



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL A CRIMINALES DE LESA HUMANIDAD EN CHILE

MEMORIA DE PRUEBA

PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MACARENA PATRICIA MUÑOZ MADARIAGA

PROFESORA GUÍA: DRA. MYRNA VILLEGAS DÍAZ

SANTIAGO, CHILE

2019

A mi mamá, papá, hermana y hermano.

Palabras Previas

Mi familia me inculcó una profunda convicción por la defensa de los derechos humanos y fue imposible no crecer con indignación, siendo testigo de la impunidad reinante en Chile por los crímenes de lesa humanidad perpetrados en la dictadura cívico-militar.

Cuando me propuse escribir esta tesis lo hice pensando en las víctimas de la dictadura. Esas víctimas que llevan casi medio siglo luchando por verdad y justicia y tantas otras que murieron sin obtenerla. Escribir esta tesis significaba aportar a esa lucha incansable, combatir el negacionismo, reivindicar la memoria y aportar al nunca más en Chile.

Lamentablemente, a partir del 18 de octubre de 2019 la historia volvió a repetirse, esta vez bajo el gobierno de Sebastián Piñera Echenique. Jamás imaginé que sería testigo de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y, con profundo pesar, ahora considero que esta tesis no solo será de utilidad para el juzgamiento de los casos ocurridos en dictadura, sino también los casos ocurridos a partir del 18 de octubre de 2019.

Agradezco a la Universidad de Chile, mi universidad, que ha sido protagonista en la defensa de los derechos humanos y, por supuesto, agradezco a mis profesores que han sido ejemplo de profesionalismo, convicción y resistencia. Mi profesora guía, dra. Myrna Villegas Díaz, tiene toda mi admiración; de ella he aprendido que es posible ejercer la profesión siendo fiel a las convicciones políticas.

Agradezco a mi familia, amigas, amigos y a mis nuevas compañeras y compañeros que conocí a partir del 18 de octubre, cuyas convicciones y valentía nos han unido en la resistencia por la defensa de la democracia y los derechos humanos. A todos les agradezco su compromiso, cariño, empatía y contención.

Triste e injustamente, hoy en Chile hay más víctimas de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. A todas ellas declaro mi compromiso por la memoria, verdad y justicia.

Índice

Resumen	5
Introducción	6
Capítulo I. La Libertad Condicional	9
1. Origen histórico de la Libertad Condicional	9
2. Sistema de penas en los que puede incidir la Libertad Condicional.....	11
3. Libertad Condicional en Chile: Decreto Ley N°321	13
3.1. Requisitos exigidos para la concesión de la Libertad Condicional.....	14
3.2. Modo de concesión de la Libertad Condicional	18
4. Libertad Condicional atingente a fines preventivo especiales	21
5. Naturaleza Jurídica de la Libertad Condicional. ¿Es un derecho o un beneficio?	23
6. Libertad Condicional y Derechos Humanos.....	25
Capítulo II. Fines de la pena y casos de graves violaciones a derechos humanos	33
1. Origen histórico de los Derechos Humanos.....	33
2. Violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos.....	35
3. Obligaciones estatales para combatir la impunidad.....	39
3.1. Imposición de penas apropiadas a los responsables	43
4. Fines de la pena y graves violaciones a derechos humanos	46
5. Condenados por violaciones graves a derechos humanos en Chile	52
5.1. Resocialización de los condenados por violaciones graves a derechos humanos y su relación con la libertad condicional.....	55
5.2. Delincuentes por Convicción.....	59

Capítulo III. La retribución como fin de la pena y los casos de graves violaciones a derechos humanos	64
1. Memoria, verdad y justicia	64
1.1 ¿Perdón y olvido?	68
2. Pena Retributiva.....	69
2.1. Pena retributiva como acción comunicativa	70
3. Ejecución de la pena	73
3.1. Ejecución de una pena retributiva y la Libertad Condicional	76
Conclusiones	78
Bibliografía.....	84

Resumen

La presente tesis tiene por objeto el estudio de la libertad condicional, analizando su concesión a condenados por violaciones graves a derechos humanos en relación con las teorías sobre los fines de la pena, recurriendo a fuentes bibliográficas que incluyen doctrina, jurisprudencia y legislación nacional e internacional.

La libertad condicional se encuentra regulada en el Decreto Ley N°321, de cuyo análisis se desprende que es un beneficio que se corresponde con el fin preventivo especial de la pena, lo cual es necesario contrastar con el fin de la pena para los casos de violaciones graves a derechos humanos que, tomando en consideración normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, da luces de su correspondencia con el fin retributivo.

Entonces, se profundiza en la reflexión sobre la naturaleza jurídica de la libertad condicional, la caracterización de los condenados por violaciones a derechos humanos en Chile, sus posibilidades de resocialización y su relación con el tipo criminológico de delincuentes por convicción, para finalizar reflexionando sobre pena retributiva y su ejecución, en relación con la concesión de la libertad condicional a los criminales de lesa humanidad.

Introducción

La Segunda Guerra Mundial trajo consigo un genocidio y horrendos crímenes sin precedentes que motivó el desarrollo de organismos a nivel internacional para la promoción, protección y defensa de los derechos humanos. Fue así que en el año 1969 se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivando la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha definido como violaciones graves aquellas “asociadas a prácticas sistemáticas y masivas, patrones o políticas estatales cuando la preparación y ejecución de la violación de derechos humanos de las víctimas fue perpetrada con el conocimiento u órdenes superiores de altos mandos y autoridades del Estado o con la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones y omisiones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de diferentes estructuras y órganos estatales. En estos casos ocurre una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de derechos, lo que generalmente se ha visto favorecido por situaciones generalizadas de impunidad de esas graves violaciones, propiciada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontarlas o contenerlas”.¹

Lamentablemente, miles de chilenos fueron víctimas de violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet entre 1973 y 1990, pero a pesar de los esfuerzos desde los inicios de la transición democrática por condenar a los responsables de tales delitos, no fue sino hasta el año 1998, tras el procesamiento de Pinochet iniciado por el juez de la Audiencia Nacional de España, Baltasar Garzón, que la judicatura chilena inició la persecución de éstos, acarreando la tardía condena solo para algunos de los involucrados en tales delitos, siendo más de 100 los reclusos que actualmente cumplen una pena privativa de libertad.

Fue el año 2018 que se cuestionó el cumplimiento de tales condenas, cuando la Corte Suprema concedió la Libertad Condicional a 6 de los reclusos involucrados, iniciándose un debate en torno a la procedencia de tal decisión, tratándose de condenados por casos de violaciones graves a derechos humanos. Incluso hubo una acusación constitucional a los ministros de la Corte Suprema que dictaron la resolución, sin embargo, no logró el objetivo propuesto.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 28 de enero de 2009, Caso Perozo y otros vs. Venezuela. p. 43.

Así pues, resulta atinente para el debate reciente a nivel nacional profundizar el análisis de la libertad condicional, la que se encuentra regulada por el Decreto Ley N°321, que se enmarca dentro de un sistema penal que reconoce la reinserción social de los condenados como un proceso que toma parte durante el cumplimiento de la pena, y cuya naturaleza jurídica es discutida respecto a si es un derecho o beneficio, lo cual es especialmente controvertido en atención a su concesión a condenados por violaciones graves a derechos humanos.

Evidentemente, no se puede ignorar la caracterización de tales sujetos, siendo relevante cuestionar la posibilidad de su resocialización en los términos propuestos por libertad condicional, así como profundizar en el análisis de la pena para este tipo de casos, evocando preguntas que por años la academia ha intentado responder, acerca de cómo y por qué sancionar, es decir, respecto a qué fin se orienta el Derecho penal y sus penas.

Por consiguiente, la hipótesis propuesta es que el fin de la pena es la retribución, en contraposición con la libertad condicional, que es un beneficio carcelario que obedece a fines preventivo especiales de la pena que no resultan compatibles con la naturaleza de los crímenes que cometieron los responsables.

Por lo tanto, el objetivo general es analizar los fines de la pena en casos de violaciones graves a los derechos humanos y su relación con la concesión de la libertad condicional. Para su consecución se desarrollarán tres capítulos; en el capítulo I se analizará la institución de la libertad condicional, describiendo sus antecedentes históricos, disposiciones normativas del Decreto Ley N°321, además de reflexionar en torno a su naturaleza jurídica y su fundamentación bajo el fin preventivo especial de la pena. A su vez, se analizará la concesión de la libertad condicional a la luz del artículo 110 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, estableciendo un paralelo con la legislación chilena, para terminar, examinando los considerandos relevantes de los fallos de la Corte Suprema por los cuales se concedió la libertad condicional a seis criminales de lesa humanidad el año 2018.

Posteriormente, en el capítulo II se tratarán las violaciones graves a derechos humanos, describiendo su desarrollo histórico y conceptualización a la luz del Derecho Internacional

de los Derechos Humanos (DIDH), analizando las principales obligaciones de los Estados en la materia, cuyo objetivo es combatir la impunidad por medio de investigar, juzgar y reparar los crímenes de lesa humanidad. Entonces, se identificará cuál es el fin de la pena para tales casos, siguiendo con el análisis de las características de los condenados por graves violaciones a derechos humanos en Chile, sus posibilidades de resocialización en relación con la concesión de la libertad condicional y en consideración al tipo criminológico de delincuentes por convicción.

Para finalizar, el capítulo III se avocará al análisis de la retribución como fin de la pena en los casos de violaciones graves a derechos humanos, reflexionando en torno a la significación de la memoria, verdad y justicia, en su relación con el perdón y olvido de los crímenes de lesa humanidad, profundizando en la pena retributiva como acción comunicativa, la ejecución de la pena y su relación con la libertad condicional.

La presente tesis pretende colaborar desde las ciencias jurídicas al cese de la impunidad que se arrastra desde la cruenta dictadura cívico-militar, siendo un aporte en la reflexión sobre las penas para condenados por casos de violaciones graves a derechos humanos, pues a pesar de restar menos de cinco años para cumplir medio siglo desde el golpe de Estado, sigue habiendo motivos de resistencia para las víctimas y sus familiares, ésta vez, respecto a la ejecución de las condenas de quienes perpetraron los crímenes de lesa humanidad.

Capítulo I. La Libertad Condicional

1. Origen histórico de la Libertad Condicional

La libertad condicional surge entre los siglos XVIII y XIX tras el surgimiento de ideas reformistas que cuestionaron la manera en que se aplicaban castigos, pues hasta mediados del siglo XIX se encontraban masificados los modelos de prisiones de Estados Unidos, propios de Filadelfia y Auburn.²

El primero se caracterizaba por condenas que comprendían el aislamiento individual diurno y nocturno a través de celdas solitarias e, incluso, silencio absoluto, siendo una concepción de pena que encontraba similitud con la concepción cristiana de pecado, requiriendo de penitencia y castigo.

El segundo, también comprendía el aislamiento nocturno, sin embargo, durante el día incluía jornadas de trabajo colectivas, aunque silenciosas.

Las características de tales modelos tuvieron como consecuencia efectos negativos para los reclusos, pasando a desarrollarse “una concepción distinta sobre la ejecución de la pena, que veía en su cumplimiento un proceso etapista, cuyo avance dependía de la conducta y disposición que tuvieran los reclusos”.³

Entonces, se reconocieron dos finalidades de la pena, el castigo y la corrección o reinserción del condenado, proponiéndose para la última que “la ejecución de la pena privativa de libertad debe ir acompañada de una serie de prestaciones que ayuden a la persona a paliar su desocialización, tendientes a facilitar, entre otras cosas, la búsqueda de trabajo, vivienda, o unos medios económicos con los que poder hacer frente a los primeros gastos.”⁴

Así pues, la Libertad Condicional surge como el resultado de prácticas penitenciarias que se remontan a los siglos mencionados, sin embargo, existe discrepancia respecto al lugar y fecha exacta en que se habría originado.

² FAÚNDEZ, S. y LAVANDEROS, C. La libertad condicional análisis actual y jurisprudencial período 2010-2016. Tesis de pregrado. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2017, p. 9.

³ FAÚNDEZ y LAVANDEROS, ref. 2.

⁴ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. *Redescubriendo la libertad condicional* [en línea]. 2013 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/8198-2.pdf>, p. 3.

“El profesor alemán Mittermaier, en un trabajo presentado al Congreso Internacional de Washington de 1910, asevera que la libertad condicional fue establecida por primera vez en el año 1791 con el nombre de ‘perdón condicional’ para convictos deportados por Inglaterra a Australia.”⁵

A su vez, se reconoce la existencia de una práctica llevada a cabo en 1832 con menores de 16 años reclusos en la prisión de la Roquette en París, por la que “como premio a la buena conducta observada en la prisión, los menores quedaban sometidos a la tuición de la Sociedad de Jóvenes detenidos”⁶.

Posteriormente, Alexander Maconochie, superintendente de la colonia penitenciaria británica de la Isla de Norfolk en Australia, el año 1840, ideó un sistema de vales o “tickets” que debían lograr los internos, basadas en el buen comportamiento, su desempeño y logro de determinadas metas, en razón de las cuales la condena podía terminar de manera anticipada.⁷ Así entonces, el sistema se fundamentaba en el trabajo y la buena conducta, anticipando la libertad con la condición de mantener los logros obtenidos, teniendo como consecuencia ante el incumplimiento la pérdida del beneficio, además de castigos.

Poco a poco, la práctica se imitó en varios países, partiendo por Irlanda gracias a Walter Crofton, hasta consagrarse por ley definitivamente, como fue la inclusión en el Código Penal alemán en 1870 y Estados Unidos en 1877.

Finalmente, en Estocolmo, el año 1878, se llevó a cabo el Segundo Congreso Penitenciario Internacional, consagrando definitivamente el nombre de libertad condicional y aprobándose “que no es contraria a los principios de la cosa juzgada, presenta tales ventajas para la sociedad y los penados, que debe recomendarse a la solicitud de los gobiernos. Esta institución debe rodearse de las garantías necesarias para evitar la libertad anticipada.”⁸

⁵ PAPIC, J. N. y RAMÍREZ, C. E. Análisis del otorgamiento de la libertad condicional en Chile 2000-2010. Tesis de Pregrado. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2011, p. 12.

⁶ MARÍN, U. La Libertad Condicional en Chile. En: VALDIVIESO, J. *Libertad Condicional*. Cochabamba-Bolivia: Imprenta Universitaria, 1941, pp. 1-160, p. 44.

⁷ FIGUEROA, Ulda. La libertad condicional como mecanismo de prevención del delito y promotor de la reinserción social: Propuestas para una reforma basada en evidencia. *Derecho y Justicia*, 2016, pp. 9-28, p. 13.

⁸ JACOB, M. Y. *La Libertad Condicional*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1962, pp. 12-13.

2. Sistemas de penas en los que puede incidir la Libertad Condicional

La concesión de la libertad condicional se puede diferenciar, según la pena sea prefijada o determinada a posteriori. La primera, tiene dos variantes, estableciendo, por un lado, su aplicación “una vez cumplida la totalidad de la pena, y en tal caso, su carácter sería preventivo [...y, por otro,] una vez cumplida parte de la pena, y entonces pasa a ser sólo un modo especial de cumplir en libertad la pena privativa de ella.”⁹

En Chile se reguló la libertad condicional conforme a la segunda variante, a pesar de que, desde el punto de vista teórico, es más lógica la primera, pues haciendo caso a la finalidad preventivo especial de la pena, si ésta última “es prefijada de acuerdo con las posibilidades de corrección que ofrezca el delincuente, la enmienda no puede suponerse lógicamente mientras tal pena no haya sido cumplida íntegramente.”¹⁰

Ahora bien, una vez que el condenado queda en libertad, se entiende que recobra su libertad individual, razón por la cual lo descrito no ha tenido asidero en Chile ni en legislaciones comparadas, pues quedando sometido a la supervigilancia, no podría hacer uso de su derecho fundamental. No obstante, es un tema relevante que ha cuestionado el sistema penitenciario y la ejecución de las penas.

Así, Künsemüller en 1973 recordaba la regla N°80 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, describiendo que “se tendrá debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación.”

Conforme a ello y, haciendo caso de la finalidad resocializadora, considera que no basta la corrección del sujeto, sino que se le debe preparar para su vida en libertad, debiendo contemplarse un tratamiento de prelibertad y otro de asistencia post institucional, asemejándose el último a la primera variante de la libertad condicional introducida por Marín, por la que, en consideración a la finalidad preventiva, se debe complementar la vigilancia o supervisión con la asistencia al liberto.

Ahora bien, Künsemüller, reconoce que existe una falta de recursos económicos y humanos para introducir la asistencia post institucional, concluyendo que “esta clase de medidas

⁹ MARÍN, ref. 6, p. 71.

¹⁰ MARÍN, ref. 6, p. 72.

debieran adoptarse en realidad con respecto a todos los reclusos sin distinción alguna, pero como solamente a través de un sistema de libertad vigilada o condicionada se puede realizar verdaderamente prevención especial, se recomienda la aplicación de estas medidas preponderantemente a los casos de reclusos condicionalmente liberados, ya que estos son los únicos que pueden ser vigilados y seguir sometidos al tratamiento, después de haber sido materialmente excarcelados, siendo posible así velar eficazmente por su real reincorporación social.”¹¹

Entonces, zanjados los alcances de lo propuesto por Künsemüller y, continuando con Marín, en Chile se consolidó el sistema de la libertad condicional según pena prefijada, concediéndose una vez cumplida parte de ella, reconociendo que “ha tenido la importancia práctica de producir la indeterminación de la pena, lo que ha hecho decir a algunos tratadistas que esta institución no es sino una variedad de la idea indeterminista,”¹² según la cual, la libertad condicional debiera concederse en cualquier momento en que se presuma la corrección del delincuente.

Tal indeterminación sólo sería posible cuando se abreviara o redujera la pena, y no cuando se aconsejara prolongar la duración de la prisión en consideración al peligro social que pudiera significar la negación del delincuente a toda corrección o enmienda, ya que eso sería ilegal.

No obstante, Marín deja ver una contradicción, pues si bien en principio se advierte la indeterminación de la pena, finalmente, a pesar de que la resocialización se hubiere producido con anticipación, el condenado debe esperar el tiempo mínimo establecido en la normativa para acceder a la concesión de la libertad condicional.

Respecto a esto último, Foncea describe la existencia de dos sistemas: selectivo y automático. Bajo el primero, son susceptibles de acceder a la libertad condicional quienes son seleccionados por la observancia de requisitos normativos, tal como se estipula actualmente; bajo el segundo, la concesión del beneficio opera hacia el fin de la pena, sin

¹¹ KÜNSEMÜLLER, C. La libertad condicional y la prevención especial del delito. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 32, 1973, pp. 111-139, p. 117.

¹² MARÍN, ref. 6, p. 74.

Sobre Indeterminismo: “Como es sabido, el positivismo penal distinguía entre diversas clases de delincuentes y entendía que la pena tenía que ajustarse al peligro de reincidencia que cada categoría de ellos presentara. A partir de aquí y de la evidencia de que es imposible predecir exactamente el efecto de la pena sobre un sujeto que ha delinquido, fue posible pensar que la pena no puede ser fijada definitivamente en la sentencia, sino que debe ser indeterminada o mejor dicho determinada a posteriori.” JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 1-42, p. 18

la necesidad de observar los requisitos. Así pues, “en la segunda sesión del ex -Grupo Regional Consultivo Europeo de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, se recomendó la combinación de los dos sistemas -selectivo y automático- de manera que exista la posibilidad de conceder el beneficio con relativa prontitud en los casos de pronóstico favorable, en tanto que la libertad condicional automática sería otorgada, hacia el fin de la pena, a los reclusos que no hayan podido obtenerla por el primer sistema.”¹³ En nuestro país, sin embargo, la normativa no se orientó en tal sentido.

3. Libertad Condicional en Chile: Decreto Ley N°321

Particularmente en Chile la libertad condicional se estableció el año 1925, mediante la dictación del Decreto Ley N°321, el cual define en el artículo 1° que “es un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad y a quien se le concediere, demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social. [...] Es un beneficio que no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por la persona condenada y según las disposiciones que se regulan en este decreto ley y en su reglamento.” Éste último, establecido por el Decreto N°2442 de 1926, el que fija el texto del reglamento de la libertad condicional.

El artículo 2° del reglamento da cuenta de la herencia palpable de los sistemas anglosajones de la libertad condicional, pues describe: “Se establece la libertad condicional como una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de un año, que por su conducta y comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente haya demostrado que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social.”

Consecuentemente con las prácticas que dieron origen a la libertad condicional en el mundo, desde un principio se estableció que su concesión se orientó conforme a la lógica del sistema penitenciario progresivo, el que se estableció en Chile a partir de 1928, “constituido por [cuatro] etapas que el condenado debía pasar, atendida la conducta observada y su grado de corrección.”¹⁴ Sin embargo, aquello nunca se cumplió,

¹³ FONCEA, M. Revisión del instituto de la libertad condicional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no 15, 2010, pp. 459-473, p. 471.

¹⁴ FONCEA, ref. 13, p. 468.

consagrándose en el año 1993 un régimen penitenciario basado en un tratamiento de reinserción social que culminaba con la libertad condicional.

Entonces a la libertad condicional se le asignó una doble finalidad; por un lado, como un medio de prueba de la rehabilitación del condenado recluso y, por otro, una recompensa, pues solo se otorga al recluso que demostró una conducta y comportamiento sobresalientes durante su estadía en prisión, considerándose como “una libertad a prueba dentro de un tratamiento.”¹⁵

Concuerdan las autoras Horvitz y Aguirre, quienes establecen que “implica un periodo de prueba y observación durante el cual se deben cumplir ciertas condiciones que, una vez satisfechas en el lapso correspondiente, determinan la extinción de la pena o de la acción penal.”¹⁶

3.1. Requisitos exigidos para la concesión de la Libertad Condicional

Tal como se anticipó, conforme a la esencia de la libertad condicional, su concesión depende del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Ley N°321 y el reglamento correspondiente.

Tales requisitos se pueden clasificar, por un lado, conforme al tiempo de ejecución de las condenas y, por otro, conforme a la evaluación de la conducta de los propios condenados dentro de los establecimientos penitenciarios.

Respecto al primer criterio, el artículo 2° del Decreto Ley N°321, establece “Toda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración podrá postular al beneficio de libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos: 1) Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva...”

Este requisito se ha denominado “periodo de aseguramiento”, cuyo concepto proviene de la doctrina española, queriendo “reafirmar el criterio de que las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia deben cumplirse reforzando el respeto a las instituciones y a los valores que en la resolución dictada se han intentado proteger.”¹⁷

¹⁵ SEPÚLVEDA, E. y SEPÚLVEDA, P. A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿Un beneficio desaprovechado?. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, vol. 13, 2008, pp. 85-110, p. 89.

¹⁶ AGUIRRE, L. y HORVITZ, M. I. *Derecho de ejecución de penas. El sistema penitenciario chileno*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Justicia Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007, p. 109.

¹⁷ SEPÚLVEDA y SEPÚLVEDA, ref. 15, p. 87.

El periodo de aseguramiento de la mitad de la condena, como mínimo, es de aplicación obligatoria a todos los reclusos condenados por cualquier delito, especificándose en los artículos 3° y 3° bis una variación del requisito, pues, conforme al primero, para el caso del presidio perpetuo, podrá accederse una vez que hayan transcurrido veinte años de cumplimiento efectivo y, respecto al presidio perpetuo calificado, deberán haber transcurrido cuarenta años. Además, delitos de mayor gravedad y connotación social¹⁸ elevan el tiempo del periodo de aseguramiento a dos tercios de la pena, lo mismo que para los delitos contemplados en el artículo 3° bis.

Se agrega en el último inciso del artículo 3° que para condenados a presidio perpetuo por infracción a la ley sobre conductas terroristas y, además, condenados por delitos sancionados en otros cuerpos legales, podrán postular una vez cumplidos diez años de pena, siempre que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998.

Entonces, se evidencia que la libertad condicional no puede aplicarse a todo tipo de penas establecidas en el Código Penal, pero sí es aplicable para todas las penas privativas de libertad que superen un año de duración, diferenciando la oportunidad en que puede solicitarse, en relación con un mínimo de años de cumplimiento de la condena sentenciada, tal como se describió en los párrafos precedentes. Específicamente, si se pone atención a los delitos descritos en los artículos 3° y 3° bis del Decreto Ley N°321, se evidencia que la “gravedad del ilícito aparece como un factor que determina el periodo de aseguramiento en un primer momento”,¹⁹ pues “la criminalidad considerada dentro del castigo va asociada a una percepción valórica de la sociedad”²⁰. No obstante, aquello no ha negado la concesión de la libertad condicional para cierto tipo de delitos, pues no hay que confundir la determinación del periodo de aseguramiento con una restricción de la concesión de la libertad condicional.

Continuando con los requisitos dispuestos en el Decreto Ley N°321, se agregan aquellos relativos a la conducta de los condenados al interior de los establecimientos penitenciarios,

¹⁸ Parricidio, femicidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación, infanticidio, y por los delitos contemplados en el número 2° del artículo 365 bis y en los artículos 366 bis, 366 quinquies, 367, 411 quáter, 436 y 440, todos del Código Penal, homicidio de miembros de las policías, de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile y de Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones, y el de elaboración o tráfico de estupefacientes.

¹⁹ GARCÍA, B. Concesión de libertad condicional a condenados por crímenes cometidos en el contexto de violaciones a los derechos humanos en el periodo 1973-1990 en Chile. Tesis de Pregrado. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2018, p. 20.

²⁰ GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Siglo XXI, 1999, p.114.

describiéndose en el artículo 2° numeral 2) “Haber observado conducta intachable durante el cumplimiento de la condena. Será calificado con esta conducta la persona condenada que tenga nota “muy buena”²¹, de conformidad al reglamento de este decreto ley, en los cuatro bimestres anteriores a su postulación...”. El reglamento en cuestión precisa en su artículo 19: “Para establecer la clasificación de la conducta de cada penado, las autoridades que correspondan tomarán en cuenta los siguientes elementos de juicio: a) Su conducta en el patio o calle, en el taller y en la escuela; b) Su asistencia al taller y a la escuela; c) El aseo personal de su celda y útiles; y d) Las manifestaciones de carácter, sus tendencias, educación y moralidad. Para pronunciarse sobre la aplicación y el aprovechamiento, tomarán en cuenta especialmente sus progresos como obrero y como alumno y las causas de sus inasistencias al taller y a la escuela.”

Tal disposición se complementa con el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, el que establece en sus numerales 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.”

En este punto, es dable mencionar que la evaluación de tales requisitos la realizan funcionarios al interior de los recintos penitenciarios, dejando a su criterio si se alcanza la calificación “muy buena”, lo que inevitablemente queda entregado a la propia subjetividad de los evaluadores. Es decir, si bien corroborar que el condenado cumpla con los requisitos conductuales establecidos por la norma es un parámetro objetivo, la evaluación de tales requisitos es subjetiva.²²

También, a lo largo de los años en que se ha mantenido vigente el Decreto Ley N°321, se aprecia su correspondencia con la concepción originaria de la libertad condicional, dando preponderancia al trabajo, entendiéndose por tal el educativo o laboral, pues socialmente se ha elevado tal actividad como elemento propio de la dignidad humana, entendiéndose que “el condenado que no conoce medio de ganarse la vida no puede ser sino un elemento perturbador del orden social. [...] La ocupación distrae al reo y despeja los malos sentimientos que pueda poseer, a la vez que combate instintos perversos, porque el

²¹ Conforme al artículo 21 del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, “Las notas para clasificar la conducta, aplicación y aprovechamiento de los condenados serán: pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno...”

²² TÉBAR, B. El modelo de libertad condicional español. *Revista de derecho y proceso penal*, no 15, 2006, pp. 21-271, p. 116.

delincuente observa que con su mismo esfuerzo físico o intelectual obtiene beneficiosos resultados y termina por aceptar el trabajo.”²³

Por tanto, la reinserción de los condenados, entendiendo por tal que no vuelvan a delinquir, se lograría como consecuencia del trabajo realizado al interior de los recintos penitenciarios, proyectando que la falta de ocupación laboral constituiría la causa de la comisión de delitos y, por tanto, explica la razón de que se ponga especial atención a los progresos laborales a la hora de evaluar los requisitos de postulación; tesis cuestionable que será discutida en los siguientes capítulos.

Siguiendo con la lectura del artículo 2° del Decreto Ley N°321, el numeral 3) agrega como requisito “contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos”.

Tal numeral ilustra la preocupación por la verificación del cumplimiento del objeto de la libertad condicional, es decir, la reinserción.

Se destaca que, así como se establece un periodo de aseguramiento diferenciado para delitos específicos, también para aquellos, se han agregado otras exigencias de tipo conductual, resultando relevantes las del artículo 3°, que se analizarán posteriormente.

Entonces, el pronóstico favorable de reinserción social supone que haya una valoración sobre aspectos que reflejan que el condenado no vuelva a delinquir cuando -a futuro- se encuentre en libertad, respondiendo a criterios objetivos, como es el paso del tiempo conforme al periodo de aseguramiento.

No obstante, también se evalúan criterios subjetivos, tales como la evaluación que hacen los funcionarios del cumplimiento de las actividades descritas en el reglamento, el informe psicosocial que da cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos.

²³ JACOB, ref. 8, pp. 52 -53.

En este punto la principal crítica que puede realizarse a tales requisitos subjetivos es que, en realidad, no se tiene control sobre el fuero interno y, por ende, sobre el control volitivo de las personas, siendo un objetivo imposible de comprobar anticipadamente.

3.2. Modo de concesión de la Libertad Condicional.

El Decreto Ley N°321 no define el procedimiento que otorga el beneficio, regulándose prácticamente completo en el Reglamento de la Libertad Condicional, dictado mediante Decreto Supremo N°2442 de 1926 y sus posteriores modificaciones.

El primer organismo que interviene en la concesión es el Tribunal de Conducta, descrito en el artículo 5° del Reglamento. Es un consejo que funciona en cada establecimiento penitenciario, integrado por el Alcaide o Jefe respectivo, el Jefe de la Sección de Criminología, el Director de Escuela, el Jefe de la Sección Trabajo, el Jefe de la Guardia Interna, el Médico, la Asistencia social, y un abogado o psicólogo designado por el Director del Servicio. Además, podrá formar parte un miembro de los Tribunales de Justicia designado por la Corte de Apelaciones respectiva, el Inspector zonal y un abogado del Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados.

Para celebrar sesión debe asistir la mayoría absoluta de sus miembros que no estén imposibilitados para ello, reuniéndose ordinariamente una vez al mes y extraordinariamente cuando lo cite el Jefe del establecimiento.

Conforme al artículo 11 del Reglamento, se llevará un libro de Actas en que se dejará constancia de los acuerdos, además de un Libro de Vidas de los condenados en que, cada dos meses, estamparán la nota media que el Tribunal acuerde fijar a cada uno en conducta, aplicación y aprovechamiento, y las observaciones que estime conveniente. En específico, se harán las siguientes anotaciones: 1° Las notas de conducta y aplicación que hayan obtenido en la escuela y donde trabajan, según los certificados que deben presentar semanalmente al Tribunal de conducta; 2° las inasistencias a la escuela y al trabajo, atrasos y salidas anticipadas que no se justifiquen; 3° las infracciones a este Reglamento; 4° las informaciones que reciba de la Policía o de otros conductos, y 5° las demás observaciones que estime conveniente.

El artículo 17 establece que para dar por cumplidas las condiciones referentes a la conducta intachable, el aprendizaje de un oficio y la asistencia a la escuela del establecimiento, se requiere un pronunciamiento del Tribunal de Conducta, el que además de las anotaciones,

podrá requerir de los empleados del establecimiento los informes que considere necesarios para el mejor desempeño de sus funciones.

Conforme al artículo 24, los días 25 de marzo y 25 de septiembre de cada año, el Tribunal de Conducta confeccionará dos listas; una de los condenados que reúnan los requisitos para obtener su libertad condicional y otra de los condenados que, a pesar de cumplir el tiempo mínimo y tener la conducta requerida para optar al beneficio, haya considerado que no merecen la libertad condicional por no reunir los requisitos exigidos por los números 3° y 4° del artículo 4° del Reglamento. También, en las listas se incluirá a los reos que cumplan en los dos meses siguientes con el tiempo mínimo para postular, sin embargo, si se les concede, la libertad condicional se hará efectiva una vez que completen aquel tiempo.

Entonces, el Tribunal de Conducta, una vez que tenga las listas y todos los antecedentes de los condenados, se las entregará a la Comisión de Libertad Condicional el primer día de los meses de abril y octubre, o en el siguiente hábil si aquél fuera feriado. Se indica que, para el mejor estudio de los antecedentes, deberán presentarse en nómina aparte las listas relativas a condenados por Tribunales Militares.

Por consiguiente, el segundo organismo que interviene en la concesión de la libertad condicional es la Comisión de Libertad Condicional, la que, conforme al artículo 4° del Decreto Ley N°321, funcionará en la Corte de Apelaciones respectiva.

Tal Comisión estará integrada por un Ministro de Corte de Apelaciones, quien la presidirá, habiendo sido elegido por el Pleno de la respectiva corte. Además, cuatro jueces de juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal, elegidos por la Corte de Apelaciones respectiva. Tratándose de la Comisión correspondiente a la Corte de Apelaciones de Santiago, estará integrada por diez jueces.

Una vez que examina las listas, aprueba mediante voto mayoritario la libertad condicional de aquellos que cumplen con todos los requisitos, y tiene la posibilidad de aprobar por unanimidad la de quienes no los cumplen por completo, pues como estipula el artículo 5° del Decreto Ley N°321, será de su facultad conceder, rechazar y revocar el beneficio, mediante resolución fundada.

Luego, la Comisión solicita al Ministerio de Justicia la libertad condicional de los condenados que figuren en la lista, dictándose, conforme al artículo 26 del Reglamento, las resoluciones correspondientes, es decir, Decretos Supremos.

Dichas resoluciones se transcribirán al Tribunal de Conducta, Dirección Nacional de Gendarmería, Dirección General de Carabineros, Dirección General de Investigaciones y demás organismos pertinentes. En el mismo decreto se indicará el lugar que se le designe como residencia a cada uno.

Finalmente, se describe que el liberado queda sometido a rigurosos controles llevados a cabo por el Tribunal de Conducta del correspondiente centro penitenciario, teniendo que cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 31 del reglamento: “a) No salir del lugar fijado como residencia, b) asistencia regular a escuela o establecimientos de instrucción, c) trabajo en talleres penitenciarios, mientras no logren trabajo en el exterior, d) comparecencia semanal ante la prefectura policial y e) obedecer todas las órdenes que les dé el Tribunal de conducta correspondiente.”²⁴

Por consiguiente, conforme al artículo 35 del Reglamento, la libertad condicional podrá revocarse si se verifican las siguientes situaciones: “1° Haber sido condenado por ebriedad o por cualquier delito; 2° Haberse ausentado sin autorización del lugar que se le haya fijado como residencia; 3° No haberse presentado, sin causa justificada durante dos semanas consecutivas a la Jefatura de Policía que le corresponda; 4° Haber faltado tres días en un mes, a la escuela donde asiste o a la ocupación que tenga, a no ser que justifique sus inasistencias en la forma ordenada en este Reglamento; y 5° Haber enterado tres notas de mala conducta en la escuela o donde trabaja, calificadas por el Tribunal de Conducta respectivo.”

La revocación será adoptada mediante Decreto Supremo, a petición del Tribunal de Conducta, significando “el reingreso en prisión y la imposibilidad de optar nuevamente al beneficio de la libertad condicional, hasta que haya transcurrido la mitad del tiempo de condena restante.”²⁵

Finalmente, al artículo 38 del Reglamento del Decreto Ley N°321 establece que cuando la persona a la que se le haya concedido la libertad condicional haya cumplido la mitad de esta pena, obteniendo invariablemente las mejores clasificaciones por su conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio, podrá solicitar del Supremo Gobierno, por intermedio del Tribunal de Conducta respectivo, que le indulte el tiempo que le falte de la pena.

²⁴ SEPÚLVEDA y SEPÚLVEDA, ref. 15, pp. 97-98.

²⁵ SEPÚLVEDA y SEPÚLVEDA, ref. 15, p.100.

4. Libertad Condicional atingente a fines preventivo especiales

Como ya se ha anticipado, el fundamento de la libertad condicional se vincula al fin preventivo especial de la pena. Franz von Liszt hizo una formulación de tal fin, bajo el cual, “en contraste con la teoría retributiva clásica, [...] la pena no se justifica a sí misma. Por el contrario, es sólo un medio para el logro de un fin. El objetivo de la pena es la *prevención*, es decir, evitar, hasta donde sea posible, la comisión de otros delitos. Esta finalidad debe alcanzarla preferentemente mediante la *resocialización* del sujeto que delinquiró, esto es, actuando sobre él para que en lo sucesivo reconozca y respete los bienes jurídicos. Cuando ello no es posible, al autor hay que segregarlo del grupo social a fin de impedir nuevos ataques.”²⁶

La interrogante que surge, entonces, es cómo se logra la resocialización de los condenados, cuestión que ha tenido variadas respuestas, desde la transformación de las cárceles, beneficios intra penitenciarios, hasta cambiar el catálogo de penas, incluyéndose también la libertad condicional que se concede al que demuestra avances en su proceso de reinserción social.

Cabe hacer notar que la Ley 21.124, publicada el 18 de enero de 2019, modificó la redacción del artículo 1° del Decreto Ley N°321, pues originalmente la concesión del beneficio se otorgaba como medio de prueba de que el condenado ya se encontraba corregido y rehabilitado para la vida social. Entonces, en tal sentido, se puede establecer que la libertad condicional no era un medio para alcanzar la resocialización, sino “la culminación, en cuanto beneficio extra penitenciario, de todo un proceso de reinserción social del sujeto que [había] venido dándose desde la obtención de los beneficios intra penitenciarios.”²⁷

Ahora bien, no se modificó el artículo 2° del Reglamento de la Libertad condicional, pues sostiene que el beneficio se concede “como una recompensa para el delincuente condenado [...] por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, haya demostrado que *se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social.*” Sin embargo, la historia de la Ley 21.124, confirma que por

²⁶CURY, E. La prevención especial como límite de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 41, no 3, 1988, pp. 685-702, p. 685.

²⁷ VILLEGAS, M. Sobre la acusación constitucional en contra de magistrados de la Corte Suprema. En: CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe de la comisión encargada de estudiar la procedencia de la Acusación Constitucional deducida en contra de los ministros de la Excm. Corte Suprema, señores Hugo Dolmestch Urra, Manuel Valderrama Rebolledo y Carlos Künsemüller Leobenfelder* [en línea]. 2018 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=42776&prmTIPO=INFORMECOMISION>, p. 125.

unanimidad la Comisión Mixta acordó “que se demuestren avances en ese proceso de reinserción, lo que introduce la idea de un proceso que sigue el condenado en una ruta ascendente a su reinserción social completa.”²⁸ Posteriormente, tal informe de la Comisión Mixta fue aprobado en Sala, quedando constatado en el Oficio de la Cámara Revisora a la Cámara de Origen.²⁹

En consecuencia, la modificación del artículo da a entender que la concesión de la libertad condicional se produce estando el condenado en pleno proceso de reinserción social, evidenciando que no se ha logrado y, por ende, al otorgar el beneficio se continúa con tal proceso hasta alcanzar el fin de la pena, la cual seguiría vigente, conforme con el inciso segundo del artículo 1° que describe: “La libertad condicional es un beneficio que no extingue ni modifica la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por la persona condenada...”.

Por supuesto que aquello trae beneficios para los condenados, quienes ven una oportunidad real de libertad, fruto de su buen comportamiento, con la promesa de continuar con tal conducta.

Eso sí, Rothman se encarga de demostrar otras finalidades de la libertad condicional como herramienta penitenciaria,³⁰ tales como la disminución del hacinamiento en las cárceles, servir de incentivo a comportarse conforme al régimen penitenciario,³¹ además de corregir determinadas anomalías propias del sistema penal, como el error judicial en la condena de inocentes.³²

También, existiría la utilidad presentada para la sociedad en su conjunto, pues a través de la dotación de herramientas laborales se incentiva la reinserción social de los reos, evitando su reincidencia y, por ende, disminuyendo las víctimas de delincuencia.

Es así como Figueroa concluye: “El fundamento de la libertad condicional se vincula a los fines preventivo-especiales o de reinserción social atribuidos a las penas, por cuanto busca paliar el efecto desocializador inherente a la cárcel, aunque posee además un elemento de

²⁸ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL Historia de la Ley 21.124 Modifica el Decreto Ley N°321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea]. Chile, 14 octubre 2018 [consulta: 15 junio 2019]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7616/HLD_7616_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf, p. 254.

²⁹ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, ref. 28, p. 375.

³⁰ FAÚNDEZ y LAVANDEROS, ref. 2, p. 15.

³¹ FAÚNDEZ y LAVANDEROS, ref. 2, p. 16.

³² FAÚNDEZ y LAVANDEROS, ref. 31.

control que se expresa en la imposición de condiciones a quien hace uso de ella, lo que tiene por finalidad instaurar un período de prueba en donde se pueda apreciar si el cambio que el condenado muestra al interior de la cárcel es auténtico o no. Junto con lo anterior también plantea la utilidad que representa para el sistema penitenciario la expectativa del condenado de poder optar a la libertad condicional como forma de mantener la disciplina interna, y la utilidad que presta su concesión efectiva como forma de controlar el hacinamiento carcelario.”³³

5. Naturaleza Jurídica de la Libertad Condicional. ¿Es un derecho o un beneficio?

Sin duda, la determinación de la naturaleza de la libertad condicional ha sido uno de los temas que más ha generado debate, esgrimiendo argumentos en torno a la función de la libertad condicional y la propia normativa, pues haciendo una lectura sistemática de aquella, originalmente no quedaba claro si se trataba de un derecho o de un beneficio para el condenado que hubiere cumplido los requisitos establecidos.

La libertad condicional, fundamentada en la finalidad preventivo especial de la pena, se considera desde un principio parte integrante de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta concepción supone un criterio automático en su concesión. “Salvo razones muy serias en contrario, debería concederse de pleno derecho, una vez que el condenado ha cumplido la mayor parte de la pena.”³⁴

De la misma opinión es el ministro de la Corte Suprema, Künsemüller, quien en el año 1973 consideraba a la libertad condicional un derecho, siendo de carácter obligatorio para todos los reclusos privados de libertad tras un tiempo determinado, pues “se aseguraría la posibilidad de brindarle a todo recluso liberado asistencia post-penitenciaria, con el fin primordial de prevenir la reincidencia.”³⁵

No obstante, también respecto a tal consideración de la finalidad resocializadora, se esgrime como argumento contrario que la libertad condicional es un beneficio, “ya que cumplidos por el condenado los requisitos indicados en la ley, debería la autoridad concedérsela forzosamente, aun cuando a dicha autoridad le asista el convencimiento íntimo de que el penado es sumamente peligroso y que su regeneración no es más que

³³ FIGUEROA, ref.7, p. 16.

³⁴FONCEA, ref. 13.

³⁵ KÜNSEMÜLLER, ref.11, p. 114.

aparente a fin de aprovechar una vía legal para reducir el tiempo de su condena y volver cuanto antes al campo delictual. Darle el carácter de derecho a la libertad condicional, significa establecer un camino legal para obtener el acortamiento de todas las penas, sin que se acredite la readaptación del delincuente.”³⁶

De la misma opinión son Aguirre y Horvitz, quienes consideran que es una recompensa para quienes han mostrado su capacidad de rehabilitación durante el encierro.³⁷

Mas, independiente del fin de la libertad condicional, lo cierto es que su concesión depende de la mayoría de los votos o unanimidad -para los casos especificados- de la Comisión de Libertad Condicional.

Así ya lo señalaba Marín en el año 1941 siguiendo las reglas de concesión que, haciendo el símil entre “Visita semestral” y Comisión de Libertad Condicional, describía que “la circunstancia de reunir todos esos requisitos legales y la propuesta hecha por el Tribunal de Conducta del establecimiento penal, no bastan para que el condenado pueda obtener la Libertad Condicional. Es necesario, además, que la Visita Semestral acuerde solicitar al Supremo Gobierno el otorgamiento de esa concesión en cada caso particular.”³⁸

Tal concepción fue confirmada posteriormente por Matus, Politoff y Ramírez, estableciendo que la concesión de la libertad condicional queda sujeta a la facultad discrecional de la Comisión de libertad condicional al someter a votación la decisión de concederla.³⁹

No obstante, la Corte Suprema en sus sentencias Rol N°16042-2016, N°16550-2016, N°16.300-2016, considerando quinto y Rol N°38.363-2016, considerando primero, reconocieron la libertad condicional como un derecho, “revocando aquellas resoluciones que rechazaban las postulaciones tomando en consideración criterios que no se encontraban regulados de manera objetiva. Los informes psicosociales desfavorables, el hecho de no estar gozando de algún beneficio intrapenitenciario o la recomendación negativa hecha por Gendarmería de Chile, fueron argumentos rechazados en general por las Cortes como fundamentos denegatorios al acceso a la libertad condicional.”⁴⁰

³⁶JACOB, ref. 8, p. 26.

³⁷ AGUIRRE y HORVITZ, ref.16, p. 86.

³⁸MARÍN, ref.6, p. 55.

³⁹ POLITOFF, S. y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p.566.

⁴⁰ FAÚNDEZ y LAVANDEROS, ref. 2, p. 28.

Continuando con argumentos normativos, hasta el 18 de enero de 2019, el Decreto Ley N°321 contenía dos disposiciones poco coherentes entre sí, pues el artículo 2° establecía: “Todo un 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...”, en tanto, el artículo 3°, respecto a los reclusos específicamente descritos, establecía: “A los condenados a presidio [...] se les *podrá conceder* la libertad condicional...”.

Se agregaba el artículo 2° del Reglamento de la Libertad Condicional, estableciéndola “como una *recompensa* para el delincuente...”.

Así pues, tal diferencia en las disposiciones que, por un lado, declaraba un derecho y, por otro, una facultad, estimulaba la continuación del debate en torno a la naturaleza de la libertad condicional, pero, finalmente, a partir del 18 de enero de 2019 se puso fin a la discordancia entre las disposiciones mencionados, porque a través de la Ley N°21.124 se modificó el artículo 2°, estableciendo: “Toda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración podrá postular al beneficio de libertad condicional [...]”.

Y es que, conforme a la moción parlamentaria que impulsó la modificación del Decreto Ley N°321, “la libertad condicional no constituye un derecho, sino un beneficio que entrega el legislador como forma de alcanzar la reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad”.⁴¹ A su vez, el ya citado Informe de la Comisión Mixta del Congreso precisó “que la libertad condicional no es un derecho automático de los condenados, sino un beneficio al que se puede postular, si se cumplen con los requisitos que establece la ley al momento en que presenta su solicitud.”⁴²

6. Libertad Condicional y Derechos Humanos

Una vez desarrollados los principales elementos de la libertad condicional, cabe iniciar la discusión respecto al tema que es de especial interés para la presente tesis, la cual fue motivada en gran parte tras la decisión adoptada por la Corte Suprema el año 2018 para conceder la Libertad Condicional a seis reclusos condenados por crímenes de lesa humanidad, iniciándose un gran debate en torno a la procedencia de tales resoluciones.

⁴¹ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, ref. 28, p. 4.

⁴² BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, ref. 28, p. 255.

Como se mencionó, la Ley N°21.124 introdujo importantes modificaciones al Decreto Ley N°321 el 18 de enero de 2019, siendo una de ellas la inclusión en el artículo 3° bis a “personas condenadas por delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, inhumación o exhumación ilegal, tormentos o rigor innecesario, y asociación ilícita, que la sentencia, en conformidad al derecho internacional, hubiere considerado como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación o clasificación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena; o por alguno de los delitos tipificados en la ley N°20.357;⁴³ podrán postular a este beneficio cuando, además de los requisitos del artículo 2° hubieren cumplido dos tercios de la pena o, en caso de presidio perpetuo, los años de privación de libertad efectiva establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 3°, según corresponda...”.

Entonces, la primera interrogante que surge en este punto, es si tal disposición se acoge al estándar Internacional de los Derechos Humanos. Uno de los instrumentos que da luces sobre aquello es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido como Estatuto de Roma, y que entró en vigor el año 2002, siendo ratificado por Chile el 2009.

Respecto a él, cabe partir mencionando que sus disposiciones regulan la ejecución de las penas impuestas por la misma Corte Penal Internacional, es decir, no se establece para regular las penas impuestas por tribunales nacionales, pues se rigen por la normativa chilena. Sin embargo, se reconoce el Estatuto de Roma como un “estándar internacional exigible para la ejecución [de] toda condena por delitos de lesa humanidad”.⁴⁴

En el artículo 5° del mencionado Estatuto se establece que serán crímenes de competencia de la Corte el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, definiendo en las disposiciones siguientes el contenido de cada uno.

En su artículo 110 examina la reducción de la pena, describiendo: “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

⁴³ “Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.”

⁴⁴ MEZA- LOPEHANDÍA, M. Libertad condicional a condenados por delitos de lesa humanidad en Chile. Análisis jurisprudencial reciente (2015-2018). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2018, p. 7.

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 [tres] factores⁴⁵ [...] 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.”

Tales criterios para el examen de una reducción de la pena se establecen en la Regla 223, describiendo que, además de lo dispuesto en el párrafo 4 a) y b) del artículo 110 del Estatuto en cuestión, se considerarán cinco criterios adicionales. Los dos primeros describen: “a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen; y b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado.”⁴⁶

Como se aprecia, ambos criterios se asemejan a lo dispuesto en el artículo 2° numeral 3) del Decreto Ley N°321.

A continuación, si se examinan los requisitos del artículo 3° bis del Decreto Ley N°321, estos guardan cierto parecido con aquellos establecidos por el artículo 110 del Estatuto de Roma y la Regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sin embargo, presentan ciertas diferencias, como se demuestra a continuación.

Tabla 1.

Requisitos	Reducción de la pena conforme al artículo 110 del Estatuto de Roma.	Reglas de Procedimiento y Prueba. Regla 223.	Libertad Condicional conforme al artículo 3° bis del Decreto Ley N°321.
Periodo de aseguramiento.	Dos tercios de la pena. En caso de pena perpetua: 25 años.		Dos tercios de la pena. En caso de pena perpetua: 20 años. Perpetua calificada: 40 años.
Cooperación con la justicia.	4. a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de		Inciso segundo: Al momento de postular, el condenado deberá acreditar haber

⁴⁵ Descritos en la tabla 1.

⁴⁶ El resto de los criterios descritos en la tabla 1.

	cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos.		colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza. ⁴⁷
Ejecución de las resoluciones.	4. 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 multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas.		b) Si el condenado ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las resoluciones durante la etapa de investigación y enjuiciamiento, en particular colaborando en la localización de los bienes sobre los que recaigan multas, comisos o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas.
Justificación según cambio en las circunstancias.	c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias	e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de	

⁴⁷ Conforme al mismo inciso; “se acreditará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes de los números 8° y 9° del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente.”

	suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.	salud física o mental o su avanzada edad.	
Seguridad pública.		c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social.	a) Si el otorgamiento de la libertad condicional no afectare la seguridad pública por el riesgo de comisión de nuevos delitos de igual naturaleza.
Afectación a las víctimas o a sus familiares.		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.	c) Si con el otorgamiento de la libertad condicional pudiese presumirse que el condenado no proferirá expresiones o realizará acciones que afecten a las víctimas o a sus familiares.

Ahora bien, la diferencia primordial existente es que el Estatuto de Roma regula la reducción de la pena, mientras que la libertad condicional se ha definido como un beneficio que no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad.

Lo cierto es que, como ya se expresó, el Estatuto de Roma sólo es aplicable de forma directa a resoluciones de la propia Corte Penal Internacional, no obstante, considerándolo como estándar internacional, se puede apreciar que la legislación chilena no está lejos de cumplirlo. Eso sí, se mantienen diferencias, tales como los años contemplados de periodo de aseguramiento; que en Chile no se considere la ancianidad o enfermedad de los

condenados; además de que respecto a las víctimas y sus familiares el criterio en Chile esté restringido a actos o expresiones que pudiera realizar el condenado, mientras que la Regla 223 es genérica, refiriéndose a los “efectos” sobre las víctimas o familiares.

Ahora bien, a pesar de lo descrito, existen más instrumentos internacionales que regulan el ámbito de los Derechos Humanos vinculado a crímenes de lesa humanidad, destacándose la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, junto a sus protocolos respectivos, además de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; todos instrumentos que se han elaborado tras un esfuerzo conjunto mundial, regulando las obligaciones de los Estados frente a violaciones graves de derechos humanos, cuestión que se analizará en el siguiente capítulo.

Para aquello se tendrán en cuenta los fallos dictados por la Corte Suprema el 30 de julio de 2018⁴⁸, Rol N°16817-2018; N°16819-2018; N°16820-2018; N°16821-2018; N°16822-2018 y el 31 de julio, Rol N°16961-2018, por los que se concedió la libertad condicional a los condenados por violaciones graves de derechos humanos, Gamaliel Soto Segura, Manuel Pérez Santillán, José Quintanilla Fernández, Hernán Ernesto Portillo Aranda, Felipe Luis Guillermo González Astorga y a Moisés Retamal Bustos, respectivamente.

De los seis mencionados se destaca que compartían informes psicosociales negativos, por los cuales la Comisión de Libertad Condicional, entre otras razones, rechazó la concesión del beneficio.

En resumen, los informes establecían: “El condenado muestra ausencia de i) conciencia del delito, ii) conciencia del daño y mal causado, iii) disposición para el cambio. También, en su evaluación criminológica consta que el sujeto minimiza su participación en el delito por el que cumple condena, negando toda responsabilidad al respecto y realizando un análisis meramente descriptivo de situaciones, sin participar, sin profundizar y sólo en la perspectiva de liberarse de toda culpa. Asimismo, “se le aprecia en un estadio motivacional de precontemplación, no logrando evidenciar necesidad alguna de cambio en torno al procesamiento que realiza de las acciones delictivas por las cuales cumple condena, evidenciando una insuficiente disposición al cambio.”⁴⁹

⁴⁸ Nótese que es una fecha anterior a la publicación de la Ley N°21.124, que modificó el Decreto Ley N°321, introduciendo una disposición específica para crímenes de lesa humanidad.

⁴⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS, ref. 27, p. 18.

Por consiguiente, la Comisión de Libertad Condicional rechazó la solicitud presentada por los condenados, porque: “en primer término, constituye una facultad de la Comisión y, además, porque el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad ya sea porque tiene insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales”.⁵⁰

Al respecto, las sentencias de la Corte Suprema, tal como venía siendo hace años su línea argumentativa, se inclinaron por concebir la libertad condicional como un derecho.

Destaca el considerando quinto de las sentencias, por el cual se indicó que para hacer aplicable lo estipulado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, debería incorporarse por vía legal al ordenamiento jurídico chileno.

También, el considerando séptimo rechaza la invocación al informe psicosocial por falta de fundamentación respecto al impedimento de reintegro a la sociedad, así como desechar “la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina, en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro, opacando de ese modo el cumplimiento de los demás extremos, en particular el observar una conducta intachable durante todo el periodo sujeto a calificación.”⁵¹

Al respecto, la disposición establecida en el numeral 3) del artículo 2° del Decreto Ley N°321, en consideración al informe psicosocial, se estableció con la reforma posterior a la dictación de los fallos, sin embargo, no deja de llamar la atención que se haya cuestionado a la Comisión de Libertad Condicional por remitirse a los peritos informantes, suponiendo que la reemplazarían en su función decidora sobre la concesión del beneficio, pues el objeto de las remisiones claramente formaban parte del deber de fundamentación de la Comisión.

Por ahora se puede concluir que, a pesar de restar menos de cinco años para cumplir medio siglo desde el golpe de Estado que sumió a Chile en la dictadura de Augusto Pinochet desde 1973 a 1990, sigue habiendo motivos de resistencia para las víctimas y sus familiares, ésta vez respecto a la ejecución de condenas de quienes perpetraron los

⁵⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, ref. 49.

⁵¹ CÁMARA DE DIPUTADOS, ref. 27, p. 22.

crímenes de lesa humanidad, en específico, en relación a la concesión de la libertad condicional, la que es un beneficio establecido en razón a la finalidad preventivo especial de la pena, teoría imperante, cuyo objeto es la resocialización de los condenados, entendiendo por tal la inexistencia de reincidencia.

Capítulo II. Fines de la pena y casos de graves violaciones a derechos humanos

1. Origen histórico de los Derechos Humanos

Los derechos humanos tienen su origen en la Grecia Antigua, teniendo entre sus antecedentes los Diez Mandamientos de la Biblia, el código de Hammurabi, las leyes de Solón y el código de las Diez Libertades esenciales y controles o virtudes necesarias para la vida buena de Manú y Buda.

Douzinas estima que “los derechos humanos comenzaron su vida como el principio de la liberación de la opresión y la dominación, el grito aglutinante de los sintecho y los desposeídos, el programa político de los revolucionarios y los disidentes.”⁵²

Aquello, inevitablemente, se reflejó en el ámbito jurídico, constituyéndose como fuentes legales la Carta Magna inglesa de 1215, Petition of Rights de 1628 y el Bill of Rights de 1689. Además, las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, las Leyes de indias, hasta la Declaración de Independencia de las trece colonias de Estados Unidos el 4 de Julio de 1776, siendo antecedente directo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, tras la Revolución Francesa.

Posteriormente, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre⁵³, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, tras la Segunda Guerra Mundial, se proclaman derechos y libertades básicas para todos los seres humanos. Tal Declaración se considera que fue para “afirmar los derechos humanos frente a los horrores del fascismo y el nazismo, regímenes que llevaron a su más horrenda y criminal expresión la violación sistemática de todos los derechos humanos, incluyendo los de sus propios ciudadanos y de pueblos enteros.”⁵⁴

A partir de entonces, tras conocer tal clase de horrores, se pensó en la necesidad de un “orden público internacional por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones”⁵⁵, creándose importantes organizaciones, pactos e instrumentos

⁵² DOUZINAS, C. El fin (al) de los derechos humanos. *REVISTA IUS*, vol. 2, no 22, 2008, pp. 6-34. p. 7.

⁵³ Nombre que es cambiado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1952 a “Declaración Universal de Derechos Humanos”, indicando que corresponde tanto al hombre, como la mujer.

⁵⁴ TÜNNERMANN, C. *Los derechos humanos: evolución histórica y reto educativo*. Caracas: UNESCO, 1997. p. 24.

⁵⁵ NASH, C. La protección internacional de los derechos humanos, *Repositorio Universidad de Chile*, 2006, pp. 167-231. p. 174.

internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa, OTAN, Pacto de Varsovia y Convención de Ginebra.

Así pues, se consagró un nuevo orden internacional, descrito en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”

Al respecto, Habermas teorizó sobre el establecimiento de “un estado de ciudadano mundial”, causando “que las infracciones contra los derechos humanos sean perseguidas como acciones criminales dentro de un ordenamiento jurídico estatal”, pasando a entender a los derechos humanos “como derechos subjetivos que deben ser implementados en sentido jurídico.”⁵⁶

Entonces, se configuró el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el cual forma parte del Derecho Internacional Público, pero a diferencia de éste, no regula las relaciones entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales, sino los derechos de los seres humanos frente a los Estados, surgiendo derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, pues estos, con su poder inconmensurable, son potenciales violadores de derechos humanos a través de sus agentes estatales.⁵⁷

Tal sistema de protección internacional se propuso como objetivos finales proteger *efectivamente* los derechos humanos y *prevenir* sus violaciones sin reemplazar las instancias nacionales de cada Estado, instaurando dos vías de protección para aquello. Por un lado, en base a la responsabilidad del Estado, se desarrolló el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por otro, se desarrolló el Derecho Penal Internacional, cuyo objetivo es “acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución supranacional”⁵⁸, vinculando “la aplicabilidad universal de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad individual (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público).”⁵⁹

⁵⁶ AMBOS, K. Derechos humanos y derecho penal internacional. *Diálogo Político*, vol. 3, 2004, pp. 85-115. p. 90.

⁵⁷ LLOBET, J. *Derechos humanos y justicia penal*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007 p. 12.

⁵⁸ AMBOS, K. ref. 56, p. 100.

⁵⁹ AMBOS, K. Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional. *Nueva Sociedad*, vol. 161, 1999, pp. 86-102. p. 94.

Según Faúndez, el desarrollo del DIDH ha permitido establecer que los derechos humanos formen parte del *ius cogens*, entendiéndose por tal que, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se trata de “una norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Así pues, “históricamente la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado”⁶⁰, estableciéndose que son inherentes a la persona humana, universales, interdependientes, absolutos, inalienables e imprescriptibles, pues jamás pierden su validez.⁶¹

2. Violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos

En cuanto a las violaciones de derechos humanos, el DIDH ha reconocido tres tipos: Individuales o aisladas; estructurales; graves, masivas y sistemáticas. Éstas últimas son de interés para la presente tesis, pues se caracterizan por obedecer a una política de gobierno, teniendo como autor al mismo Estado.

Los elementos que constituyen este tipo de violación son:

- a) Planificación.
- b) Masividad, pues afecta a una gran cantidad de personas o a grupos determinados.
- c) Sistemáticas, ya que, conforme a la planificación, se dispone de medios para llevar a cabo las violaciones a lo largo de un periodo determinado, existiendo coordinación e implementación de políticas de inmunidad sancionatoria a quienes las cometen.

Cabe destacar, que en el año 1969 se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivando la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha definido como violaciones graves aquellas “asociadas a prácticas sistemáticas y masivas, patrones o políticas estatales cuando la preparación y ejecución de la violación de derechos humanos de las víctimas fue perpetrada con el conocimiento u órdenes superiores de altos mandos y autoridades del Estado o con la colaboración, aquiescencia y tolerancia,

⁶⁰ NIKKEN, P. Sobre el concepto de derechos humanos. IIDH (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, I, 1994, pp. 23-52. p. 23.

⁶¹ SERRANO, S. y VÁZQUEZ, D. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos. FLACSO, México, DF, 2013. p. 6.

manifestadas en diversas acciones y omisiones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de diferentes estructuras y órganos estatales. En estos casos ocurre una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de derechos, lo que generalmente se ha visto favorecido por situaciones generalizadas de impunidad de esas graves violaciones, propiciada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontarlas o contenerlas”.⁶²

Por su parte, el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, define “Delitos graves conforme al derecho internacional”, las graves violaciones a derechos humanos comprendidas en los Convenios de Ginebra y su protocolo adicional I,⁶³ además de otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario.⁶⁴ Estas son: “el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud.”

Cabe destacar que el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) especifica que la conducta reprochada y el bien jurídico tutelado para el caso de las violaciones graves, masivas y sistemáticas, es decir, los derechos a la vida, libertad individual, además de la integridad psíquica o física, trascienden a la víctima, pues afectan a la humanidad toda.⁶⁵

También, de manera consecuente con los elementos señalados, la criminología ha elaborado el concepto de “macrocriminalidad”, sirviendo para clasificar las violaciones de derechos humanos objeto de Derecho Penal Internacional, pues la macrocriminalidad

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ref. 1.

⁶³ Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales son Tratados Internacionales que consagran las principales normas para limitar la barbarie en la guerra. Por su parte, el protocolo adicional I refuerza la protección de las víctimas en conflictos internacionales.

⁶⁴ Derecho Internacional Humanitario (DIH) se le denomina al conjunto de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en conflictos armados internacionales o no, que limita por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos (modos) y medios (armas) de hacer en la guerra y que protege a las personas y los bienes afectados o que puedan resultar afectados por ella. *Cruz Roja Española*. Definición del Derecho Internacional Humanitario. [consulta: 17 agosto 2019]. Disponible en: http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647036&_dad=portal30&_schema=PORTAL30

⁶⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013*. Sesión 153 [en línea]. 2013 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/530/minuta-beneficios-carcelarios?sequence=1> p. 3.

cuenta con la participación del Estado o su tolerancia, inatención o incluso incentivación de comportamientos criminales dirigidos en contra de los propios ciudadanos.⁶⁶ Incluso más exacto es el concepto de “macrocriminalidad política”, significando “criminalidad fortalecida por el Estado,”⁶⁷ delitos o terrorismo de Estado, o criminalidad gubernamental, la que es posible de extender a actores no estatales.⁶⁸

Ahora bien, cabe precisar que la participación de actores no estatales en la comisión de crímenes de lesa humanidad es un asunto controvertido, objeto de debate que se ha profundizado en torno a la comisión de “delitos terroristas”, los cuales representan un tipo de criminalidad organizada a la que se le reconoce capacidad de cometer hechos delictivos de gran magnitud en contra de una población civil, resultando inadmisibles la impunidad para los perpetradores.

Por supuesto, no es discutible el reconocimiento de la gravedad de tales crímenes y su consecuente punición, pero no puede desconocerse la dificultad para identificar “dónde acaba el crimen contra la humanidad como asunto concerniente al conjunto de todos los seres humanos y dónde empieza el ámbito de criminalidad ordinaria a ventilar por las jurisdicciones domésticas.”⁶⁹

Al respecto, los “crímenes de lesa humanidad”⁷⁰, se definen en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, formulación originaria del Estatuto del Tribunal militar de Nuremberg, cuyo objetivo fue juzgar los horrendos crímenes cometidos en la II Guerra Mundial, significando, según la opinión de Thompson, “el primer avance significativo en la protección penal de los derechos de la persona humana, toda vez que representó el primer paso en contra de la impunidad personal,”⁷¹ a pesar de reconocer que el establecimiento de ese tribunal contrarió los tres principios básicos del debido proceso, específicamente, el juez natural e imparcial, además de la irretroactividad de la ley.

⁶⁶ AMBOS, ref. 59, p. 95.

⁶⁷ AMBOS, ref. 59, p. 87.

⁶⁸ AMBOS, ref. 56, p. 88.

⁶⁹ LANDA, J. La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, p. 13

⁷⁰ El 28 de mayo de 1915, tras una masacre de un millón de armenios en Turquía durante la I Guerra Mundial, Francia, Inglaterra y Rusia elaboraron una declaración conjunta en la que se utilizó por primera vez el término “crímenes contra la humanidad”, sin embargo, su contenido se fue desarrollando con posterioridad. SERVÍN, Christopher. La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 47, no 139, 2014, pp. 209-249. p. 218.

⁷¹ THOMPSON, J. Evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana. *Revista IIDH*.(59), 2014, pp. 271-302. p. 277.

Pues bien, el mencionado artículo 7 describe: “Se entenderá por crimen de lesa humanidad 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, religioso, de género [...], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional [...]; 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.”

En consideración a tal disposición, Landa, en concordancia con Bassiouni, concluye que el “Estatuto de Roma no viene a proponer una nueva expansión del crimen contra la humanidad de los ‘actores no estatales’ dando una interpretación de lo que debe ser una política de ‘organización’ incluso más radical -por restrictiva- al identificarla directa y únicamente con ‘organización estatal’.”⁷²

Cabe mencionar que, en Chile, el 18 de julio de 2009, entró en vigor la Ley N°20.357, la cual tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. En su artículo 1° se define como crimen de lesa humanidad aquel acto que sea “cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, además de que ese ataque “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.”

A su vez, el artículo 2° define “1° por ‘ataque generalizado’, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y 2° por ‘ataque sistemático’, una serie de actos sucesivos que

⁷² LANDA, ref. 69, p. 18.

se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.”

Cabe hacer notar que la ley chilena contiene definiciones propias de “ataque generalizado” y “ataque sistemático”, diferenciándose de ordenamientos de carácter internacional, sin embargo, se mantiene firme que la categoría de crímenes de lesa humanidad es excepcionalísima, o sea, no se corresponde con crímenes comunes.

Entre las consecuencias a nivel internacional que supuso la categorización de crímenes de lesa humanidad, se encuentran la imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistía, además de su aplicación retroactiva.⁷³

3. Obligaciones estatales para combatir la impunidad

Conforme al DIDH, el Estado debe cumplir con importantes obligaciones: Las generales, que hacen alusión a que el Estado debe cumplir sus obligaciones de buena fe y, las principales, referidas a la obligación de respeto y garantía. La obligación de respeto consiste en que, a partir de un mandato normativo, el Estado debe cumplir directamente con la conducta en él establecido, ya sea absteniéndose de actuar (obligación negativa) u otorgando una prestación (obligación positiva). Por su parte, la obligación de garantía consiste en la creación de condiciones efectivas por parte del Estado, que aseguren la existencia, pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.⁷⁴

“La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: a) la obligación del Estado de asegurar el pleno goce ejercicio de los derechos; b) el deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; c) adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos; d) reparar a las víctimas; y, e) cooperar con los órganos internacionales para que esto puedan desarrollar sus actividades de control.”⁷⁵

⁷³KRAUT, A. y LORENZETTI, R. *Derechos humanos: justicia y reparación: La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*. Argentina: Editorial Sudamericana, 2011, p. 4.

⁷⁴ FAÚNDEZ, H. Derecho internacional, impunidad y responsabilidad del Estado. *Nueva Sociedad*, no. 161, 1999, pp. 103-118. p. 114.

⁷⁵ NASH, C. y otros. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012. p. 35.

Al respecto, Joinet establece que los Estados deben cumplir con cuatro obligaciones respecto de las víctimas: la satisfacción del derecho a la justicia; derecho a la verdad; derecho a la reparación; y adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.⁷⁶

La obligación de reparación ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido.”⁷⁷

Justamente, dentro del ámbito de las reparaciones, la Corte ha establecido el “derecho a la verdad” como parte de las actuaciones obligatorias que debe llevar a cabo un Estado ante violaciones graves a derechos humanos. Tal derecho comprende una dimensión social y otra individual que consiste en la investigación para no favorecer la impunidad. Respecto al punto, cabe mencionar que la misma Corte ha hecho un uso extensivo del concepto de reparación, arguyendo que la investigación y sanción posterior también tienen un efecto reparatorio para la víctima.⁷⁸

De manera similar, un informe titulado “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁷⁹, elaborado por Théo van Boven en 1993, establece que, al referirse a la impunidad, inevitablemente también debe aludirse al deber de reparación a las víctimas en términos adecuados y equitativos.⁸⁰

En esa línea, Faúndez estima que para garantizar que los derechos humanos no se conviertan en un elemento decorativo, se debe castigar cada infracción, si no se estaría estimulando la comisión de nuevos crímenes, a la vez que se configurara un escenario de impunidad, la que “es, en sí misma, una violación del derecho a la igualdad ante la ley, que constituye uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho”⁸¹, por lo que “el respeto

⁷⁶ RETTBERG, A. *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, 2005. p. 24.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 27 de agosto de 1998, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, párr. 14.

⁷⁸ NASH, ref. 55, p. 212.

⁷⁹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. [en línea]. 1993 [consulta 17 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/10101.pdf>

⁸⁰ LÓPEZ, C. *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011. p. 142.

⁸¹ FAÚNDEZ, ref. 74, p. 106.

a los derechos humanos está íntimamente asociado con las medidas adoptadas para combatir la impunidad de sus violaciones, identificando a sus autores y sancionándolos con la severidad que el caso requiera.”⁸²

El mismo autor define impunidad como “la imposibilidad, *de iure o de facto*, de hacer responder por sus actos, en las instancias jurisdiccionales correspondientes, a quienes han cometido violaciones de derechos humanos; por una u otra razón, tales personas no pueden ser acusadas, procesadas, o condenadas. Eventualmente, los hechos que constituyen una violación de los derechos humanos no pueden ser investigados, siendo imposible establecer responsabilidades y sancionar a los culpables.”⁸³

Se puede vislumbrar, entonces, que la impunidad se asocia con la falta de procesamiento judicial y la consecuente condena. No obstante, Ambos profundiza aún más en la definición, arguyendo la existencia de una perspectiva personal, pues “en épocas de normalidad democrática, las antiguas víctimas se encuentran con sus agresores en la calle, en un restaurant o en cualquier otra parte, y sienten el impacto de la impotencia o la indignación.”⁸⁴

Así pues, tal perspectiva pone atención en las víctimas y en el efecto que causa en ellas la libertad de sus agresores, postura que puede complementarse con la expuesta en el informe que establece el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha Contra la Impunidad, redactado por Joinet, agregando que, además de la ausencia de arresto y juzgamiento, no basta la imposición de cualquier tipo de condenas, sino que deben ser las apropiadas, a la vez que se reparan los perjuicios sufridos por las víctimas,⁸⁵ pues la impunidad es la “consagración legal y política de un modelo en el que los autores de los crímenes disfrutaban de lo que han arrebatado a sus víctimas: las posiciones políticas, los bienes económicos y el prestigio social que emana de su poder”⁸⁶, aniquilando la identidad de las víctimas, mientras que esconden e, incluso, enaltecen la de los verdugos.

Continuando, para Faúndez la impunidad se manifiesta a nivel estructural, legislativo y en la aplicación fáctica de las normas; diagnóstico compartido por Ambos, para quien las causas de la impunidad son de tipo normativo y fáctico.⁸⁷ Las primeras hacen alusión a la

⁸²FAÚNDEZ, ref. 74, p. 108.

⁸³ FAÚNDEZ, ref. 81.

⁸⁴ AMBOS, ref. 59, p. 87.

⁸⁵ RETTBERG, ref. 76, p. 265.

⁸⁶ RETTBERG, ref. 76, p. 266.

⁸⁷ AMBOS, ref. 59, p. 93.

promulgación de normas que establecen la impunidad, tal como pasó en Chile con el Decreto Ley N°2.191, dictado el 19 de abril de 1978, con el propósito de conceder amnistía “a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978”.⁸⁸

También, se comprenden los casos de remisión de los procesos judiciales a tribunales militares, reconociendo como eximente de responsabilidad haber actuado bajo órdenes superiores.

Por su parte, la Corte Interamericana ha identificado otras causas que generan impunidad: Falta de tipificación y prescripción e irregularidades detectadas durante el proceso penal, como la dilación indebida de las investigaciones.⁸⁹ Además, a partir del artículo 1 N°1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁰, la misma Corte ha definido la impunidad como “la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones a los derechos humanos.”⁹¹ Por consiguiente, la Corte ha establecido que los Estados tienen el deber jurídico de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción. Si el aparato del Estado actúa de modo que tales violaciones queden impunes, sin establecer, en cuanto sea posible, la plenitud de los derechos a las víctimas, puede afirmarse que el Estado ha incumplido su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a las personas sujetas a su jurisdicción.⁹² La Corte reconoce que puede resultar difícil investigar los hechos y concluir con el establecimiento de responsabilidades, sin embargo subraya que el deber de investigación tiene que asumirse como propio del Estado y realizarse con seriedad, no simplemente como mera formalidad.

⁸⁸ Art 1° del Decreto Ley N°2.191.

⁸⁹ DONDE, J. El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2010. p. 268.

⁹⁰ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 8 de marzo de 1998, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagma Morales y otros) vs. Guatemala. párr. 173.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez, párr. 174.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 20 de enero de 1989, Caso Godínez Cruz, párr. 184, 176 y 186.

En este punto cabe destacar que la obligación de investigar no sólo debe girar en torno al esclarecimiento de los responsables involucrados en los delitos, sino además realizarse en virtud de los debidos delitos materia de imputación, es decir, un proceso estará incompleto si a los responsables no se les investiga por todas las conductas criminales incurridas, imputándole sólo algunas de ellas.⁹³

Finalmente, es relevante señalar que el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, elaborado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el año 2005, define impunidad como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”

Esta última definición, sin duda es bastante amplia, pues incluye el cumplimiento de sanciones administrativas, además de condenas *apropiadas* e indemnización del daño a las víctimas.

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asegura que combatir la impunidad por violaciones sistemáticas a derechos humanos es una obligación *erga omnes* que abarca a todos los Estados⁹⁴, considerando como obligaciones principales prevenir, investigar, sancionar y reparar de manera integral las violaciones a derechos humanos.

Respecto a la última obligación, el DIDH ha establecido como medidas de reparación la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

3.1. Imposición de penas apropiadas a los responsables

Como quedó de manifiesto, las obligaciones de derecho internacional en materia de derechos humanos se han ido conceptualizando y ejecutando a lo largo de los años, a medida que se han ido suscitando conflictos de tal carácter.

A continuación, es relevante profundizar en la obligación de sancionar, específicamente sobre la pena a imponer, dando luces de aquellos varios instrumentos internacionales que se exponen en las siguientes líneas.

⁹³DONDÉ, ref. 89, p. 272.

⁹⁴DONDÉ, ref. 89, p. 276.

El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, elaborado por Joinet en 1997, estableció en su principio 18 el deber de los Estados de procesar, juzgar y condenar a *penas apropiadas* a los violadores de derechos humanos. Ahora bien, el mismo documento, actualizado a la fecha, establece respecto a la pena en su principio 19 que “los Estados [...] adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y *condenados debidamente*.” En este punto cabe volver a mencionar la definición de impunidad del documento, conforme a la cual, en caso de reconocer la culpabilidad de un sujeto, se le debe condenar a *penas apropiadas*.

También se pueden identificar expresiones similares en las disposiciones que se describen a continuación:

- a) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas. Artículo III: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una *pena apropiada* que tenga en cuenta su extrema gravedad...”
- b) Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Artículo 4 N°2: “Todo Estado parte castigará esos delitos con *penas adecuadas* en las que se tenga en cuenta su gravedad”.

La interrogante que surge, entonces, es qué se entiende por “penas apropiadas o adecuadas” en el DIDH. Tal respuesta ha intentado darla Rettberg, quien anticipa que las penas deben ser proporcionales a la gravedad de las conductas, dando a conocer que, en materia de derechos humanos, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional de la Ex Yugoslavia determinó la pena reconociendo factores como la gravedad del delito, circunstancias individuales del procesado y la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes.⁹⁵

A su vez, la misma autora cita el artículo 53 N°2 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, estableciendo que los criterios de investigación, tales como “la gravedad del delito, intereses de las víctimas, la edad y el grado de participación de la persona a quien se endilga la comisión de una cierta conducta”⁹⁶ serían factores que podrían aplicarse por

⁹⁵RETTBERG, ref. 76, p. 38.

⁹⁶RETTBERG, ref. 95.

el tribunal al momento de imponer la pena, tal como en nuestro ordenamiento se contempla la gravedad del delito y grado de participación en el delito, además del grado de desarrollo del delito.

Por su parte, el INDH también se ha pronunciado, aduciendo que la responsabilidad penal individual en materia de violaciones graves, masivas y sistemáticas a derechos humanos goza de un significado jurídico y ético que la diferencia de la responsabilidad relativa a la comisión de un delito común, entonces, consecuentemente, la persecución criminal estatal debe marcar la diferencia entre uno y otro delito, sancionando con “penas proporcionadas y adecuadas al daño ocasionado y a la gravedad de los delitos perpetrados.”⁹⁷

El INDH estima que el principio de proporcionalidad, acorde al derecho penal común, entendido como intervención mínima punitiva⁹⁸, debe desestimarse, pues respecto a las violaciones graves, masivas y sistemáticas de derechos humanos, conlleva establecer “sanciones adecuadas a la gravedad de los hechos, en la perspectiva no sólo de satisfacer el legítimo anhelo de justicia de las víctimas y sus familiares, sino como garantía de no repetición, en la medida que emite un mensaje claro y efectivo que en el futuro dichas violaciones no serán condonadas ni toleradas”⁹⁹, requiriendo que las sanciones sean efectivas y no simbólicas, como lo sería “la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que puedan significar una mera apariencia de justicia”¹⁰⁰.

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda el principio de proporcionalidad, aduciendo que la pena debe ser “proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó al autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.”¹⁰¹

⁹⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, ref. 65.

⁹⁸ “El principio de intervención mínima significa que el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo.” MARTOS, J. A. El principio de intervención penal mínima. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 99-134. p. 100.

⁹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, ref. 65, p. 4.

¹⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 11 de mayo de 2007, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, párr. 191.

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ref. 100, párr. 196.

4. Fines de la pena y graves violaciones a derechos humanos

Todo lo dicho hasta ahora encuentra su fundamento en la concepción moderna del derecho penal, cual es estar a merced de una finalidad determinada, la que se traduce en garantizar la pacífica convivencia entre los miembros de la comunidad. Tal misión la lleva a cabo el Estado a través de la potestad de castigar, denominada *ius puniendi*¹⁰², utilizando como herramienta el derecho penal, el cual adopta una consideración de “protección de bienes jurídicos afecta a un fin”.¹⁰³

Ahora bien, cabe precisar que la finalidad de la pena será entendida de forma distinta, dependiendo del planteamiento desde el cual se le defina. Entonces, a continuación, se expondrá sobre tal finalidad, conforme a las teorías retributivas y preventivas.

Respecto a la primera teoría sobre los fines de la pena, denominada también *teoría absoluta o de la justicia*, se considera a ésta como la justa compensación por el mal causado por un delito concreto, teniendo como interés único la obtención de justicia.¹⁰⁴ En consecuencia, la pena no estaría enfocada en obtener efectos secundarios hacia el futuro.

En contraposición, se encuentra la teoría preventiva, representativa de las teorías *relativas o utilitaristas*, caracterizándose por la instrumentalización de la pena para fines sin relación con el delito cometido.¹⁰⁵

Profundizando, la teoría de la *prevención especial* persigue prevenir la comisión de delitos a través de tres formas. En primer lugar, a través de la pena se buscaría proteger al resto de la comunidad del delincuente. En segundo lugar, se buscaría disuadir al sujeto de cometer nuevos delitos y, tercero, mientras dure el tiempo de ejecución de la pena, se haría lo necesario para resocializar al delincuente con el objetivo de evitar la reincidencia.

Al respecto, Ambos y Steiner dan cuenta de importantes críticas suscitadas, esgrimiendo, por una parte, que habría discrepancias entre la teoría y puesta en práctica del argumento de la resocialización, así como que la severidad de la sanción penal, inevitablemente, limitaría la orientación de la pena a propósitos exclusivamente preventivos. Además,

¹⁰² AMBOS, K. y STEINER, C. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º ed., no 12, 2003, pp.191-211. p. 196.

¹⁰³ AMBOS y STEINER, ref. 102, p. 194.

¹⁰⁴ AMBOS y STEINER, ref. 102, p. 199.

¹⁰⁵ AMBOS y STEINER, ref. 104.

conforme a lo expuesto por Hegel, “la educación forzada de un adulto sería contraria a la dignidad humana.”¹⁰⁶

En cuanto a la teoría de la *prevención general*, ella se centra en la prevención frente a la comunidad. Por un lado, se vislumbra la prevención general *negativa*, esgrimiendo que la pena tendría el poder de disuadir a potenciales delincuentes y, por otro, la prevención general *positiva*, fundamentada en el fortalecimiento de la confianza de los integrantes de la comunidad respecto a la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, fortaleciendo, a su vez, la fe en el Derecho.¹⁰⁷ Por consiguiente, se produciría un efecto de pacificación, ya que por medio de la pena se resolvería el conflicto suscitado entre el delincuente y la comunidad.

Eso sí, Ambos y Steiner previenen que, para el cumplimiento de los propósitos expuestos, la imposición y ejecución de la pena debe efectuarse de forma pública y explícita, pues son víctimas del delito aquellos directamente afectados, además de todos los integrantes de la comunidad, quienes confían en que no habrá impunidad.

Entonces, se puede apreciar una diferencia con la teoría retribucionista, porque el fin de la pena, en el caso de la prevención, no descansa en la culpabilidad del sujeto como condición necesaria y suficiente¹⁰⁸, sino en una “compensación per se, esto es, de la producción de una justicia abstracta”¹⁰⁹. Es decir, se acepta el sufrimiento del delincuente en cuanto se compense con la prevención del delito, pero en realidad, ese sufrimiento personal del sujeto no es un fin en sí mismo para la teoría preventiva.

Pues bien, el autor también da cuenta de las principales críticas a la teoría recién expuesta, expresando que, en primer lugar, carece de una pauta que establezca el límite de duración de la pena. En segundo lugar, en función del efecto disuasivo, podría llegar a justificarse la imposición de penas excesivamente rigurosas y, en tercer lugar, el sujeto al cual se le impone la pena es utilizado como un medio, un objeto de la persecución estatal, para alcanzar el fin colectivo.

Sobre lo expuesto, entonces, a continuación, se torna relevante identificar cuál teoría de los fines de la pena se corresponde con nuestro sistema penal, analizando particularmente lo

¹⁰⁶ AMBOS y STEINER, ref. 102, p. 202.

¹⁰⁷ AMBOS y STEINER, ref. 106.

¹⁰⁸ MAÑALICH, J. P. Terror, Pena y Amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado. *Flandes Indiano*, 2010. p. 62.

¹⁰⁹ AMBOS y STEINER, ref. 102, p. 203.

establecido por el DIDH, cuyas principales obligaciones impuestas a los Estados son investigar, sancionar y reparar, siendo relevante tener en cuenta los elementos -ya establecidos- que se deben considerar para la imposición de una pena adecuada, conforme a la segunda obligación mencionada.

Al respecto, varios autores se han pronunciado expresamente, partiendo por Ambos y Steiner, quienes anticipan lo riesgoso que es mirar el orden internacional desde una perspectiva nacional de los fines de la pena, sin embargo, igualmente sostienen que en lo relativo al Derecho Penal Internacional se debe rechazar la retribución, pues, aun siendo un ordenamiento en formación, ha dado luces de identificarse “con un efecto de prevención general positiva, entendida ésta en el sentido de efectuar una contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes.”¹¹⁰

A su vez, Zapata reconoce que cuando de justicia se trata, se mira hacia el pasado, en la retribución, suponiendo el cumplimiento íntegro de una pena impuesta de manera fija. Pero cuando la discusión se centra en impedir la repetición de los mismos hechos, ésta se sitúa en el plano de la prevención, cuya sanción en principio es indefinida y sólo precisable con la constatación de que el penado respondió positivamente a tal fin de la pena y, por consiguiente, existe certeza de que no se repetirán los hechos delictivos.¹¹¹

Por su parte, Rettberg, sin menospreciar las teorías preventivas, expresa que “el mensaje enviado con el castigo es justamente, que los individuos no pueden violar los derechos humanos sin que ello tenga serias repercusiones. [...] es preciso recordar que el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político social, que deje atrás de manera definitiva el anterior estado de cosas y que garantice que los actos atroces perpetrados antes de la transición no volverán nunca a cometerse. [...] Pero precisamente para que esa promesa sea creíble, una dosis proporcionada de retribución y castigo parece ineludible.”¹¹²

Además, cabe volver a referirse a lo manifestado por el INDH, para el cual las “sanciones [deben ser] adecuadas a la gravedad de los hechos, en la perspectiva no sólo de satisfacer el legítimo anhelo de justicia de las víctimas y sus familiares, sino como garantía de no

¹¹⁰AMBOS y STEINER, ref. 102, p. 207.

¹¹¹GONZÁLEZ, J. La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal. *Estudios Políticos*, no 31, 2007, pp. 23-42. p. 27.

¹¹²RETTBERG, ref. 76, p. 225.

repetición, en la medida que emite un mensaje claro y efectivo que en el futuro dichas violaciones no serán condonadas ni toleradas.”¹¹³

Particularmente Rodríguez-Villasante, en base al preámbulo¹¹⁴ del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, consideran que se consagra el fin retributivo y de prevención general de la pena, pues la expresión “poner fin a la impunidad de los autores” consagraría la retribución, a la vez que “contribuir a la prevención de nuevos crímenes” representaría la prevención general. Así también, los autores esgrimen que el artículo 110 del mismo Estatuto establecería la prevención especial, pues se centra en que la persona condenada no vuelva a delinquir, además de propender a un efecto intimidatorio del enjuiciamiento, la pena y su ejecución, asegurando que los criminales “sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.”¹¹⁵

Dicho eso, a continuación, se pretende refutar las teorías preventivas sobre los fines de la pena, reflexionando en torno a la obligación de imponer sanciones adecuadas, es decir, proporcionales al bien jurídico afectado y a la culpabilidad del autor, en función de la naturaleza y gravedad de los hechos, según lo propuesto por teoría retributiva de los fines de la pena.

En primer lugar, que la finalidad de la pena descansa en la prevención especial implica reconocer que los delincuentes requieren de resocialización, obviando a aquellos que no quieren o no necesitan resocializarse, pudiendo caer en relativismos y, por consiguiente, en la imposición de penas desproporcionadas, ya sea por exceso o rebaja de pena. Tal como expresó González Zapata, valdría la imposición de una pena indefinida en un inicio, pero precisable una vez que el penado haya cumplido el ideal preventivo que da certeza de la no repetición de los hechos delictivos. Tal efecto es imposible de verificar, a la vez que responde a un sistema imposible de implementar, haciendo caso al principio de legalidad y tipicidad, consagrado en el artículo 19 N°3 incisos 7° y 8°.

Al respecto, Mañalich sugiere que el objetivo del derecho penal es el restablecimiento coercitivo de la vigencia de las normas comunes a los integrantes de una comunidad, “en

¹¹³INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, ref. 99.

¹¹⁴ “Afirmando 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, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.”

¹¹⁵RODRÍGUEZ- VILLASANTE, J. Los principios generales de derecho penal y la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 21, no 69, 2000, pp. 13-36. p.15.

tanto” integrantes de esa comunidad.¹¹⁶ Por lo tanto, el ciudadano responde por el quebrantamiento de normas que percibe como suyas, las que serán aquellas establecidas por el derecho legislado, tratándose de una democracia.

Lo anterior se relaciona con la imposición de una pena proporcional que, a juicio del autor, es la única retributivamente legítima, guardando equivalencia en su severidad con la gravedad del crimen que la ley especifica. Es decir, “la pena susceptible de ser impuesta sobre el hechor ha de ser la pena legalmente prevista para el crimen que se le imputa.”¹¹⁷

Por consiguiente, la imposición de penas imprecisas requeriría renunciar a la formulación legislativa de las normas de sanción, orientándose a una finalidad de intimidación general que, conforme a Beling, “tendría que traducirse en un esquema de amenaza legislativa de sanciones retributivamente desproporcionadas.”¹¹⁸

En segundo lugar, tanto Rettberg, como el INDH, esgrimen que a través de la pena se emitiría un mensaje consistente en que no se puede violar derechos humanos sin futuras repercusiones condenatorias, garantizando que tales hechos no se repetirán.

Sobre aquello, es necesario distinguir entre aquello que se persigue con la imposición de la pena y aquellos efectos que se producen a partir de la imposición de la pena, pero que en realidad no son necesariamente perseguidos por ella. Es decir, que emane un mensaje de tipo preventivo hacia la comunidad -garantizar la no repetición de los crímenes- a partir del castigo impuesto a un sujeto, no necesariamente se fundamenta en la finalidad de la pena, sino, en palabras de Mañalich, “se trata a lo sumo de consecuencias favorables no perseguidas. [...] Que la imposición de la pena pueda de hecho producir tales efectos no supone, en modo alguno, que la imposición de la pena se justifique en atención a ellos. Pues la justificación de la pena retributiva sólo descansa en un juicio de merecimiento.”¹¹⁹

Por supuesto, la intención no es desatender la válida y necesaria expectativa sobre la no repetición de las graves violaciones a derechos humanos, pues constituye una forma de reparación que se establece como una manera de dar cumplimiento a la obligación general de garantía. No obstante, al respecto, vale la pena mencionar la existencia de dos listados de medidas de reparación elaborado por Naciones Unidas, tanto para la satisfacción, como

¹¹⁶ MAÑALICH, ref. 108, p. 92.

¹¹⁷ MAÑALICH, J. P. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. *InDret*, 2015, p. 1-32. p. 25.

¹¹⁸ MAÑALICH, ref. 117, p. 26.

¹¹⁹ MAÑALICH, ref. 108, p. 84.

para las garantías de no repetición.¹²⁰ Justamente, la letra f) del primer listado establece la aplicación de sanciones judiciales, no así el listado de las garantías de no repetición, el que incluye otras medidas. Aquello demuestra que el deber de sancionar es complementario a la garantía de no repetición, es decir, la aplicación de la sanción no se ha dispuesto expresamente para ese propósito y, siendo consecuente con las exigencias de proporcionalidad de la pena, ella sólo puede responder a fines retributivos, descartando los fines preventivos, que, por cierto, son posibles de alcanzar a través del cumplimiento de otras medidas no punitivas, también propuestas por el DIDH.

Tal diagnóstico es respaldado por Fernández, para quien la justificación de la pena para criminales de lesa humanidad sólo puede descansar en la retribución, pues considerar que la prevención es efectiva para tales casos pierde el foco sobre la razón por la cual ocurrieron los crímenes, es decir, hubo una multiplicidad de elementos que hicieron posibles las violaciones a derechos humanos que en ningún caso se reducen a la imposición de penas para su evitación. “En otras palabras, ausentes los variados factores que permitieron que ocurran fenómenos tales como el surgimiento del nazismo en Alemania o el golpe de Estado

¹²⁰ Particularmente, las medidas de satisfacción se establecen con el propósito de que el Estado vuelva a reparar la confianza perdida tras las violaciones a derechos humanos, comprendiendo entre ellas, acorde con los Principios de Naciones Unidas sobre Reparaciones: “a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; b) La verificación de los hechos y la relevancia pública y completa de la verdad [...]; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos [...]; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del DIH, así como en el material didáctico a todos los niveles.”

En cuanto a las garantías de no repetición, éstas se establecen como medidas preventivas por las que el Estado asegura que no habrá más vulneración de derechos humanos y, por ende, se garantiza la vigencia de los derechos humanos. Al respecto, los Principios de las Naciones Unidas designan las siguientes medidas: “a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del DIH y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.”

NASH, C. y otros. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1988-2007)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 209. pp. 60-62.

en nuestro país, tiene poco sentido pensar que el castigo penal de los perpetradores se vuelve una condición necesaria para garantizar la no repetición de dichas tragedias.”¹²¹

El mismo autor, en cuanto a las consideraciones establecidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, esgrime que George Fletcher se ha encargado de recalcar que “el argumento retribucionista (‘poner fin a la impunidad’) tiene prioridad léxica por sobre el argumento prevencionista (‘prevención de nuevos crímenes’)”¹²², reafirmando lo ya expuesto por Mañalich que, aludiendo a Moore, “sostiene que cualquier consecuencia beneficiosa que el castigo pueda traer aparejada, como la prevención efectiva, la inhabilitación de sujetos peligrosos, etc., son bienvenidos efectos secundarios del castigo, pero que no son lo que justifica su imposición.”¹²³

Por consiguiente, es posible concluir que la imposición de penas en casos de violaciones graves a derechos humanos responde a la proporcionalidad entre el bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad, tomando en consideración la gravedad y naturaleza de los hechos punibles, tal como se describe en diversos instrumentos internacionales, correspondiéndose con la teoría retributiva.

5. Condenados por violaciones graves a derechos humanos en Chile

A continuación, una vez expuesto sobre el fin retributivo de la pena para casos de violaciones graves a derechos humanos, corresponde analizar si aquello se puede conciliar con el fin preventivo especial que encarna la libertad condicional, evaluando, a su vez, si es posible la resocialización de los condenados por tales crímenes.

A modo de contextualizar, se ha estimado que desde 1995 al 30 de junio de 2018¹²⁴, 367 causas han concluido en sentencia definitiva dictadas por tribunales superiores. De ese total, 332 pertenecen a causas penales, y 35 a causas de indemnización civil.

De las 332 causas penales, la cuantificación de clases de victimización abordadas son las siguientes:

¹²¹ FERNÁNDEZ, T. ¿Retribucionismo solo para delitos de lesa humanidad?. *Lecciones y Ensayos*, No. 99, 2017, pp. 247-267. p. 250.

¹²² FERNÁNDEZ, ref. 121, p. 251.

¹²³ FERNÁNDEZ, ref. 121, pp. 251-252.

¹²⁴ Datos correspondientes a: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018* [en línea]. 2018 [consulta: 10 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2018/Collins-Negacionismo.pdf>, p. 59.

- Casos de Detenidos Desaparecidos (DD.DD.): 159
- Casos de Ejecutados Políticos (EE.PP.): 140
- Casos Mixtos (DD.DD. y EE.PP.): 14
- Casos de torturas contra sobrevivientes: 17
- Caso por asociación ilícita: 1
- Caso por exhumación ilegal: 1

En cuanto a las víctimas involucradas se describe:

- Totalidad de víctimas ausentes (DD.DD. y EE.PP.): 713
- Personas Detenidas Desaparecidas: 358
- Personas Ejecutadas Políticas: 355
- Totalidad de sobrevivientes representados en los casos penales: 202

Al respecto, es importante mencionar que, “si comparamos estas cifras con los números totales de víctimas calificadas por las respectivas Comisiones (Rettig, CNRR y Valech I y II’), se han dado sentencias penales finales por los crímenes cometidos contra un 22,1% de las personas reconocidas actualmente por el estado como desaparecidos o ejecutadas. En cambio, tan solo 0,5% de las y los 38.254 sobrevivientes reconocidos por Valech I y Valech II’ han visto sentencias finales emitidas en sus causas penales y/o demandas civiles.”¹²⁵

En cuanto al número de condenas, desde julio de 2010 hasta junio de 2018, se han impuesto 788 en total, de las cuales 529 corresponden a penas efectivas de cárcel y, 259 a condenas que permiten cumplimiento alternativo, siendo 502 el total de agentes condenados en una causa, por lo menos.

En agosto de 2018, Gendarmería de Chile emitió un listado de carácter reservado, sólo dando a conocer que 174 sujetos se encuentran condenados por crímenes de lesa humanidad en Chile.¹²⁶

De ellos, 119 se encuentran en el Centro de Cumplimiento Penitenciario (CCP) Punta Peuco¹²⁷, 43 en Colina I; 1 en el Centro Penitenciario (CP) de Arica; 2 en el Centro de

¹²⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, ref. 124, pp.59-60.

¹²⁶ ARCOS, N. Radiografía a los condenados por violaciones a los DDHH: 29 reos podrían acceder a beneficios en 2019. En: *El Dinamo* [en línea] Chile, 3 septiembre 2018 [consulta: 18 agosto 2019]. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/nacional/2018/09/03/radiografia-a-los-condenados-por-violaciones-a-los-ddhh-29-reos-podran-acceder-a-beneficios-en-2019/>

¹²⁷ Cifra obtenida de: GENDARMERÍA DE CHILE, Unidad de Estadística-Subdirección. Población Recluida por establecimiento 31 de agosto de 2019.

Punta Peuco es un Centro de Cumplimiento Penitenciario ubicado en la comuna de Til Til, creado al amparo del Decreto 580 del 14 de junio de 1995. En él se encuentran cumpliendo condena ex agentes del Estado

Detención Preventiva (CDP) Santiago Sur; 2 en el CCP Temuco; 1 en el CCP Osorno; 2 en el CCP de Nueva Imperial; 2 en el CCP de Cauquenes; 1 en el CCP de Puerto Montt y 1 en el Centro Penitenciario Femenino.

Ahora bien, el último listado detallado sobre condenados por violaciones a derechos humanos fue publicado por Gendarmería de Chile el año 2015¹²⁸. Tal listado, si bien está desactualizado, da a conocer información que igualmente resulta útil de analizar, pues, de un total de 117 condenados, el promedio de edad es 68,915 años, siendo el más joven de 50 años y el más anciano de 85 años.

En cuanto a la duración de las condenas, el panorama es el siguiente:

Tabla2.

Duración de la condena	N° de condenados
5 años y 1 día	31
6 años	9
7 años	6
8 años	3
10 años	3
10 años y un día	23
10 años y 2 días	1
10 años y 801 días	5
Entre 12 a 17 años y 1 día	16
Entre 20 años y 2 días a 30 años y 1 día	6
Entre 31 años y 13 días a 48 años	4
64 años y 4 días	1

pertenecientes a las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, además de un civil ex integrante de la CNI, todos condenados por casos de graves violaciones a derechos humanos.

¹²⁸ GENDARMERÍA DE CHILE, Ministerio de Justicia. Listado Nacional de Reclusos vinculados a causas de DDHH 2015 [en línea]. 2017 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <http://pdh.minjusticia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/lista-2015-117condenados-cumplen-presidio-efectivo-110p-peuco.pdf>

131 años y 10 días	1
Perpetua	2
Perpetua con condenas privativas de libertad adicionales	6
<u>Total: 117</u>	

Entonces, se puede apreciar que 97 sujetos fueron condenados a penas menores a 20 años, es decir, un 82.9% de los penados, de los cuales 49 fueron condenados a menos de 10 años, es decir un 41.9% del total de reclusos.

Por consiguiente, se vislumbra que, en relación a los delitos cometidos, las condenas no son altas y han sido impuestas a sujetos que están cercanos, tienen o incluso superan la edad de jubilación, esto es 65 años.

Entonces, si la pena a los condenados por graves violaciones a derechos humanos en Chile fue determinada en atención a la proporción entre el bien jurídico afectado y la culpabilidad y gravedad de los hechos delictivos, es decir, una pena retributiva¹²⁹ que, además les fue impuesta estando en edades seniles, y cuyas cuantías no son de larga duración, a continuación cabe referirse a las posibilidades de resocialización de los penados, en consideración a la rehabilitación propuesta por el beneficio de la libertad condicional.

5.1. Resocialización de los condenados por violaciones graves a derechos humanos y su relación con la libertad condicional.

El nacimiento del término *resocialización* es consecuencia de la influencia del positivismo naturalista encarnado por von Liszt, sin embargo, su elaboración se atribuye a su discípulo, Schmidt quien, tras la muerte de Liszt en 1927, publicó la 25° edición del Lehrbuch de von Liszt.¹³⁰

¹²⁹ Tal como lo reconoce la Corte Suprema en el considerando 8° de los fallos mencionados, con fecha 30 y 31 de Julio de 2018, Rol N°16817-2018; N°16819-2018; N°16820-2018; N°16821-2018; N°16822-2018; Rol N°16961-2018.

¹³⁰GARCÍA-PABLOS, A. La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 32, no 3, 1979, pp. 645-700. p. 649.

A partir de entonces, se fue incorporando en diversas codificaciones penales, consolidándose mayormente entre 1950 y 1960 a través de diversas palabras, tales como readaptación social, reinserción, rehabilitación, reeducación o repersonalización.

Por curioso que parezca, ninguno de los conceptos fue definido con precisión a lo largo de los años, usándose indistintamente y sin evidenciar diferencias de “estructura, alcance y contenido entre ellos,”¹³¹ consagrándose, simplemente, como la eliminación de futuras conductas criminales, es decir, disminuir la reincidencia.

En el ámbito del Derecho Internacional, también se consagró el término, estipulándose en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. A su vez, el artículo 5 N°6 de la Convención Americana de Derechos Humanos describe que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

También, la regla 58 de las Reglas Mínimas del Tratamiento de los Reclusos, establece que “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también, que sea capaz de hacerlo”.

Particularmente en Chile, a partir de 1990 se desarrollaron estrategias basadas en la prevención y reinserción social de los privados de libertad, hasta que en el año 2006 “se establece por primera vez la Rehabilitación y Reinserción Social como eje estratégico de la política pública para afrontar la delincuencia.”¹³²

Reflejo de aquello es el artículo 1° del Decreto Supremo 518 que aprueba el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, describiendo que “La actividad penitenciaria [...] tendrá como fin primordial [...] la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

¹³¹ BAENE, E. y SANGUINO, K. La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, no 12, 2017. p. 18.

¹³² MALUENDA, J. Conflictos y Convergencias entre los Policy Frame sobre reinserción social de varones privados de libertad en Chile: Período 2012-2013. *Revista de Estudios Criminológicos*, 2015, pp. 15-35. p. 20.

En consecuencia, Gendarmería de Chile ha establecido programas acordes a tal propósito, describiéndose en los “Resultados de las Evaluaciones Segundo Trimestre 2019” que “concurren a un objetivo común de disminuir la reincidencia por la vía de la rehabilitación y reinserción social”, a la vez que “el fin común a que contribuyen es la convivencia social y a la seguridad ciudadana. Su propósito también común, es reducir la reincidencia delictual.”¹³³

Al respecto, Maluenda analizó distintos actores que intervienen en el debate sobre reinserción social, entre ellos, Gendarmería de Chile, Subsecretaría de Prevención del delito, Fundación Paz Ciudadana, Fundación Paternitas, Cámara Chilena de la Construcción y Sodexo Chile, compartiendo que el foco de su trabajo en pos de la reinserción social se orienta a disminuir la reincidencia, utilizando principalmente para ello herramientas psicosociales y capacitación laboral,¹³⁴ relacionando el factor reincidente con la tenencia de sustento laboral.

Así pues, queda demostrado que el significado de resocialización es compartido a nivel mundial, consagrándose de forma particular en Chile a través de las disposiciones y programas descritos, lo cual se corresponde, consecuentemente, con el fundamento de la libertad condicional, el que se analizó en el capítulo I.

Ahora bien, el ideal resocializador no ha estado exento de cuestionamientos, particularmente porque en la base de su entendimiento se concibe a la delincuencia “como una desviación social que debe ser corregida”¹³⁵, cuando no necesariamente los delincuentes son susceptibles de corrección o quieren voluntariamente ser rehabilitados.

Reflejo de aquello serían los violadores de derechos humanos que están cumpliendo condena en Chile, pues a su avanzada edad es improbable que nuevamente delinca, además de ser aún menos probable que vuelvan a cometer crímenes de lesa humanidad, pues condición de aquello sería la instauración de un régimen político estatal acorde con sus convicciones, en el que además fueran agentes partícipes activos a una edad promedio cercana a los 70 años.

¹³³DIPRES, Departamento de Evaluación División de Control de Gestión Pública. *Resultados Evaluaciones Segundo Trimestre 2019* [en línea]. 2019 [consulta: 17 agosto 2019]. Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/598/articles-190244_doc_pdf.pdf p. 41

¹³⁴ MALUENDA, ref. 132, p. 24.

¹³⁵ AHUMADA, H. y GRANDÓN, P. Significados de la reinserción social en funcionarios de un centro de cumplimiento penitenciario. *Psicoperspectivas*, vol. 14, no 2, 2015, pp. 84-95. p. 86.

A su vez, otro de los cuestionamientos dice relación con la instauración de programas de conducta uniformes, sin atender a las particularidades de cada recluso, ya sea se trate de su consentimiento y disposición a colaborar, como de sus características etarias, laborales o educacionales. Entonces, al vincular la reincidencia con la tenencia de un trabajo, sólo se estaría abarcando a delincuentes comunes, cuya causa criminal se relaciona con la falta de ocupación laboral, comprendiendo la “reinserción social desde un modelo basado en factores de riesgo de reincidencia delictual.”¹³⁶

Distinta es la situación de los violadores de derechos humanos, en quienes la causa de su criminalidad no fue la falta de trabajo y, actualmente, al encontrarse en edad de jubilación, tampoco están en condiciones de desempeñar alguna labor. Es más, un informe sobre el CCP Punta Peuco 2016-2017, elaborado por el INDH, describe que “la totalidad de los internos tienen enseñanza media completa, y en algunos casos estudios superiores.”¹³⁷ Por consiguiente, los penados no tienen necesidad de resocialización en los términos planteados, demostrándose que se anula el fundamento de la libertad condicional, además de dar cuenta a través de sus requisitos de postulación que está diseñada para población joven y sana.¹³⁸

Al respecto, Figueroa respalda la existencia de requisitos temporales diferenciados para postular a la libertad condicional, fundándose en razones de retribución.¹³⁹ Tal mención evidencia, entonces, que su concesión no es del todo consecuente con la pena retributiva, tal como lo afirman Córdoba y Ruiz, expresando la completa incompatibilidad entre el beneficio y el fin retributivo de la pena.¹⁴⁰

Entonces, se puede concluir que el término resocialización se ha conceptualizado para dar cuenta de la consecución de la eliminación de la reincidencia, guardando relación con lo consagrado por la libertad condicional, estipulándose ésta como una medida acorde para

¹³⁶ MALUENDA, ref. 132, p. 27.

¹³⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe CCP Punta Peuco 2016-2017* [en línea]. 2017 [consulta: 17 agosto 2019]. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/CCP%20Punta%20Peuco.pdf?sequence=40>, p. 18.

¹³⁸ CASTRO, S. Régimen punitivo para ancianos, enfermos terminales y personas que padecen enfermedades graves, crónicas e incurables. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2019. p. 57

¹³⁹ FIGUEROA, ref.7, p. 25.

¹⁴⁰ CÓRDOBA, M. y RUIZ, C. Teoría de la pena, Constitución y Código Penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 71, 2001, p. 56-79. p. 57.

lograr tal objetivo, el cual refleja un modelo basado en factores de riesgo de la reincidencia, bajo el cual tendrían éxito herramientas de capacitación laboral.

Aquella pretensión, por supuesto, se aleja de las posibilidades reales de alcance respecto a la población penal condenada por violaciones graves a derechos humanos, cuya característica principal es la ancianidad y, por tanto, la concepción de resocialización pierde sentido frente a tales delincuentes. Al respecto, a continuación, se presentará un tipo criminológico de delincuente, de cuyo análisis también se evaluará si tal categorización del sujeto delictivo es relevante para la finalidad retributiva de la pena.

Por último, es necesario mencionar que, si bien en este acápite se describieron disposiciones internacionales que abogan por una finalidad preventiva de las penas, ya quedó demostrado que aquello no es compatible con la imposición de penas proporcionales que atiendan al bien jurídico afectado, la culpabilidad y gravedad de los hechos delictivos, acorde al estándar sobre la imposición de penas establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5.2. Delincuentes por Convicción

El origen del concepto “Delincuente por Convicción” proviene del periodo de la República de Weimar. Específicamente, Radbruch lo introdujo en el Proyecto de Código Penal de 1922, estableciendo un tratamiento especial con *pena de encierro*¹⁴¹ “para todos los tipos delictivos en los que el motivo decisivo para el autor fuera el hecho de que se considerase obligado por sus convicciones éticas, políticas o religiosas.”¹⁴²

Luzón, describe que tales delincuentes conocen la prohibición de la norma, pero de forma consciente y voluntaria no la cumplen, pues internamente no respetan la norma, tampoco comparten su fundamento. Son sujetos convencidos de lo contrario, para ellos es correcto cometer delitos, incluso graves, para conseguir sus objetivos, referidos a una ideología opuesta a las normas jurídicas vigentes. Es decir, encarnan una situación psicológica de

¹⁴¹ Palabra original alemana, “Einschliessung”, también traducida por Joan Baucells como *arresto*, cuya disposición relativa a la determinación legal de la pena en el Proyecto de Código Penal de 1922 describía: “Si el móvil preponderante del autor residió en que él se creyó obligado a realizar el hecho a causa de sus convicciones morales, religiosas o políticas, prisión rigurosa y prisión simple serán reemplazadas por el encierro de la misma duración.” RADBRUCH, G. El delincuente por convicción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, vol. 7. p. 2

¹⁴² BAUCELLS, J. *La delincuencia por convicción*. Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2000. p. 39.

rechazo y desprecio a todo tipo de normas vigentes, convencidos de que pueden, incluso deben vulnerarlas para conseguir o imponer sus convicciones.¹⁴³

La definición criminológica propuesta por Radbruch está compuesta por dos elementos; en primer lugar, el hechor se siente obligado por sus *convicciones*, entendiendo por tales la persuasión de un deber que, en segundo lugar, es el *motivo decisivo o preponderante* de su actuación, pero no necesariamente el único, pues “la persona es un ser demasiado complejo como para conducir sus actuaciones de acuerdo con un único motivo.”¹⁴⁴

Por consiguiente, frente a los delincuentes por convicción, el autor se encarga de desestimar los fines preventivos y retributivos de la pena, pues aquellos presuponen una superioridad moral del Estado legitimado para penar a delincuentes dignos de corrección o retribución. Tal superioridad se puede reconocer frente al delincuente común, sin embargo, el delincuente por convicción rechaza ser corregido y tampoco es merecedor de retribución, ya que simplemente es un sujeto que “piensa de otra manera, un adversario del actual poderío moral, religioso o político, a quien ciertamente cabe combatir en interés de la preservación de aquél, pero al cual no se puede imponer con sensatez medidas correctivas o retributivas.”¹⁴⁵

Con tal escenario, la pena de “encierro” se orientaría al fin de aseguramiento del recluso con el objeto de intimidar, tal vez, a los demás, pero sin los propósitos retributivo o preventivo especial, pues también, a juicio de Sánchez, los mismos delincuentes rechazan la reinserción¹⁴⁶.

Al respecto, von Liszt considera que los delincuentes por convicción son sujetos incorregibles que no desisten de su propósito por delinquir, entonces es aceptable que la sociedad tenga que defenderse de ellos, proponiendo su inocuización o una pena de prisión indeterminada¹⁴⁷, agregando que la sanción no les genera ningún tipo de temor.¹⁴⁸

¹⁴³ LUZÓN, D. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*, no 1, 2013, pp. 1-22. p. 14.

¹⁴⁴BAUCELLS, ref. 142, p. 40.

¹⁴⁵RADBRUCH, ref. 141, p. 4.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ, F. Delincuencia y penas: un giro en la política criminal actual. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, no 144, 2003, pp. 249-264. p. 259.

¹⁴⁷ MEINI, I. La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, no 71, 2013, p. 141-167. p. 148.

¹⁴⁸ MEINI, ref. 147, p. 152.

No obstante, Luzón afirma que al delincuente por convicción sí es posible intimidar a través de la amenaza del cumplimiento de una pena, aún más si es dura, pues es característico su esfuerzo por no ser capturado ni castigado.¹⁴⁹

Baucells estima que lo destacable de tal categoría de delincuente es que, para la aplicación de la pena basta con un diagnóstico psicológico objetivamente constatable, identificando las diferencias con el delincuente común, porque éste último toma una posición de contradicción frente al Estado, en cuanto le impone la pena, sobreponiéndose “como su <<yo>> más inteligente y superior”.¹⁵⁰

En contraste, el “delincuente por convicción” no puede ser rebatido en atención a su propio yo, pues frente a él el Estado representa una convicción completamente distinta.

Por consiguiente, el positivismo no representa fuerza normativa, pues el orden normativo no es conciliable con un deber que emana de la conciencia. Frente al delincuente por convicción, la ley puede garantizar su poder, pero no puede demostrar su validez normativa.¹⁵¹

Sobre lo señalado por Baucells, cabe llamar la atención en que, si la imposición de la pena se basa en la constatación de un diagnóstico psicológico, perfectamente son sostenibles las críticas que aducen que la criminalización de la delincuencia por convicción invoca al *Derecho Penal de autor*.¹⁵²

En contraposición, Nagler estima que el delincuente por convicción sí sería merecedor de retribución. “Coincide con Radbruch en que ‘el Estado no es ningún juez de la conciencia’ y que, por tanto, ‘el Estado no está legitimado para obligar las convicciones éticas de sus ciudadanos, pero la pena retributiva no aspira a eso, sino que paga al infractor del derecho con una pérdida de igual valor en derechos o bienes jurídicos.’”¹⁵³

Así pues, en razón del merecimiento de la pena, en tanto pena retributiva, aquella “encierra, antes bien, una oferta incondicionada de entendimiento para con el destinatario del reproche, cuya aceptación por parte de este, sin embargo, no puede ser sino

¹⁴⁹ LUZÓN, ref. 143, p. 14.

¹⁵⁰ BAUCELLS, ref. 142, p. 40.

¹⁵¹ BAUCELLS, ref. 142, p. 43.

¹⁵² VERA, D. Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU. *Papel Político*, vol. 13, no 2, 2008, pp. 739-773. p. 318.

¹⁵³ BAUCELLS, ref. 142, p. 48.

contingente.”¹⁵⁴ Es decir, la aceptación del penado respecto de la oferta de entendimiento puede o no suceder y no va a interferir en la imposición de la pena, pues al ser retributiva, aquella es la “materialización de un reproche personalísimo [que] encierra un reconocimiento de la agencia racional del responsable como razón suficiente para la respuesta punitiva”.¹⁵⁵

Por consiguiente, para Hegel la pena retributiva honra al delincuente al considerarlo un ser libre y racional y, en tal sentido, se le despoja de honor “si el concepto de la medida de su pena no son extraídos de su hecho mismo; [...] si es visto solo como un animal dañino, que ha de ser vuelto inocuo, o si es visto según los fines de la intimidación y la corrección.”¹⁵⁶

Por eso es que Binding asevera que nunca se encontrará la necesidad de punición en el delincuente, pues “no es penado el ser humano, sino el criminal, no es penado el delincuente al margen de su hecho, sino como autor de su hecho.”¹⁵⁷ Es decir, el poder punitivo del Estado pone atención a consideraciones que emanan de la propia dignidad del ser humano, en tanto sujeto responsable.¹⁵⁸

Para finalizar, cabe hacer una diferenciación respecto al denominado “autor por conciencia”, el cual se ha tendido a confundir con el delincuente por convicción, sin embargo, Greffenus se ha encargado de caracterizarlo como aquél motivado por una alta norma ética que lo fuerza a actuar, evitando una difamación de su personalidad; se sacrifica por sus convicciones; las manifiesta públicamente y; actúa con honestidad.¹⁵⁹

Al respecto, Baucells considera que se trata de un supuesto especial en que los valores éticos del autor tienen un sentido más vinculante que el jurídico.¹⁶⁰

Ebert agrega que los hechos cometidos por el autor por conciencia responden a que aquél “no estaba en situación de poder actuar subjetivamente de otro modo a como lo hizo; no estaba en situación de decidirse contra el injusto y por el Derecho,”¹⁶¹ a diferencia del delincuente por convicción, que sí se encuentra en condiciones de decidirse por el Derecho.

¹⁵⁴ MAÑALICH, J. P. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y humanidades*, vol. 1, no 16, 2010. p. 54.

¹⁵⁵ MAÑALICH, ref. 154.

¹⁵⁶ MAÑALICH, ref. 153, p. 55.

¹⁵⁷ MAÑALICH, ref. 156.

¹⁵⁸ MUÑOZ, F. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007. p. 142.

¹⁵⁹ BAUCELLS, ref. 142, p. 75.

¹⁶⁰ BAUCELLS, ref. 142, p. 84.

¹⁶¹ BAUCELLS, ref. 142, p. 320.

Greffenius alude a que actuaciones realizadas por personas perseguidas durante el Tercer Reich se corresponden con la categoría de autores por conciencia, marcando la diferencia con los delincuentes por convicción.¹⁶²

Así pues, en relación a los criminales de lesa humanidad, en cuanto a sus motivaciones para delinquir y su comportamiento posterior a la comisión de los hechos delictivos, dan cuenta de que no se tratarían de “autores por conciencia”, sino “delincuentes por convicción”, encarnando los dos elementos de la definición criminológica de Radbruch, es decir, son delincuentes que actúan motivados por una convicción política, la cual es determinante para cometer los hechos delictivos y, a su vez, son sujetos que conocen la norma penal prohibitiva, sin embargo, igual deciden llevar adelante sus crímenes, actuando contrario a derecho en circunstancias que sí pueden decidirse en favor de él.

Es más, quienes cometieron las graves violaciones de derechos humanos siendo jóvenes, luego continuaron con sus vidas sin conflictos y, tras haberse esforzado por impedir a toda costa ser capturados y castigados -tal como describe Luzón-, recién en la ancianidad terminaron siendo condenados, manifestando hasta la actualidad falta de sinceridad, conciencia y nulo arrepentimiento por los hechos cometidos.

Aquello no es sino otra evidencia de que los criminales de lesa humanidad perduran en su convicción, claramente contraria a las normas establecidas, la cual no cambió y tampoco cambiará con programas de resocialización, menos con aquel establecido por el beneficio de la libertad condicional, constituyendo su concesión un total sin sentido, falta de propósito y objetivos en atención a las características propias de los condenados por crímenes de lesa humanidad.

Al respecto, Baucells concluye que la delincuencia por convicción, en los casos de autores por convicción de políticas fascistas¹⁶³, no respetaría los principios de universalidad y dignidad humana, tampoco los principios más básicos de los ordenamientos jurídicos de un Estado democrático, por consiguiente, “no podrían ser atenuados desde consideraciones de prevención especial.”¹⁶⁴

¹⁶² BAUCELLS, ref. 159.

¹⁶³ El autor se basa en la teoría racional de los actos morales que, en atención a la atenuación de la pena en el código penal alemán, refiere que “la relevancia de las actuaciones por convicción y conciencia [...] será decisivo para definir el límite de la eficacia irradiante de la libertad ideológica en la culpabilidad. Solamente aquellas decisiones, tanto por convicción como por conciencia, que respeten los principios de autonomía y universalidad podrán tener un efecto plenamente exculpante.”

¹⁶⁴ BAUCELLS, ref. 142, p. 393.

Capítulo III. La retribución como fin de la pena y los casos de graves violaciones a derechos humanos.

1. Memoria, verdad y justicia

“El 13 de septiembre de 1995, en un discurso pronunciado en el Club de la Unión, el general Pinochet, dijo: <<Es decir, guardar silencio y olvidar. Después del tiempo que ha pasado, lo único que se puede hacer en estas circunstancias es olvidar.>>”¹⁶⁵

A partir de aquello, cabe cuestionar las implicancias del silencio y el olvido, posición que es del todo contradictoria con las obligaciones de carácter internacional sobre derechos humanos y, por consiguiente, con la realización de juicios criminales.

Sin embargo, Chile no estuvo exento de implantar una política de silencio y olvido, de hecho, junto a otros regímenes dictatoriales ocurridos en Latinoamérica, una vez iniciada la transición hacia la democracia, se desarrollaron cuatro tipos de modelos, los que pueden diferenciarse según su contenido o periodicidad histórica.¹⁶⁶

El primer modelo fue el de perdón y olvido, propio de los años setenta y ochenta, cuyo objeto era la verdad y reconciliación, considerando necesario para aquello la aceptación de amplias dosis de impunidad, junto al consecuente reconocimiento de la imposibilidad de procesar, juzgar y castigar a los violadores de derechos humanos, admitiendo la imposibilidad de hacer justicia a nivel nacional o internacional.

En Chile tal política se impuso en el año 1979 a través de la Ley de Amnistía y, posteriormente, con la dictación de la Constitución Política de 1980.

El segundo modelo se centró en la paz y reconciliación, teniendo como objetivo buscar la verdad mediante “comisiones de verdad” alternativas a los juicios penales, además de constituirse como opción de reconocimiento de víctimas. Particularmente en Chile, el año 1992 se creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, cuya “Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, nombrada “Comisión Rettig”, documentó 3.193 personas muertas y desaparecidas durante la dictadura.¹⁶⁷

A pesar de tal recopilación, lamentable e indignante fue que no se procesara a los responsables criminalmente, lo que se explica porque la Comisión no tenía esa facultad,

¹⁶⁵ AMBOS, ref. 59, p. 98.

¹⁶⁶ CORTÉS, F. Los derechos de las víctimas de la violencia política a la verdad, la reparación y la justicia. Reflexiones sobre cuatro casos en América Latina. *Estudios Políticos*, no 31, 2007, pp. 61-86. p. 64.

¹⁶⁷ CORTÉS, ref. 166, p. 72.

además de que estaban amparados por la Ley de Amnistía. No obstante, las víctimas y familiares continuaron su incansable lucha en la búsqueda de la verdad y justicia, sin renunciar a la obtención del procesamiento y sanción de los criminales.

Por consiguiente, Cortés concluye que “pese a tener la verdad sobre los hechos, [...] la ocurrencia de tales violaciones fue negada categóricamente en la medida en que la narrativa obtenida por medio de la política de la verdad no pudo ser vinculada con acciones judiciales contra los perpetradores. De este modo, en [...] Chile se frustró el momento de la verdad como reconocimiento de manera radical mediante la puesta en marcha de una política de la impunidad.”¹⁶⁸

Entonces, para hacer frente a tal impunidad se propuso como tercer modelo el denominado retributivo o punitivo, cuyos primeros antecedentes fueron los Tribunales de Nuremberg y Tokio, para posteriormente consolidarse en los años 90 con los tribunales internacionales de la Ex Yugoslavia y Rwanda. Tales experiencias afirmaron que “el procesamiento y la condena a penas adecuadas de aquellas personas responsables individualmente por los más graves crímenes, es el camino más razonable para prevenir y reducir la violencia masiva y generalizada que se produce en contextos de guerra, conflictos internos o Estados autoritarios.”¹⁶⁹

No obstante, se consideró que aquella justicia retributiva podía hacer fracasar el periodo de transición, entonces surgió una nueva concepción, conocida como *Justicia Restaurativa*, caracterizada por no centrarse en el castigo, sino en reconstruir las quebradas relaciones sociales y políticas, rectificando injusticias mediante la restauración de la dignidad humana y civil de las víctimas.

Así pues, “las sociedades deben buscar otros caminos para realizar algunos de los fines de la justicia, [...] permitiendo a las víctimas] expresar sus historias, reconocer su sufrimiento, investigar la verdad sobre lo que pasó y restaurar el orden moral al establecer alguna medida de responsabilidad por parte de aquellos que están comprometidos en las graves violaciones de derechos humanos.”¹⁷⁰

Finalmente, el cuarto modelo implementado es el de complementación, por el cual se reconoce que el “intercambio de la justicia criminal por un beneficio social como la

¹⁶⁸ CORTÉS, ref. 166, p. 80.

¹⁶⁹ CORTÉS, ref. 166, p. 65.

¹⁷⁰ CORTÉS, ref. 166, pp. 70-71.

reconciliación o el establecimiento de la verdad histórica debe hacer excepciones frente a los más graves crímenes¹⁷¹, es decir, es necesario sancionar a los criminales, además de que la búsqueda de la verdad puede servir como complemento a los juicios criminales, incluyendo también, las medidas de reparación y garantías de no repetición.

Pues bien, los modelos presentados tienen en común que se establecen dentro de un contexto heredero de un pasado no democrático, caracterizado por las violaciones graves a derechos humanos, por tanto, una vez que la dictadura llega a su fin y se emprende el retorno a la democracia, es necesario superar el terror del pasado. Esa “superación del pasado tendría que consistir en la demostración de la inconmensurabilidad entre el pasado y el presente de la respectiva comunidad política.”¹⁷²

Entonces, la pregunta es qué rol juega el derecho en esa superación y, lo cierto es que la aplicación del derecho lleva implícita la coherencia entre el pasado y el presente, pues el hecho juzgado es pasado y el juzgamiento de aquel es presente. Por consiguiente, al aplicar el derecho no se lograría el quiebre definitivo entre el pasado y el presente de la comunidad política, sino que se produciría la “constitución jurídica de la memoria, es decir, el pasado recuperado no puede sino estar reconciliado con el presente.”¹⁷³

Es dentro de ese esquema que la punición busca ser una superación del pasado, entendiendo que para aquello en realidad no puede haber mero pasado, sino todavía presente, pues “si el pasado fuese sólo pasado, no habría necesidad de superación, pues en ese sentido el pasado es siempre lo ya superado por definición: lo que ya pasó.”¹⁷⁴

En este punto, cabe traer a colación lo expuesto por Jakobs, para quien el delito expresa una falta de reconocimiento de la norma quebrantada y, a través de la pena el derecho demuestra coercitivamente la vigencia de aquella norma, la cual vincula a los miembros de una comunidad,¹⁷⁵ por consiguiente, “la atribución de responsabilidad jurídico-penal produce la confirmación de una relación de co-pertenencia a una comunidad cuyos miembros se dan normas que se obligan recíprocamente a seguir.”¹⁷⁶

Tal co-pertenencia es una precondition de la responsabilidad que, a su vez, integra la correspondencia normativa entre el pasado y presente, reflejado en que el hecho punible

¹⁷¹ CORTÉS, ref. 169.

¹⁷² MAÑALICH, ref. 108, p. 23.

¹⁷³ MAÑALICH, ref. 172.

¹⁷⁴ MAÑALICH, ref. 108, p. 29.

¹⁷⁵ MAÑALICH, ref. 174.

¹⁷⁶ MAÑALICH, ref. 108, p. 39.

es pasado y la punición de aquel es presente, entonces “toda punición es superación de un hecho pasado en tanto perturbación del presente,”¹⁷⁷ quedando de manifiesto que toda atribución de culpabilidad se establece en su conexión con el pasado.

Al respecto, Hannah Arendt -a partir de las violaciones a derechos humanos cometidas en la Segunda Guerra Mundial- afirma que “nuestro sentido de justicia encontraría intolerable renunciar al castigo y dejar que queden impunes quienes asesinaron a miles, cientos de miles y millones.”¹⁷⁸ Por consiguiente, las violaciones graves a derechos humanos no deben esquivar la vía jurídica, la cual se encuentra entrelazada con la memoria toda vez que llevándose a cabo un juicio penal es posible conocer el pasado y acceder a la verdad.¹⁷⁹

Cortés estima que se deben conjugar dos tipos de verdades; la verdad fáctica y la verdad como reconocimiento. La primera dice relación con el esclarecimiento de los hechos y las circunstancias bajo las que se violaron derechos humanos; la segunda, significa reconocer públicamente las aberraciones políticas y que los perpetradores reconozcan las violaciones a derechos humanos cometidas.¹⁸⁰

Así pues, en un contexto en el que el pasado sigue perturbando el presente, surge la interrogante sobre las posibilidades de reconciliación que, entendida por Heinrich, es el “restablecimiento del poder vivir en un mundo compartido”,¹⁸¹ lo que sólo sería posible en condiciones de verdad y justicia.

Lo crucial para la reconciliación es que las víctimas y autores de las violaciones a derechos humanos, así como terceros, se consideren a sí mismos igualmente víctimas de la violencia que destruyó la fraternidad política.¹⁸² Entonces, requisito de reconciliación es que las partes del conflicto se encuentren en posiciones de simetría que les permita llegar a vivir en un mundo compartido.

Al respecto, Beade estima que la reconciliación se alcanzaría con un reproche de por medio, pues ha quedado de manifiesto que durante el periodo en que no hubo persecución criminal a los perpetradores de las violaciones a derechos humanos “sólo intentaron reivindicar

¹⁷⁷ MAÑALICH, ref. 108, p. 40.

¹⁷⁸ ACCATINO, D. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política criminal*, vol. 14, no 27, 2019, pp. 47-64. p. 60.

¹⁷⁹ ANITUA, G. I. y BERGALLI, R. Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro. Un relato a partir de una polémica del presente. *Revista Penal*, 2004. p. 11.

¹⁸⁰ CORTÉS, ref. 166, p. 80.

¹⁸¹ MAÑALICH, ref. 108, p. 43.

¹⁸² MAÑALICH, ref. 181.

aquello que hicieron, y desconocieron los juicios y los testimonios de las víctimas.”¹⁸³ Entonces, abandonar la pretensión condenatoria se corresponde con garantizar altos niveles de impunidad, es decir, la ausencia de discusión jurídica niega el pasado y constituye la “glorificación de los victimarios.”¹⁸⁴

Por consiguiente, los juicios penales se constituyen como una herramienta para conocer la verdad sobre los hechos, culminando con la imposición de la pena. Sin que la verdad salga a la luz no es posible que se desarrolle una memoria colectiva en la que todos los actores de la sociedad se reconozcan como víctimas del pasado represivo susceptibles de reconciliación.

Al respecto, Etxeberria considera que “el modo más adecuado de hacer verdad en nuestras sociedades es la vía judicial... La verdad judicial debe completarse con la verdad histórica que pase a formar parte de la socialización de los ciudadanos.”¹⁸⁵

1.1. ¿Perdón y olvido?

A continuación, cabe reflexionar sobre el perdón, el cual también está íntimamente vinculado con la verdad y la memoria, pues es todo lo contrario al olvido y la negación. “Lo que se olvida no se perdona,”¹⁸⁶ va de la mano con la autenticidad y memoria, pues se debe mantener en el tiempo, lo cual es imposible que ocurra si se olvida lo perdonado.

En palabras de Margalit, “el perdón no se manifiesta en el olvido de lo injusto, sino que, antes bien, en dejarlo de lado conscientemente en lo que concierne a nuestra relación con el hechor. Una cultura del perdón y de la reconciliación no es en modo alguno una cultura del olvido.”¹⁸⁷

Por consiguiente, “...cualquier alegato a favor del olvido equivale a un alegato a favor de una forma de comunidad que renuncia a registrar el hecho de su fractura y de la contingencia de su eventual reconstrucción, es decir, a favor de una forma de comunidad estructurada sobre una falsa conciencia.”¹⁸⁸

¹⁸³ BEADE, G. Las razones del castigo retributivo. *¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?. Pensar en Derecho*, vol. 6, 2015, pp. 173- 194. p. 183.

¹⁸⁴ ANITUA y BERGALLI, ref. 178, p. 11.

¹⁸⁵ ETXEBERRIA, X. Impunidad y perdón en la política. *Reflexión Política*, vol. 3, no 5, 2001. p. 5.

¹⁸⁶ ETXEBERRIA, ref. 185, p. 1.

¹⁸⁷ MAÑALICH, ref. 108, p. 47.

¹⁸⁸ MAÑALICH, ref. 108, p. 45.

Ahora bien, hay características del perdón que no lo harían compatible con la reconciliación, pues, en primer lugar, aquel refleja que las partes de un conflicto se encuentran en posiciones asimétricas, es decir, una parte pide perdón y la otra perdona. Ésta última es la víctima, la cual no puede ser sustituida ni delegable y, por ende, encarna una dimensión personal, aunque no asimilable a privada, porque también puede proyectarse de forma pública y colectiva.¹⁸⁹

En cuanto a la relación con la justicia penal, el perdón no puede reemplazarla, más bien, la abarca, siendo relevante para la dimensión pública. Pretender que el perdón sustituya a la justicia es colaborar con la impunidad de los perpetradores de las violaciones a derechos humanos, quienes deben manifestar un genuino arrepentimiento, lo cual es absolutamente personal, unilateral y no “se puede autenticar de manera empírica ni se puede imponer políticamente.”¹⁹⁰

Así pues, es incompatible desconocer los hechos y pedir perdón al mismo tiempo, porque “el olvido prolonga en el presente y hacia el futuro la estigmatización de las víctimas, de sus proyectos históricos, de sus sueños y utopías. Aceptar el olvido es asentir y compartir con los victimarios el exterminio de todo esto, que era el objetivo de los crímenes de lesa humanidad.”¹⁹¹

Entonces, queda de manifiesto que el sentido del perdón es la liberación unilateral de la culpabilidad, requiriendo para ello que las partes involucradas se encuentren vinculadas recíprocamente de antemano, es decir, que ya se hubiera producido la reconciliación, quedando por establecida la verdad de lo ocurrido por medio de la aplicación de justicia.

2. Pena Retributiva

En el segundo capítulo ya quedó establecido qué clase de justicia es la idónea para los casos de violaciones graves de derechos humanos, pudiendo profundizar a continuación que la justicia retributiva tiene por objeto el establecimiento de la verdad sobre los hechos ocurridos en la dictadura, así como hacer que los perpetradores de las graves violaciones a derechos humanos admitan los hechos cometidos y “asuman su responsabilidad política y moral.”¹⁹²

¹⁸⁹ ETXEBERRIA, ref. 185, p. 2.

¹⁹⁰ ETXEBERRIA, ref. 189.

¹⁹¹ CABRERA, L. El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. *Pensamiento jurídico*, no. 36, 2013, pp. 173-188. p. 181.

¹⁹²CORTÉS, ref. 180.

Ahora bien, lo distintivo de la fundamentación retributiva de la justificación de la pena dice relación con la exigencia de culpabilidad “como una condición necesaria y suficiente de la imposición de la pena.”¹⁹³

Sin un entendimiento de la culpabilidad desde esa perspectiva, es decir, si solo se estableciera como condición necesaria, pero no suficiente – como ocurre en el caso de teorías preventivas- podrían darse situaciones en que no hubiera necesidad de imponer la pena por razones de prevención, a pesar de satisfacerse la exigencia de culpabilidad y, por consiguiente, el merecimiento de la pena.

Por supuesto, como ya ha quedado demostrado, lo anterior es absolutamente inadmisibles y contrario a las pretensiones punitivas para casos de violaciones graves a derechos humanos.

2.1. Penas retributivas como acciones comunicativas

La pena entendida como irrogación de un mal se constituye como “un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como juicios de desaprobación y reprobación, ya sea a nombre de la propia autoridad sancionatoria o a nombre de aquellos en cuyo nombre la sanción es impuesta.”¹⁹⁴ De esta forma, la pena se establece como expresión de reprobación institucionalizada.

Ahora bien, podría sostenerse que aquello fuera funcional a teorías de la pena distintas de la retribución; por ejemplo, respecto a la expresión de la pena conforme a la prevención general, el hecho delictivo se interpreta “como un mensaje en el sentido que la sociedad co-constituida por la norma quebrantada “no debe ser.”¹⁹⁵ Así también, conforme a la prevención especial, la pena se impondría como expresión de rehabilitación para el recluso, pero, en contraposición a tal interpretación del quebrantamiento de la norma penal, bajo la teoría retributiva se considera que tal acción “expresa una falta de reconocimiento del carácter vinculante. El autor del hecho punible expresa, a través de su comportamiento, una falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción,”¹⁹⁶ lo cual no significa abogar por un proyecto social distinto.

¹⁹³ MAÑALICH, ref. 108, p. 62. La misma idea se expresa en LANDA, ref. 69, p. 27.

¹⁹⁴ MAÑALICH, ref. 108, p. 68.

¹⁹⁵ MAÑALICH, ref. 108, p. 72.

¹⁹⁶ MAÑALICH, ref. 195.

Lo que hace el autor del delito es aprovecharse injustamente de las condiciones ventajosas que aseguran las normas para todos, lo cual con ciertas condiciones justificaría un reproche de culpabilidad, entonces la pena vendría a constituir la materialización de ese reproche, sentando “las bases de una teoría expresivo retribucionista de la justificación de la pena.”¹⁹⁷

Cabe destacar que para la constitución de tal reproche es necesario que la norma penal sea legítima, de lo contrario, el reproche no se justifica y, por ende, tampoco la punición.

Así pues, la pena no se impone “para que a través de la expresión de reproche el propio sujeto penado o la generalidad sean intimidados o vean reforzada su disposición a observar las normas vigentes,”¹⁹⁸ pues si fuera de esa forma no constituiría un reproche sincero, sino una ficción del mismo.

A partir de aquello es que el reproche se materializa en la irrogación de un mal que, en palabras de Feinberg, constituye la manera de expresar reprobación.¹⁹⁹ Ahora bien, el reproche merecido no toma lugar con el veredicto del juez o la determinación de la culpabilidad, pues esta última es un requisito procedimental que comprueba el merecimiento de la pena.

Además, cabe destacar que la irrogación del mal, en tanto materialización del reproche jurídico penal, no se da en una situación de relaciones íntimas personales, sino en un contexto de relaciones anónimas, por lo que una mera declaración de reproche no constituiría su materialización, requiriendo necesariamente de la irrogación de dicho mal. En términos de Hegel, “así como el delito de objetivación de una voluntad particular cuyo valor declarativo es la lesión del derecho en cuanto derecho, la pena ha de consistir en la objetivación de una voluntad (general) de cancelación de esa voluntad, que constituye el restablecimiento del derecho.”²⁰⁰

Beade estima que el castigo tiene una finalidad expresiva de la comunidad, en tanto desaprueba un acto que, en principio, es prohibido.²⁰¹ Para el autor, esa expresión de resentimiento e indignación constituye un juicio de reprobación y desaprobación, conformándose un componente comunicativo que lo diferenciaría de la venganza. Sin embargo, Mañalich agrega que tal componente expresivo se encuentra vinculado a un

¹⁹⁷ MAÑALICH, ref. 108, p. 73.

¹⁹⁸ MAÑALICH, ref. 108, p. 76.

¹⁹⁹ MAÑALICH, ref. 108, p. 81.

²⁰⁰ MAÑALICH, ref. 108, p. 82.

²⁰¹ BEADE, ref. 183, p. 190.

horizonte normativo que, valida el reproche penal, siendo subyacente la emoción de indignación moral, lo que resulta clave para diferenciar la retribución de la venganza, pues, de forma más clara, el fundamento se encuentra en que el juez aplica la pena establecida en la ley, la cual es manifestación de la voluntad general de la comunidad, a la que también pertenece el penado.²⁰²

Al respecto, Accatino esgrime que al llamar a los perpetradores a juicio se los incluye como partícipes de la comunicación y miembros de la comunidad política, la que se define por los valores manifestados en las normas quebrantadas.²⁰³

La autora establece que la expresión comunicativa se articula en una triada compuesta por “quien ha sido declarado culpable, la o las víctimas afectadas directamente y la comunidad política ante la cual responde.”²⁰⁴ Bajo tal esquema, plantea que la pena se dirigiría al condenado con la pretensión de que éste aceptara el reproche expresado. Ahora bien, tal como se esgrimió en el capítulo anterior, no es necesaria la aceptación de la pena por parte del condenado, pues siendo un reproche personalísimo “encierra un reconocimiento de su agencia racional como razón suficiente para la respuesta punitiva.”²⁰⁵

Contrario a aquello, frente a la pena retributiva, la pena preventiva constituye una acción estratégica bajo la cual el receptor del reproche se encuentra desvinculado de la comunicación, erigiéndolo como un objeto de táctica y, por ende, instrumentalizándolo.²⁰⁶ Al respecto, cabe recordar lo reflexionado en el capítulo anterior, que la pena retributiva ofrece una oferta incondicionada de entendimiento con el destinatario del reproche, implicando que es partícipe en la comunicación y, por ende, se trata de una acción comunicativa.²⁰⁷

No obstante, hay autores que persisten en la instrumentalización de los condenados, tal como lo hace Beade, para quien la expresión comunicativa del reproche no sólo se dirige al condenado, sino también a la comunidad, constituyéndose obligaciones que “no sólo incluyen el modo en que el ofensor es castigado, sino, principalmente, la forma en que será recuperado para la comunidad.”²⁰⁸

²⁰² MAÑALICH, ref. 108, p. 93.

²⁰³ ACCATINO, ref. 178, p. 56.

²⁰⁴ ACCATINO, ref. 178, p. 51.

²⁰⁵ MAÑALICH, ref. 108, p. 85.

²⁰⁶ MAÑALICH, ref. 108, p. 86.

²⁰⁷ MAÑALICH, ref. 205.

²⁰⁸ BEADE, ref. 183, p. 191.

A su vez, Cortés, asimila el castigo de forma pasional con la venganza y la retribución, esgrimiendo su justificación en función de la mejora del autor a través de la resocialización o en función de la seguridad del resto.²⁰⁹

Al respecto, ya se han esgrimido los argumentos que refutan tales concepciones, siendo reafirmado por Accatino que la justificación de la pena se encuentra en el merecimiento del sujeto al que se le comunica el reproche, no en la obtención de otros fines.²¹⁰

Por su parte, Baratta, si bien a modo de crítica del sistema penal, hace una certera descripción de este, esgrimiendo que la respuesta penal es de tipo simbólica y no instrumental, interviniendo sobre los efectos de la violencia y no sus causas, además, sobre las personas y no sobre las situaciones, de manera reactiva y no preventiva.²¹¹

Por consiguiente, es necesario dejar claro que el condenado es penado por sus hechos, en tanto “responsable *por algo y frente a alguien*.”²¹² Al respecto, el autor del reproche reconoce al penado como capaz, a la vez que establece el vínculo normativo entre el hecho delictivo, objeto del reproche, y la pena como expresión de ese reproche. Justamente aquello es lo que no se observa en el fin preventivo especial de la pena, pretendiendo corregir las disposiciones conductuales del condenado.²¹³

3. Ejecución de la pena

Como quedó establecido, la pena se establece como expresión de reproche, consistiendo aquello en la irrogación de un mal. Tal irrogación de un mal constituye la ejecución fáctica de la pena judicialmente impuesta, configurándose una respuesta institucional, estructurada de manera simbólica al delito como hecho entendido igualmente institucional. Por consiguiente, la pena y el delito se corresponden recíprocamente.²¹⁴

Conforme a Binding, la ejecución de la pena se relaciona con el derecho estatal, correlacionado, a su vez, con el deber infringido por el perpetrador del delito, lo cual se

²⁰⁹ CORTÉS, F. El fin de la pena en la justicia transicional. En: AMBOS, K.; CORTÉS, F. y ZULUAGA, J. *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Bogotá: Editorial Géminis Ltda., 2018. p. 74.

²¹⁰ ACCATINO, ref. 178, p. 57.

²¹¹ BARATTA, A. Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal. *Nuevo Foro Penal*, no 46, 1989, pp. 443-457. p. 448.

²¹² MAÑALICH, ref. 108, p. 88.

²¹³ MAÑALICH, ref. 212.

²¹⁴ MAÑALICH, ref. 108, p. 94.

traduce en que “a través de la punición de la pena retributiva el derecho se reconcilia consigo mismo.”²¹⁵

Entonces, se sustituye la prestación fallida por otra prestación equivalente, consistente ésta última en tolerar la ejecución de la pena. Ahora bien, la pena es coacción, pero no de cumplimiento ni de aseguramiento, sino una coacción retributiva, operando como coacción física, en el sentido de que la prestación impuesta sobre el sujeto se realiza inmediatamente, siendo distintivo que el cumplimiento de tal prestación es una subrogación del cumplimiento del deber originario, el cual ya fue infringido.²¹⁶

La pena es una forma de consecuencia jurídica que, en términos kantianos, se traduce en la imposición de la pena “como acción objetivamente necesaria tomada por sí misma, sin referencia a otro fin ulterior.”²¹⁷

En este punto, cabe mencionar la existencia de la concepción deontológica del principio retributivo, por el cual la norma de sanción penal también se dirigiría como norma de comportamiento al juez, imponiéndole el deber de sancionar al sujeto al que se le comprobó su culpabilidad. Ahora bien, no hay consenso sobre tal obligación derivada de la sanción penal, pero Mañalich advierte que bajo una concepción retribucionista de la pena es indiscutible que la punición del culpable es correcta en sí misma, sin hacer “referencia a un fin ulterior que pudiese o tuviese que ser alcanzado mediante la imposición y ejecución de la pena.”²¹⁸ Así pues, el fin de la pena, consistente en el restablecimiento de la autoridad del derecho, se alcanza con la ejecución de la pena.²¹⁹

Entonces, conforme a Binding, la punición es un hecho libre, no un deber del Estado, pues aquel deber no surge solo del delito, sino que también está “condicionado por la necesidad de reafirmar la autoridad del derecho quebrantado,”²²⁰ lo cual explica que haya un espacio para que el Estado pueda realizar actos de gracia, liberando al culpable del padecimiento de la sanción.

Ahora bien, cabe destacar que, si el Estado renuncia a la punición, argumentando la falta de necesidad del restablecimiento de la autoridad del derecho, implicaría renunciar, de igual

²¹⁵ MAÑALICH, ref. 108, p. 100.

²¹⁶ MAÑALICH, ref. 215.

²¹⁷ MAÑALICH, ref. 108, p. 101.

²¹⁸ MAÑALICH, ref. 108, p. 103.

²¹⁹ MAÑALICH, ref. 108, p. 108.

²²⁰ MAÑALICH, ref. 108, p. 106.

modo, a la punición fundamentada en la retribución de culpabilidad, a pesar de que el autor del delito mereciera la pena.

Al respecto, cabe recordar que, como quedó demostrado, para el caso de las violaciones graves a derechos humanos, el Estado tiene la obligación de castigar a los responsables, no pudiendo otorgar gracias. Por consiguiente, en esos casos teniendo el Estado un deber sancionador, “resultaría inconcebible que mediante un acto de gracia el Estado pudiese liberar al responsable del padecimiento de la sanción punitiva.”²²¹

Sobre este punto, es necesario hacer mención al artículo 38 del Reglamento de la Libertad Condicional, Decreto Supremo 2442, por el cual se establece que “cuando un condenado en libertad condicional haya cumplido la mitad de esta pena, obteniendo invariablemente las mejores calificaciones por su conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio, podrá solicitar al Supremo Gobierno, por intermedio del Tribunal de Conducta respectivo, que le indulte el tiempo que le falte.”

Al respecto, Joinet ha establecido que el indulto “constituye un mecanismo discrecional para evadir la acción judicial”²²² definiéndose más específicamente como “un acto oficial que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación de la pena en todo o en parte, sin borrar la condena en que se basa.”²²³

En primer lugar, ya se esgrimieron los argumentos sobre el sin sentido de los requisitos de la libertad condicional para los condenados por violaciones graves a derechos humanos y, en segundo lugar, debe quedar claro que “el indulto constituye, tal como su conceptualización tradicional parece estar reconocida constitucionalmente, una instancia de gracia en sentido estricto.”²²⁴ Por consiguiente, en relación a lo que se venía describiendo, en tanto el Estado tiene la obligación de sancionar a los criminales de lesa humanidad y, por ende, no conceder gracias, el indulto no debe ser concedido en tales casos.

²²¹ MAÑALICH, ref. 220.

²²² NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto* [en línea]. 2009 [consulta: 8 octubre 2019] Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf p. 5

²²³ NACIONES UNIDAS, ref. 222.

²²⁴ MAÑALICH, ref. 108, p. 152.

3.1. Ejecución de una pena retributiva y la Libertad Condicional

A continuación, cabe reflexionar sobre cómo se conjuga la libertad condicional con lo expuesto, pues como ya quedó demostrado, la libertad condicional es un beneficio que se otorga tras el reconocimiento de que el condenado se encuentra en pleno proceso de reinserción social, entendiéndolo como el fin de la pena. Ahora bien, ya se argumentó que para los casos de violaciones a derechos humanos la finalidad de la pena no se condice con la prevención especial encarnada por la libertad condicional, afirmándose que la ejecución de una pena retributiva igualmente debe ser retributiva, en tanto la prestación infligida por el Estado consiste en que el culpable tolere la ejecución de la pena.

Entonces, si al penado se le otorga un beneficio -como la libertad condicional-, implica que con posterioridad a la sentencia condenatoria se interfiere en la tolerancia de la pena, liberando al penado del padecimiento de la sanción, aceptando que al condenado le sea tolerable padecer solo cierto tiempo la sanción, pero no su totalidad.

Al respecto, cabe volver a reafirmar que la libertad condicional constituye un beneficio y no un derecho, pues tras todo lo expuesto, se concluye que tal institución se corresponde con el fin preventivo especial de las penas, el cual no se condice con el fin retributivo de la pena, que cobra especial relevancia para los casos de violaciones graves a derechos humanos, en tanto -como ya se expuso- la sanción se establece en función de: "a) la pena señalada por la ley al delito; b) la etapa de desarrollo del delito, y c) el grado de participación del condenado en el delito. [...] Significa en la práctica establecer en un caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, cómplice o encubridor."²²⁵

Respecto a la ejecución y cumplimiento de la pena, el artículo 79 e inciso 1° del artículo 80 del Código Penal describen, respectivamente, "no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada", "tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". Aquello es reflejo del principio de legalidad de la pena, *nullum crimen nulla poena sine lege*, por el cual se refuerza que la pena impuesta no puede cumplirse haciendo caso a elementos distintos a los expresamente definidos en la norma de sanción penal. Así pues, no se puede imponer una ejecución de la pena por fines ajenos a la norma misma, bajo la

²²⁵ POLITOFF y otros, ref. 39, p. 494.

cual se responde a una infracción a través de la tipificación de la conducta y su respectiva sanción.

En consecuencia, quienes conciben la libertad condicional como un derecho establecen que el fin preventivo especial es directriz de la ejecución de la pena, lo cual, como quedó claro, es contradictorio y excluyente, pues la imposición de una pena que responda a un fin retributivo no puede ser ejecutada de manera preventiva.

En palabras de Binding: "Toda pena es pena orientada a una finalidad. La finalidad jurídica de toda pena, según la concepción respectivamente dominante del derecho vigente, es íntegramente alcanzada a través de la ejecución de la pena. No hay finalidad punitiva alguna que se encuentre más allá de la ejecución."²²⁶

Por tanto, la libertad condicional es un beneficio existente en el ordenamiento chileno que, en atención al fin retributivo de la pena, no debe ser concedido a condenados por casos de violaciones graves a derechos humanos.

²²⁶ MAÑALICH, J. P. *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Chile: Thomson Reuters, 2018. p. 53

Conclusiones

1. La libertad condicional surge en el extranjero como el resultado de prácticas penitenciarias que se remontan a los siglos XVIII y XIX, para luego consagrarse en Chile en 1925, a través del Decreto Ley N°321, en conjunto con su reglamento, Decreto Supremo N°2442, bajo un sistema de pena prefijada, es decir, la libertad condicional es concedida una vez que se ha cumplido parte de la pena.

El artículo 1° del Decreto Ley N°321 define la libertad condicional como “un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad y a quien se le concediere, demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social. La libertad condicional es un beneficio que no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por la persona condenada...” Entonces, se le han asignado dos finalidades: Constituir un medio de prueba de la rehabilitación del condenado y una recompensa, pues sólo es otorgada al recluso que demostró una conducta y comportamiento sobresaliente durante su estadía en prisión.

Así pues, para acceder a su concesión se deben satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto Ley N°321, los que hacen referencia al tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad, denominado “periodo de aseguramiento”, además de la evaluación conductual dentro del establecimiento penitenciario. Entonces, el paso del tiempo respondería a un criterio objetivo, mientras que los funcionarios al interior de los recintos penitenciarios ejercerían un control subjetivo al evaluar el cumplimiento de las actividades descritas en el Decreto Ley y en su reglamento, además de elaborar el informe psicosocial que da cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos.

2. El objetivo de la libertad condicional es la reinserción de los condenados, entendiendo por tal que en un futuro en libertad no vuelvan a delinquir, lo cual se lograría como consecuencia del trabajo realizado al interior de los recintos penitenciarios, proyectando que la falta de ocupación laboral constituiría la causa de la comisión de delitos y, por tanto, explica la razón de que se ponga especial atención a los progresos laborales a la hora de evaluar los requisitos de postulación.

Se evidencia que el fundamento de la libertad condicional se vincula al fin preventivo especial de la pena, bajo el cual la pena es un medio para alcanzar la prevención, es decir, evitar la comisión de futuros delitos. Tal propósito se alcanzaría a través de la resocialización del autor del delito, sin embargo, si no fuera posible, habría que segregarlo del grupo para impedir la comisión de nuevos delitos.

La principal crítica que puede realizarse es la imposibilidad de control sobre el fuero interno y, por ende, sobre el control volitivo de las personas, siendo un objetivo imposible de comprobar anticipadamente, como se pretende con la libertad condicional.

3. Pues bien, si la libertad condicional responde al fin preventivo especial de la pena, podría llegar a sostenerse que su concesión forma parte integrante de la ejecución de la pena privativa de libertad, suponiendo un criterio automático de concesión y, por ende, un derecho del condenado. Sin embargo, tal postura es tremendamente discutida, estableciéndose que, en realidad, la libertad condicional constituye un beneficio sólo para quienes han satisfecho los requisitos establecidos, así como que su concesión depende de la mayoría o unanimidad de los votos de la Comisión de Libertad Condicional, según corresponda.

A su vez, la Ley N°21.124, introdujo una serie de modificaciones al Decreto Ley N°321, estableciéndose expresamente en el artículo 2° que la libertad condicional constituye un beneficio y no un derecho.

4. En materia de derechos humanos se introdujo una importante modificación, pues en el artículo 3°bis se incluyó a “personas condenadas por delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, inhumación o exhumación ilegal, tormentos o rigor innecesario, y asociación ilícita, que la sentencia, en conformidad al derecho internacional hubiere considerado como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación o clasificación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena; o por alguno de los delitos tipificados en la Ley N°20.357; podrán postular a este beneficio cuando, además de los requisitos del artículo 2° hubieren cumplido dos tercios de la pena o, en caso de presidio perpetuo, los años de privación de libertad efectiva

establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 3º, según corresponda...”.

Al respecto, haciendo un paralelo de las disposiciones chilenas con el artículo 110 del Estatuto de Roma y la Regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se puede establecer que, si bien el Estatuto de Roma sólo es aplicable de forma directa a resoluciones de la propia Corte Penal Internacional, su relevancia trasciende tal Corte, reconociéndose como estándar internacional exigible para la ejecución de condenas por delitos de lesa humanidad. Afortunadamente, Chile no se encuentra lejos de tal estándar, sin embargo, es necesario mencionar ciertas diferencias, tales como los años contemplados por el periodo de aseguramiento, que en Chile no se considera la ancianidad o enfermedad de los condenados, además de que en lo tocante a las víctimas y sus familiares, el criterio del ordenamiento chileno se restringe a actos o expresiones que pudiera realizar el condenado, mientras que la Regla 223 es genérica, refiriéndose a los “efectos” sobre las víctimas o familiares.

5. Tras el genocidio sin precedentes que significó la Segunda Guerra Mundial, que motivó la creación de las Naciones Unidas, cuya Asamblea General aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, se consagró un nuevo orden internacional, sirviendo como antecedente para la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A partir de entonces, se ha caracterizado como violaciones graves, masivas y sistemáticas aquellas que obedecen a una política de gobierno, teniendo como autor al mismo Estado, cuyos elementos constitutivos son la planificación, masividad y sistematicidad, afectando a la humanidad toda y, por ende, también se asocian con los “crímenes de lesa humanidad”, definidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, destacando que tales crímenes son de carácter excepcionalísimo, es decir, se diferencian de los delitos comunes, consagrándose su imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistía, además de su aplicación retroactiva.

6. Conforme al DIDH, los Estados se han comprometido a cumplir con distintas obligaciones, destacándose las generales y principales, éstas últimas integradas por la obligación de respeto y garantía, comprendiendo la obligación de investigar, juzgar y reparar que consagran el derecho a la justicia, derecho a la verdad, derecho a la reparación y garantías de no repetición; todo lo cual se

orienta a combatir la impunidad, la cual se asocia a la falta de procesamiento judicial y la consecuente sanción, que no sólo debe imponerse, sino que además debe tratarse de una pena adecuada, entendiendo por tal aquella que es proporcional a la gravedad del delito, el grado de participación del hechor, así como el grado de desarrollo del delito, requiriendo que las sanciones sean efectivas y no simbólicas como lo sería la imposición de penas ínfimas o ilusorias, que pudieran significar simplemente una apariencia de justicia. Lo descrito se corresponde con la teoría retributiva sobre los fines de la pena.

7. En Chile los condenados por crímenes de lesa humanidad fueron condenados a penas retributivas que, sin embargo, son de corta duración y fueron impuestas a sujetos que están cercanos, tienen o incluso superan la edad de jubilación, encarnando una edad promedio cercana a los 70 años. Por supuesto, tales características imposibilitan que los sujetos nuevamente delinca, además de ser aún menos probable que vuelvan a cometer crímenes de lesa humanidad, pues condición de aquello sería la instauración de un régimen político estatal acorde con sus convicciones, en el que además fueran agentes partícipes activos.

Consecuente con el fin resocializador de la prevención especial, el ideal resocializador de la libertad condicional vincula la reincidencia con la tenencia de un trabajo, abarcando únicamente a delincuentes comunes, cuya causa de criminalidad se relaciona con la falta de ocupación laboral, comprendiendo la reinserción social en base a factores de riesgo de reincidencia delictual.

Aquella pretensión, por supuesto, se aleja de las posibilidades reales de alcance respecto a la población penal condenada por violaciones graves a derechos humanos, cuya característica principal es la ancianidad y, por tanto, la concepción de resocialización pierde sentido frente a tales delincuentes.

8. En cuanto a la caracterización criminológica de los violadores de derechos humanos, se puede sostener que se corresponde con la de delincuentes por convicción, es decir, son delincuentes que actúan motivados por una convicción política, la cual es determinante para cometer los hechos delictivos y, a su vez, son sujetos que conocen la norma penal prohibitiva, sin embargo, igual deciden llevar adelante sus crímenes, en circunstancias que podían decidirse en favor del derecho.

Los delincuentes por convicción se diferencian de los autores por conciencia, quienes se caracterizan por actuar motivados por una alta norma ética que los fuerza a actuar, evitando una difamación de su personalidad; se sacrifican por sus convicciones; las manifiestan públicamente y; actúan con honestidad. Son autores que no estaban en situación de poder decirse contra el injusto y por el Derecho, tal como sujetos perseguidos durante el Tercer Reich.

Quienes cometieron las graves violaciones de derechos humanos siendo jóvenes, luego continuaron con sus vidas sin conflictos y, tras haberse esforzado por impedir a toda costa ser capturados y castigados, recién en la ancianidad terminaron siendo condenados, manifestando hasta la actualidad falta de sinceridad, conciencia y nulo arrepentimiento por los hechos cometidos. Aquello no es sino otra evidencia de que los criminales de lesa humanidad perduran en su convicción y ésta no cambiará con programas de resocialización, menos con aquel establecido por el beneficio de la libertad condicional, pues la delincuencia por convicción no respeta los principios de universalidad y dignidad humana, tampoco los principios más básicos de los ordenamientos jurídicos de un Estado democrático, por consiguiente, son autores que no pueden ser atenuados conforme a la prevención especial.

9. El rol que juega el derecho en la punición de los crímenes de lesa humanidad lleva implícito la coherencia entre el pasado y el presente, pues el hecho juzgado es pasado y el juzgamiento de aquel es presente. Por consiguiente, al aplicar el derecho no se lograría el quiebre definitivo entre el pasado y el presente de la comunidad política, sino que jurídicamente se constituiría la memoria, es decir, el pasado recuperado estaría reconciliado con el presente.

La reconciliación implica poder vivir en un mundo compartido bajo condiciones de verdad y justicia en que las partes del conflicto se encuentren en posiciones de simetría, siendo necesario para su consecución la atribución de un reproche que garantice ausencia de impunidad, por ende, los juicios penales se constituyen como una herramienta para conocer la verdad sobre los hechos, culminando con la imposición de la pena.

En tal sentido, pretender que el perdón sustituya a la justicia es colaborar con la impunidad de los perpetradores de las violaciones a derechos humanos, quienes deben manifestar un genuino arrepentimiento, lo cual es absolutamente personal, unilateral y no es posible comprobar en términos empíricos, así como tampoco puede imponerse políticamente.

10. La fundamentación retributiva de la pena cumple con las necesidades de verdad y justicia, constituyéndose la culpabilidad como condición necesaria y suficiente para la imposición de la sanción, la cual es entendida como irrogación de un mal, es decir, un mecanismo convencional que expresa actitudes de resentimiento e indignación, además de juicios de reprobación y desaprobación a nombre de la autoridad que sanciona o a nombre de las víctimas. De esta forma, la pena se establece como expresión de reprobación institucionalizada, para lo cual es crucial que esté tipificada en la ley, pues solo aquella es manifestación de la voluntad general de la comunidad, a la que también pertenece el penado.

En tal sentido, la pena se establece como reproche personalísimo por la cual se reconoce la agencia racional como razón suficiente para dar respuesta punitiva, siendo contingente para el penado su aceptación.

11. La justificación de la pena se encuentra en el merecimiento del sujeto al que se le comunica el reproche, no en la obtención de otros fines. Así pues, el fin de la pena, consistente en el restablecimiento de la autoridad del derecho, se alcanza con la ejecución de la pena, es decir, el condenado debe tolerar el padecimiento de la pena, siendo imperativo que esta se lleve a cabo para el caso de los derechos humanos, pues el Estado tiene la obligación internacional de sancionar a los responsables, no pudiendo otorgar gracias que interfieran en el padecimiento de la sanción, tal como sucedería con la concesión de la libertad condicional, además del indulto.

Es patente que la imposición de una pena retributiva debe corresponderse con su cumplimiento efectivo, quedando claro que, conforme al principio de legalidad descrito en el artículo 79 e inciso 1° del Código Penal, no se puede imponer una ejecución de la pena por fines ajenos a la norma misma y, por consiguiente, no hay asidero legal para seguir considerando que la libertad condicional es un derecho, más bien es un beneficio existente en el ordenamiento chileno que no debe ser concedido a condenados por casos de violaciones graves a derechos humanos.

Bibliografía

Libros y artículos de revistas

1. ACCATINO, Daniela. ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política criminal*, vol. 14, no 27, 2019, pp. 47-64.
2. AGUIRRE, Luppy; HORVITZ, María Inés. *Derecho de ejecución de penas. El sistema penitenciario chileno*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Justicia Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007.
3. AHUMADA, Héctor; GRANDÓN, Pamela. Significados de la reinserción social en funcionarios de un centro de cumplimiento penitenciario. *Psicoperspectivas*, vol. 14, no 2, 2015, pp. 84-95.
4. AMBOS, Kai. Derechos humanos y derecho penal internacional. *Diálogo Político*, vol. 3, 2004, pp. 85-115.
5. AMBOS, Kai. Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional. *Nueva Sociedad*, vol. 161, 1999, pp. 86-102.
6. AMBOS, Kai; STEINER, Christian. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º ed., no 12, 2003, pp.191-211.
7. ANITUA, Gabriel I; BERGALLI, Roberto. Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro. Un relato a partir de una polémica del presente. *Revista Penal*, 2004.
8. BAENE, Eudith; SANGUINO, Kenny. La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, no 12, 2017.
9. BARATTA, Alessandro. Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal. *Nuevo Foro Penal*, no 46, 1989, pp. 443-457.
10. BAUCCELLS, Joan. *La delincuencia por convicción*. Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2000.

11. BEADE, Gustavo. Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?. *Pensar en Derecho*, vol. 6, 2015, pp. 173- 194.
12. CABRERA, Lizandro. El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. *Pensamiento jurídico*, no. 36, 2013, pp. 173-188.
13. CASTRO, Susana. Régimen punitivo para ancianos, enfermos terminales y personas que padecen enfermedades graves, crónicas e incurables. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2019.
14. CÓRDOBA, Miguel; RUIZ, Carmen. Teoría de la pena, Constitución y Código Penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 71, 2001, p. 56-79.
15. CORTÉS, Francisco. El fin de la pena en la justicia transicional. En: AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco; ZULUAGA, John. *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Bogotá: Editorial Géminis Ltda., 2018.
16. CORTÉS, Francisco. Los derechos de las víctimas de la violencia política a la verdad, la reparación y la justicia. Reflexiones sobre cuatro casos en América Latina. *Estudios Políticos*, no 31, 2007, pp. 61-86.
17. CURY, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 41, no 3, 1988, pp. 685-702.
18. DONDÉ, Javier. El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2010.
19. DOUZINAS, Costas. El fin (al) de los derechos humanos. *REVISTA IUS*, vol. 2, no 22, 2008, pp. 6-34.
20. ETXEBERRIA, Xabier. Impunidad y perdón en la política. *Reflexión Política*, vol. 3, no 5, 2001.
21. FAÚNDEZ, Héctor. Derecho internacional, impunidad y responsabilidad del Estado. *Nueva Sociedad*, no. 161, 1999, pp. 103-118.

22. FAÚNDEZ, Sergio; LAVANDEROS, Constanza. La libertad condicional análisis actual y jurisprudencial período 2010-2016. Tesis de pregrado. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2017.
23. FERNÁNDEZ, Tomás. ¿Retribucionismo solo para delitos de lesa humanidad?. *Lecciones y Ensayos*, no. 99, 2017, pp. 247-267.
24. FIGUEROA, Ulda. La libertad condicional como mecanismo de prevención del delito y promotor de la reinserción social: Propuestas para una reforma basada en evidencia. *Derecho y Justicia*, 2016, pp. 9-28.
25. FONCEA, María Isabel. Revisión del instituto de la libertad condicional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no 15, 2010, pp. 459-473.
26. GARCÍA, Benito. Concesión de libertad condicional a condenados por crímenes cometidos en el contexto de violaciones a los derechos humanos en el periodo 1973-1990 en Chile. Tesis de Pregrado. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2018.
27. GARCÍA-PABLOS, Antonio. La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 32, no 3, 1979, pp. 645-700.
28. GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Siglo XXI, 1999.
29. GONZÁLEZ, Julio. La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal. *Estudios Políticos*, no 31, 2007, pp. 23-42.
30. JACOB, Mario. *La Libertad Condicional*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1962.
31. JIMÉNEZ, Luis. *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 1-42.

32. KRAUT, Alfredo; LORENZETTI, Ricardo. *Derechos humanos: justicia y reparación: La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*. Argentina: Editorial Sudamericana, 2011.
33. KÜNSEMÜLLER, Carlos. La libertad condicional y la prevención especial del delito. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 32, 1973, pp. 111-139.
34. LANDA, Jon-Mirena. La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010.
35. LLOBET, Javier. *Derechos humanos y justicia penal*. Poder Judicial, Esc. Judicial, 2007
36. LÓPEZ, Carlos. *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.
37. LUZÓN, Diego-Manuel. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*, no 1, 2013, pp. 1-22.
38. MALUENDA, Jorge. Conflictos y Convergencias entre los Policy Frame sobre reinserción social de varones privados de libertad en Chile: Período 2012-2013. *Revista de Estudios Criminológicos*, 2015, pp. 15-35.
39. MAÑALICH, Juan Pablo. *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Chile: Thomson Reuters, 2018.
40. MAÑALICH, Juan Pablo. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y humanidades*, vol. 1, no 16, 2010.
41. MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. *InDret*, 2015, pp. 1-32.
42. MAÑALICH, Juan Pablo. Terror, Pena y Amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado. *Flandes Indiano*, 2010.

43. MARÍN, Urbano. La Libertad Condicional en Chile. En: VALDIVIESO, J. *Libertad Condicional*. Cochabamba-Bolivia: Imprenta Universitaria, 1941, pp. 1-160.
44. MARTOS, Juan Antonio. El principio de intervención penal mínima. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 99-134.
45. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
46. MEINI, Iván. La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, no 71, 2013, pp. 141-167.
47. MEZA- LOPEHANDÍA, Matías. Libertad condicional a condenados por delitos de lesa humanidad en Chile. Análisis jurisprudencial reciente (2015-2018). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2018.
48. MUÑOZ, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
49. NASH, Claudio; DAVID, Valeska; MUJICA, Ignacio; QUINTANILLA, Paulina; URZÚA, Claudia; URRESTARAZU, Karen. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:(1988-2007)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2009.
50. NASH, Claudio. La protección internacional de los derechos humanos, *Repositorio Universidad de Chile*, 2006, pp. 167-231.
51. NASH, Claudio; MILOS, Catalina; NOGUEIRA, Andrés; NÚÑEZ, Constanza. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012.
52. NIKKEN, Pedro. Sobre el concepto de derechos humanos. *IIDH (ed.), Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, I*, 1994, pp. 23-52.
53. PAPIC, Juan Natalio; RAMÍREZ BRAVO, Christian Eric. Análisis del otorgamiento de la libertad condicional en Chile 2000-2010. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2011.

54. RADBRUCH, Gustav. El delincuente por convicción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, 2005.
55. RETTBERG, Angelika. *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, 2005.
56. RODRÍGUEZ- VILLASANTE, José. Los principios generales de derecho penal y la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 21, no 69, 2000, pp. 13-36.
57. SÁNCHEZ, Francisco. Delincuencia y penas: un giro en la política criminal actual. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, no 144, 2003, pp. 249-264.
58. SEPÚLVEDA, Eduardo; SEPÚLVEDA, Paulina. A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿Un beneficio desaprovechado?. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, vol. 13, 2008, pp. 85-110.
59. SERRANO, Sandra; VÁZQUEZ, Daniel. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos. *FLACSO, México, DF*, 2013.
60. SERVÍN, Christopher. La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 47, no 139, 2014, pp. 209-249.
61. THOMPSON, José. Evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana. *Revista IIDH.(59)*, 2014, pp. 271-302.
62. TÉBAR, Beatriz. El modelo de libertad condicional español. *Revista de derecho y proceso penal*, no 15, 2006, pp. 21-271.
63. TÜNNERMANN, Carlos. *Los derechos humanos: evolución histórica y reto educativo*. Caracas: UNESCO, 1997.
64. VERA, Diego. Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional

humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU. *Papel Político*, vol. 13, no 2, 2008, pp. 739-773.

Documentos de Instituciones

1. ARCOS, Noemí. Radiografía a los condenados por violaciones a los DDHH: 29 reos podrían acceder a beneficios en 2019. En: *El Dínamo* [en línea] Chile, 3 septiembre 2018 [consulta: 18 agosto 2019]. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/nacional/2018/09/03/radiografia-a-los-condenados-por-violaciones-a-los-ddhh-29-reos-podran-acceder-a-beneficios-en-2019/>
2. BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL Historia de la Ley 21.124 Modifica el Decreto Ley N°321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea]. Chile, 14 octubre 2018 [consulta: 15 junio 2019]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/7616/HLD_7616_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
3. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe de la comisión encargada de estudiar la procedencia de la Acusación Constitucional deducida en contra de los ministros de la Excma. Corte Suprema, señores Hugo Dolmestch Urra, Manuel Valderrama Rebolledo y Carlos Künsemüller Leobenfelder* [en línea]. 2018 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=42776&prmTIPO=INFORMECOMISION>
4. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018* [en línea]. 2018 [consulta: 10 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2018/Collins-Negacionismo.pdf>
5. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. [en línea]. 1993 [consulta 17 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/10101.pdf>

6. *Cruz Roja Española*. Definición del Derecho Internacional Humanitario [consulta: 17 agosto 2019]. Disponible en: http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647036&_dad=portal30&_schema=PORTAL30
7. DIPRES, Departamento de Evaluación División de Control de Gestión Pública. *Resultados Evaluaciones Segundo Trimestre 2019* [en línea]. 2019 [consulta: 17 agosto 2019]. Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/598/articles-190244_doc_pdf.pdf
8. FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. *Redescubriendo la libertad condicional* [en línea]. 2013 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/8198-2.pdf>.
9. GENDARMERÍA DE CHILE, Ministerio de Justicia. Listado Nacional de Reclusos vinculados a causas de DDHH 2015 [en línea]. 2017 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <http://pdh.minjusticia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/lista-2015-117condenados-cumplen-presidio-efectivo-110p-peuco.pdf>
10. GENDARMERÍA DE CHILE, Unidad de Estadística-Subdirección. Población Recluida por establecimiento 31 de agosto de 2019.
11. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe CCP Punta Peuco 2016-2017* [en línea]. 2017 [consulta: 17 agosto 2019]. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/CCP%20Punta%20Peuco.pdf?sequence=40>
12. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad, minuta aprobada por el Consejo del instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013*. Sesión 153 [en línea]. 2013 [consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/530/minuta-beneficios-carcelarios?sequence=1>
13. NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han*

salido de un conflicto [en línea]. 2009 [consulta: 8 octubre 2019] Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

Normas nacionales e internacionales

1. DECRETO LEY N°321, del Ministerio de Justicia, Santiago 10 de marzo de 1925. Establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.
2. DECRETO LEY N°2.191, del Ministerio del Interior, Santiago 18 de abril de 1978. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala.
3. DECRETO SUPREMO N°2.442, del Ministerio de Justicia, Santiago, 30 de octubre de 1926. Fija el texto del reglamento de la Ley de Libertad Condicional.
4. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.
5. LEY N°20.357, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, 26 de junio de 2009. Tipifica crímenes de lesa humanidad genocidio y crímenes y delitos de guerra.
6. LEY N°21.124, Modifica el Decreto Ley N°321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados.
7. REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.
8. REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS DE LAS NACIONES UNIDAS, adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y, Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955.

Sentencias

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 20 de enero de 1989, Caso Godínez Cruz.
3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 8 de marzo de 1998, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagma Morales y otros) vs. Guatemala.
4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 27 de agosto de 1998, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.
5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 11 de mayo de 2007, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia.
6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en sentencia de 28 de enero de 2009, Caso Perozo y otros vs. Venezuela.
7. CORTE SUPREMA, en sentencia de 14 de marzo de 2016, ROL N°16300-2016.
8. CORTE SUPREMA, en sentencia de 7 de junio de 2016, ROL N°16042-2016.
9. CORTE SUPREMA, en sentencia de 7 de junio de 2016, ROL N°16550-2016.
10. CORTE SUPREMA, en sentencia de 28 de junio de 2016, ROL N°38.363-2016.
11. CORTE SUPREMA, en sentencia de 30 de julio de 2018, ROL N°16817-2018.
12. CORTE SUPREMA, en sentencia de 30 de julio de 2018, ROL N°16819-2018.
13. CORTE SUPREMA, en sentencia de 30 de julio de 2018, ROL N°16820-2018.
14. CORTE SUPREMA, en sentencia de 30 de julio de 2018, ROL N°16821-2018.
15. CORTE SUPREMA, en sentencia de 30 de julio de 2018, ROL N°16822-2018.
16. CORTE SUPREMA, en sentencia de 31 de julio de 2018, ROL N°16961-2018.