácter de lesa humanidad de los delitos objeto de estudio (por ejemplo, al citar la opinión del INDH al respecto), ha sido para conceder el beneficio en cuestión.

Inconsecuencias normativas.

Mediante el Decreto 104 del 01 de agosto de 2009, del Ministerio de Relaciones Internacionales, se promulga el Estatuto de Roma en cuyo preámbulo se reconoce que “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”¹⁰¹. A su vez, se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”¹⁰².

Así las cosas, el Estado de Chile, al ratificar dicho Estatuto, reconoce la suma gravedad de estos delitos que se configuran como una afrenta a la humanidad en su conjunto. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico interno aún no se realizan los cambios legislativos correspondientes que adopten de manera objetiva este reconocimiento.

Nos referimos precisamente a la concesión de beneficios penitenciarios, donde podemos apreciar, en el análisis jurisprudencial realizado con anterioridad, como en la mayoría de los casos se otorgan estos beneficios en virtud del cumplimiento de los mismos requisitos estipulados para los delitos comunes.

Como bien sabemos, los delitos de lesa humanidad se componen por algunos delitos comunes tales como el asesinato, la violación, tortura, etc., sin embargo, su gravedad viene determinada por el contexto dentro del cual son cometidos. De esta forma lo declara el artículo 7 del Estatuto de Roma al disponer que “se entenderá por *“crimen de lesa humanidad”* cualquiera de los actos siguientes [como los ejemplificados anteriormente] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”¹⁰³.

En este sentido, al no haber legislación al respecto y obviando el control de convencionalidad, la jurisprudencia nacional ha determinado otorgar beneficios

¹⁰¹ Preámbulo del Estatuto de Roma. *Supra Nota 10*.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Preámbulo del Estatuto de Roma. Naciones Unidas PCNICC/1999/INF/3. Roma, Italia. 17 de julio de 1998, artículo 7.

penitenciarios a condenados por delitos configurados como delitos de lesa humanidad, bajo los mismos requisitos necesarios para los delitos comunes, lo que nos permite concluir que la gravedad determinada por la afrenta a la humanidad de esta clase de delitos no se encuentra considerada de manera objetiva en nuestro ordenamiento.

El único beneficio penitenciario que ha sido modificado con tal de adaptar su regulación en cuanto a condenados por delitos de lesa humanidad a estándares internacionales es el de Permisos de Salida. A su respecto, el Decreto 924 introduce el elemento *arrepentimiento, especial gravedad del delito y grado de cooperación del condenado en causas criminales por delitos de lesa humanidad*, sin embargo, aún resulta insuficiente de cara a las exigencias internacionales generalmente aceptadas para el asunto que nos ocupa.

La Libertad Condicional es el beneficio que cuantitativamente más se les ha concedido a los condenados objeto de estudio, como también el más importante en cuanto a sus efectos en la libertad ambulatoria del condenado. En la lógica de este beneficio hay una graduación de proporcionalidad para su concesión. Así, el artículo 3 del DL. 321 consagra excepciones a la regla general del requisito de haber cumplido la mitad de la condena, elevando a dos tercios el tiempo mínimo de cumplimiento para el caso de condenados por delitos que se han considerado como socialmente más graves o más reprochables. A este respecto, nos parece un desajuste sistémico que en esta norma no se considere específicamente a los condenados por delitos de lesa humanidad, teniendo presente que, por un lado, distintos instrumentos normativos nacionales e internacionales dan cuenta de la especial connotación que tienen y, por el otro, la regulación de los permisos de salida ya se ha modificado en este sentido, es decir, en reconocer la gravedad de este delito y las exigencias adicionales para su concesión.

PROPUESTAS DE CAMBIOS LEGISLATIVOS

A partir de lo estudiado, sintetizamos someramente lo que, a nuestro juicio, son las exigencias mínimas que debe cumplir una razonable regulación de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad. Esto, sin desconocer la necesidad de

modernizar la regulación penitenciaria en general (crear una ley única de ejecución de pena; crear un juez para dicha etapa).

En primer lugar nos parece necesario establecer una nueva categoría en la clasificación de gravedad de delitos en nuestro sistema jurídico nacional destinado a la regulación de la concesión de delitos penitenciarios. A saber, en nuestro ordenamiento existen dos categorías de gravedad, en primer lugar, los delitos respecto de los cuales la concesión de beneficios penitenciarios tiene como requisito el cumplimiento de la mitad de la condena. En segundo lugar, tenemos los delitos respecto de los cuales el requisito de cumplimiento de condena se eleva a dos tercios de esta, por ser considerados más graves.

Es en este sentido que proponemos la creación de una tercera categoría que sea continente de los delitos más graves de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales conforme a los mencionado en los capítulos precedentes, corresponden a los delitos que atentan contra la humanidad toda, como lo son los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. Con esta nueva clasificación aseguramos una homogeneidad del sistema jurídico nacional y reconocemos, como Estado, de forma objetiva, los delitos antes mencionados.

En segundo lugar, tal como se vio en el capítulo referido a la legislación aplicable, el único cuerpo internacional que se refiere de una manera directa a un tratamiento de la etapa de ejecución de la pena de condenados por delitos de lesa humanidad es el Estatuto de Roma, precisamente en su artículo 110 y en las reglas 223 y 224 de sus Reglas de Procedimiento y Prueba. Creemos que estas normas ofrecen un estándar al cual debe apuntar nuestra legislación interna:

1. En cuanto a la autoridad que debe conocer la concesión de los beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad, ésta debiese ser *judicial*.
2. En cuanto al procedimiento como tal, debe ser de naturaleza *contenciosa*, de modo tal que especialmente la víctima y sus familiares puedan ser debidamente representados en la audiencia en que se discuta el otorgamiento de beneficios.
3. Estándares más altos y criterios más exigentes:
 - a. Objetivamente, para evaluar el beneficio se requiere el cumplimiento de 2/3 de la pena. En definitiva, aumenta el tiempo que es regla general para la postulación de beneficios en Chile.

- b. Subjetivamente, se deben evaluar y/o considerar:
- i. La conducta del condenado durante su privación de libertad.
 - ii. La cooperación del condenado con la justicia (investigaciones).
 - iii. La posibilidad de reinserción social del condenado.
 - iv. Los efectos que tendría la libertad anticipada del condenado, tanto en la sociedad, como en la víctima y su familia. Cabe tener presente la información prestada por las encuestas de percepción ciudadana.
 - v. Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, observando especialmente los principios o medidas reparatorias que el tribunal que condena haya dictado en el proceso de que se trate.
 - vi. Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES.

1. El derecho internacional admite la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad, pero con exigencias más altas que para condenados por delitos comunes, con especial atención al impacto que dicha concesión tendría para la sociedad, para las víctimas y para la búsqueda de justicia en causas judiciales aún abiertas.
2. Los instrumentos de derecho internacional analizados son vinculantes para nuestro país ya que se han ratificado conforme a nuestras reglas internas. En cuanto a su aplicabilidad para los casos en estudio, tal como aparece de la lectura de este trabajo, sus principios y/o normas son directamente aplicables mediante diversos mecanismos y formas de interpretación.
3. Respecto de la irretroactividad de la ley penal, podemos señalar que aunque aceptaremos la más radical de sus posturas, esta es, que ninguna norma penal puede aplicarse a hechos que tengan un principio de ejecución anterior a su entrada en vigencia, la Corte IDH ha señalado que el derecho de gentes es una norma que obliga a los Estados sin necesidad de que estos la hayan tipificado, por lo que su entrada en vigencia sería anterior al principio de ejecución de los hechos estudiados, siendo de esta forma, inexistente el conflicto con el principio de irretroactividad. Entonces, al considerar que las normas que se refieren a delitos de lesa humanidad, son normas del derecho de gentes, podemos entender que sus preceptos obligan al Estado de Chile desde antes del principio de ejecución de los delitos objeto de este estudio.
4. Si bien el Estado de Chile reconoce los delitos que han sido considerados una afrenta a la humanidad en su conjunto, no existen suficientes normas de este tipo que digan relación con la etapa de Ejecución de la Pena. En cuanto a los beneficios, sólo los Permisos de Salida han adoptado algunos estándares internacionales. En este sentido, por regla general, existe un desajuste entre las normas del derecho interno respecto de las normas de derecho internacional toda vez que mayoritariamente no se hace una distinción entre internos comunes y los internos condenados por delitos de lesa humanidad.

5. Ante este desajuste, quienes están en posibilidad de corregirlo en la práctica mediante la figura del *control de convencionalidad*, sean funcionarios judiciales o administrativos, no lo han venido haciendo, dejando sin aplicación el *espíritu* de la legislación internacional respecto a la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad.

6. Así, en cuanto a la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad, el Estado de Chile se encuentra en una infracción de sus obligaciones internacionales, tanto legislativa como judicial y administrativamente.