Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Soberanía

Respuesta a Oficio DH/27/19

**Opinión respecto del proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica, Boletín Nº 12.345-07**

**Claudia Cárdenas Aravena**

Profesora asociada

Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile

8 de abril de 2019

Tradicionalmente se ha entendido que los Estados son soberanos para prever un castigo penal para las conductas que estimen que lo merecen, lo mismo que para determinar el régimen de penas que consideren pertinentes para esas conductas. Eso sigue siendo así en general, pero desde mediados del siglo pasado es necesario considerar que el derecho internacional pone ciertos límites vinculantes para los Estados, que en materia de penas básicamente se traducen en lo siguiente:

* Por una parte, y tendiente a un límite máximo, la pena no puede consistir en un trato cruel, inhumano o degradante.
* Por otro, y tendiente a un límite mínimo, hay ciertos crímenes que atentan gravemente contra los principios fundamentales del derecho internacional, y que los Estados deben castigar con penas efectivas y proporcionales a su particular gravedad.

Ambas clases de limitaciones son relevantes para la definir la posición a adoptar sobre el proyecto de ley a discutir hoy.

La primera parte de esta opinión (I.) se ocupará de consideraciones generales respecto de la coherencia entre el proyecto y los motivos que invoca; en tanto que la segunda (II.) será dedicada específicamente a la necesidad de considerar las obligaciones adquiridas por Chile al legislar respecto del cumplimiento de la pena impuesta por la responsabilidad en ciertos delitos que tienen un régimen especial en el derecho internacional.

1. **Sobre la coherencia entre el contenido del proyecto y los motivos que invoca**

Este proyecto de ley invoca como fundamentos las razones humanitarias y la dignidad humana. Se trata de nociones nobles; y en una democracia no podría sino concitar acuerdo fundar en ellas una legislación. El Mensaje recuerda que la soberanía reconoce como límite a los derechos humanos y cita los artículos de los instrumentos universales y regionales que demandan tener un trato humano con los privados de libertad, respetando la dignidad inherente a su calidad de persona.

Asumiendo que habrá acuerdo en dar aplicación a ese marco jurídico fundamental, se hace interesante considerar si acaso en los supuestos previstos en el proyecto de ley, la medida que se propone -cumplir la pena en el domicilio del condenado- es idónea para lograr la finalidad de que el Estado dé un mínimo de trato humano a todos los delincuentes que se encuentran en las situaciones descritas en el proyecto de ley, esto es: la enfermedad en fase terminal, el menoscabo físico que provoque dependencia y la edad mayor a 75 años. Para todos ellos, con matices, se invoca un fundamento común consistente en dar un trato digno a las personas en cada una de las condiciones ya mencionadas.

Si la preocupación tras el proyecto fuera que el solo hecho de estar en la cárcel, habiendo sido condenado por un delito, atentatorio contra la dignidad personal, la única conclusión coherente con esa posición sería una reforma integral al sistema carcelario, y este proyecto de ley sería inidóneo para abordar el problema. Si en cambio la preocupación es compatibilizar la garantía de los derechos de la persona enferma, físicamente menoscabada o mayor con el cumplimiento de la pena, ha de tenerse presente que sobre uno de estos supuestos se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH), señalando que *“los Estados deben asegurar que a las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales se les brinde atención médica adecuada, especializada y continua, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario.”* Si el Estado no puede garantizar dicha atención en el centro penitenciario, está *“obligado a establecer un mecanismo o protocolo de atención ágil y efectivo para asegurar que la supervisión médica* [sea] *oportuna y sistemática, particularmente ante alguna situación de emergencia”.[[1]](#footnote-1)* Señala además que “*corresponde al Estado valorar proporcionalmente cuál es la medida de carácter administrativo o figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado, siempre que la misma se otorgue debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena*”[[2]](#footnote-2).

La medida propuesta, de trasladar a los delincuentes a sus domicilios, no tiende a asegurar una supervisión médica oportuna y sistemática, como es el deber del Estado, ni parece tender a que el Estado se haga cargo de su deber de dar un trato igualmente digno a todas las personas en igual situación, evitando poner a algunos condenados en una situación de privilegio frente a otros, sino que más bien tiende a no considerar que, de estar en sus domicilios, las personas condenadas estarían sometidas a condiciones sensiblemente distintas unas de otras.

Una medida que se entienda vinculada a un trato digno no debiera estar condicionada a ser solicitada, sino que debiera vincularse con prestaciones que el Estado prevea. Si la preocupación del Estado es efectivamente una por la dignidad humana, debiera prever un sistema de cumplimiento para quienes estén en esas situaciones que no implique darles un trato desigual de acuerdo a sus posibilidades económicas o redes de apoyo con las que puedan contar.

Para el caso de los mayores de 75 años que hubieren cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta, a la interrogante de la idoneidad de la medida propuesta en el proyecto se une la del momento en la que una persona solo por su edad (aun contando con buena salud) debiera aplicársele un régimen especial para el cumplimiento de la pena que le ha sido judicialmente impuesta. En este punto es clave considerar el alza en las expectativas de vida y las condiciones actuales de las personas sanas de 75 años, lo mismo que el tratamiento de la edad para asumir otras responsabilidades, dentro del ordenamiento jurídico nacional. En Chile, por disposiciones constitucionales los 75 años son la edad de jubilación para funciones que demandan gran responsabilidad y capacidad de trabajo: así ocurre con los jueces (art. 77), los Fiscales (art. 80 B) y el Contralor General de la República (art. 87). No son claras las razones por las cuales se entiende que desde ese mismo momento resulte indigno responsabilizar a una persona del mismo modo que a las demás personas adultas.[[3]](#footnote-3)

1. **Sobre ciertos delitos que tienen un régimen especial en el derecho internacional, que obliga a Chile**

El mensaje plantea como objetivo de fondo “garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas”, al tiempo que enlaza al proyecto dentro de una línea de proyectos anteriores para lograr el cumplimiento de penas fuera de recintos penitenciarios para personas ancianas y/o enfermas. Al pasar revista a esos proyectos, queda claro que, a pesar de que no se lo mencione expresamente, se quiere legislar sobre el cumplimiento de pena para condenados por crímenes de lesa humanidad y de guerra. [[4]](#footnote-4) Eso conlleva un estatuto jurídico particular que debiera tenerse en consideración en cualquier normativa que vaya a ser aplicable a la materia.

En lo que sigue me voy a enfocar, primero, en el cumplimiento de los fines propios de la pena, para luego referirme a los estándares del derecho internacional para el castigo de los crímenes contra sus bienes jurídicos fundamentales. Finalizaré con las consideraciones a tener presentes para la adopción de medidas en resguardo de la salud de condenados por crímenes que involucran violaciones graves de derechos humanos.

1. **El cumplimiento de los fines propios de las penas y el arresto domiciliario**

El segundo fundamento que entrega el proyecto, luego de la necesidad de trato digno y humano, está ligado al cumplimiento de los fines propios de las penas. Sobre eso, se puede reseñar que en general al castigo penal se le reconocen fines retributivos (de castigo) y fines preventivos. Entre estos últimos se encuentran citados en el mensaje, de reforma y readaptación social (art. 5.6 CADH). La consideración especial que hay que tener con los crímenes de lesa humanidad y de guerra en Chile, en esta materia, es que para personas que provienen de un entorno que no reconoce la reprochabilidad de las conductas en que incurrieron, el devolverlas a ese entorno dificulta altamente la reforma y readaptación social necesarios para cumplir a su respecto los fines preventivos de la pena, que implican la comprensión cabal del daño social de los crímenes en que incurrieron, y no solo que ya no puedan volver a incurrir en ellos porque no estén dadas de momento las condiciones para ello. Una forma de hacerse cargo de este asunto sería prever que el informe psicológico y social que el tribunal deberá tener a la vista para decidir contenga una opinión técnica respecto de si la persona condenada comprende el disvalor social de la conducta en la que incurrió.[[5]](#footnote-5)

**b) Los estándares del derecho internacional para el castigo de los crímenes contra sus bienes jurídicos fundamentales[[6]](#footnote-6)**

El Estado de Chile está obligado a castigar ciertos crímenes de manera efectiva y de acuerdo a su gravedad.

Para los crímenes de lesa humanidad, es relevante tener en consideración que no solo se ven afectadas personas individuales, sino la comunidad toda, al dejar de observarse los mínimos necesarios para una convivencia humana. En los crímenes de lesa humanidad, además de afectarse ciertos bienes jurídicos individuales, que puede ser la vida, la integridad (física o psíquica), la libertad, por ejemplo, se atenta además contra los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional contemporáneo[[7]](#footnote-7) Esto es un factor relevante a la hora de entender que estos delitos son más graves que los delitos comunes. Así, por ejemplo, un homicidio como crimen de lesa humanidad es más grave que un homicidio del derecho interno, porque el crimen de lesa humanidad no solo resguarda la vida del individuo, sino también la amenaza que representa para la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad el que personas sean privadas de la vida como parte de un ataque contra la población civil.

Al derecho internacional no le es indiferente la entidad del castigo que reciban las personas encontradas culpables de crímenes de lesa humanidad. Los estándares internacionales apuntan a que las penas que se impongan deben ser proporcionales a la especial gravedad del delito y al grado de participación del condenado y deben implicar un castigo efectivo.

El mandato de proporcionalidad está previsto en distintos tratados y otros instrumentos internacionales referidos a diversas formas de cometer crímenes de lesa humanidad, tanto desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, como desde el sistema interamericano,[[8]](#footnote-8) y hay consenso en que ese principio *“también gobierna la fase de cumplimiento efectivo de la pena*”[[9]](#footnote-9).

La realidad chilena de que los criterios interpretativos para circunstancias modificatorias de responsabilidad penal han llevado a que al condenar por crímenes de lesa humanidad no se impongan siempre penas correspondientes a delitos graves,[[10]](#footnote-10) ha llevado a que la discusión sobre el cumplimiento de la pena quede completamente teñida por la discusión acerca de la suficiencia (proporcionalidad) de la pena impuesta.

La CorteIDH ha señalado expresamente que es *“necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. […] [L]a regla de proporcionalidad requiere que los Estados […] impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad*”[[11]](#footnote-11).

Además de proporcional, el castigo de los crímenes de lesa humanidad ha de ser efectivo.[[12]](#footnote-12) El establecimiento de una sanción nominal en una sentencia no garantiza la falta de impunidad, por lo que al regular la forma de cumplir la pena, ha evitarse poner en riesgo la efectividad de cumplimiento de una sanción proporcional a la gravedad del delito y la responsabilidad individual**.**

El sistema interamericano de derechos humanos ha establecido que por impunidad no sólo entiende la ausencia de una sentencia condenatoria, sino también supuestos en los que los responsables son beneficiados con la “*inefectividad de la sanción*”[[13]](#footnote-13). Así, la CorteIDH ha expresado que el Estado deberá abstenerse de la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia a la sanción. Asimismo, se ha referido a la importancia de que la sentencia para los crímenes de lesa humanidad se cumpla “*en los términos en que sea decretada*”.[[14]](#footnote-14)

El Estado de Chile debiera velar por el cumplimiento efectivo de una pena proporcional a la gravedad de los delitos o pudieran transformar en ilusorio el castigo impuesto y considerar las exigencias del derecho internacional a la hora de legislar.

**c) Medidas tendientes al resguardo de la salud de condenados por crímenes que involucran violaciones graves de derechos humanos**

El Estado debe asegurarse de no prever para los responsables de los crímenes que involucran violaciones graves de derechos humanos condiciones más favorables que las que se aplican a condenados por otros delitos, ni en cuanto a sus condiciones generales de reclusión, ni en cuanto a espacios y las formas de atención médica.

Como consecuencia de la necesidad de un castigo efectivo y proporcional a la gravedad de los delitos cometidos, existen ciertas consideraciones, que en palabras de la CorteIDH, significan que “*En casos de graves violaciones de derechos humanos dicha medida o figura jurídica* (que proteja los derechos de los condenados) *debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas* […] *y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante*”, ”*resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares*.”[[15]](#footnote-15)

Esas consideraciones están ausentes en este proyecto, solo se considera el requisito general de haber cumplido por lo menos la mitad de la pena, pero no se considera especialmente la naturaleza de los delitos y los regímenes particulares que eso conlleva.

**Suma**

Para “garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas”, o sea para lograr el objetivo de fondo de este proyecto, es necesario modificarlo antes de que se convierta en ley.

Sería deseable que una eventual nueva legislación no aborde solamente lo relativo al cumplimiento de la pena en ciertos casos, sino integralmente la ejecución penitenciaria y en particular lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada.

1. CorteIDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, párr. 50. [↑](#footnote-ref-1)
2. CorteIDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, párr. 52. [↑](#footnote-ref-2)
3. Todo esto sin perjuicio de considerar el deber que Chile tiene que legislar de acuerdo a los estándares de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que en su artículo 13 obliga a los Estados Parte a promover medidas alternativas a la privación de libertad, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos internos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Particularmente elocuente resulta la exposición de motivos con referencia expresa a la reconciliación que se encuentra en el Boletín N° 10.745-07 del Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Chahuán, Moreira y Prokurica, que modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores; en tanto que en el Boletín N° 10.740-07 Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Pérez San Martín y señores Ossandón y Tuma, que permite la aplicación de la libertad vigilada intensiva por motivos humanitarios a favor de personas condenadas gravemente enfermas, le exposición de motivos dedica igualmente bastante texto a argumentar acerca de la procedencia del beneficio que se pretende crear a personas responsables de crímenes de lesa humanidad, lo que evidencia justamente los motivos que llevan a proponer esa nueva legislación. [↑](#footnote-ref-4)
5. Esto corresponde a lo que en el proyecto sería el art. 468 bis i) del Código Procesal Penal y el art. 697 i) del Código de Procedimiento Penal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Parte de lo reseñado en este apartado se encuentra profundizado en el artículo publicado en coautoría con Karinna Fernández Neira, “Estándares internacionales para legislar en chile sobre la libertad condicional de responsables de crímenes de lesa humanidad”, publicado en la Revista de Ciencias Penales, Sexta Época, Vol. XLV (2018), pp. 185-206. Ese trabajo se usa con autorización de la coautora. [↑](#footnote-ref-6)
7. La paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Eso no solo resulta del tercer párrafo del preámbulo del Estatuto de Roma, sino que, de la noción misma del derecho penal internacional en sentido estricto, que existe para resguardar esos bienes. De hecho es el atentado contra estos últimos lo que hace que la punibilidad de la conducta surja directamente del derecho internacional. Cfr., por ejemplo, WERLE, Gerhard y JEβBERGER, Florian, Tratado de Derecho Penal Internacional, tercera edición. Tirant lo Blanch (Valencia, 2017), p. 89. [↑](#footnote-ref-7)
8. En el sistema universal de protección de derechos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes prescribe que “*todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad*” (artículo 4.2). El artículo 7 de la de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas prescribe en su artículo 7.1 que “[l]*os Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad*”. La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, a su artículo 4 (1), señala que “[t]*odo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad*”. El principio 1° de los Principios Relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias prescribe que “[l]*os gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos*”. Cfr también el Estatuto de Roma es sus arts. 77.1, 78.1 y 82.2.a) y la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965. The question of punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity. “*The Economic and Social Council […]; I. Urges all States to continue their efforts to ensure that, in accordance with international law and national laws, the criminals responsible for war crimes and crimes against humanity are traced, apprehended and equitably punished by the competent courts; for this purpose, they should co-operate, in particular, by making available any documents in their possession relating to such crimes;* […]”.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que “[l]*os Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad*” (artículo 6). La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas a su vez prescribe que “[l]*os Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad*” (artículo III). [↑](#footnote-ref-8)
9. SCS, rol Nº 99.757-16, sentencia de 23 de diciembre 2016, considerando 3°. En la misma línea, FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón: teoría del garantismo penal, Trotta, (Madrid, 2000), pp. 399-400; RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, Función y aplicación de la pena, Depalma (Buenos Aires, 1993), p. 85; y Voto razonado del JuezSergio García Ramírez, a la sentencia de la CIDH en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 7. En la misma línea, cfr. la Carta de Fatou Bensouda, fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) al presidente de la Corte Constitucional de Colombia, magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu, 26 julio 2013. [↑](#footnote-ref-9)
10. CIDH, [Informe No. 58/16](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/CHAD1275-04ES.pdf), Peticiones 1275-04B y 1566-08, Juan Luis Rivera Matus y otros Vs. Chile; FERNÁNDEZ, Karinna y SFERRAZZA, Pietro, La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos, en *Anuario de Derecho Humanos* (2009), pp. 183-192. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C Nº 186, párr. 203. [↑](#footnote-ref-11)
12. Así se explicita, por ejemplo, el preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En esa línea, UPRIMNY, Rodrigo, Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en UPRIMNY, Rodrigo, el al. ¿Justicia transicional sin transición?, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, (Bogotá, 2016), pp. 17 y ss. Uprimny sostiene que en la concesión de subrogados penales a responsables de los crímenes de lesa humanidad, los criterios de proporcionalidad relacionados se concretan en algunas máximas básicas: (i) a mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de adoptar medidas que beneficien al condenado; (ii) a mayor responsabilidad nivel de mando, menor posibilidad de beneficios; (iii) a mayor contribución a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de beneficiar al condenado. Agrega que consideraciones en beneficio del condenado se deben realizar siempre y cuando exista por parte del responsable una contribución a la paz, a la verdad y a la reparación que así lo justifique, lo que supone la confesión total de los hechos frente a los cuales se pretende el perdón parcial (que implica el hacer la pena menos gravosa), y el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad.

 Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párr. 296. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párr. 296. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Si bien el deber de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos es una expresión de la obligación de garantía, lo es también específicamente de la obligación de protección, en este sentido la CIDH ha enfatizado “*que el medio más eficaz para proteger […] es investigar eficazmente los actos de violencia y sancionar a los responsables*”. CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124., Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 202. En el mismo sentido la Corte IDH ha asociado la obligación de investigar, perseguir y sancionar, con la prohibición de la impunidad, toda vez que esta última “*propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*”. CorteIDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173. [↑](#footnote-ref-14)
15. CorteIDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, párr. 53 y 57. [↑](#footnote-ref-15)