



Opinión de INDH 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

I.- Introducción

El Instituto Nacional de Derechos Humanos -INDH-, es una corporación autónoma de derecho público creada en virtud de la Ley 20.405, que tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes del territorio nacional. Asienta el cumplimiento de su mandato institucional en los Principios de París, garantizando orgánica y funcionalmente su independencia, autonomía y pluralismo.

Constituyen funciones encomendadas por ley, entre otras, las de comunicar al Gobierno y a los distintos poderes del Estado su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos y proponer las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos, consagrados en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional.

Acorde con las funciones descritas, la ley encomienda al INDH el deber de promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin que su aplicación sea efectiva (Ley 20.405 art. 3 numerales 2, 3 y 4).

En dicho marco, con fecha 23 de abril de 2013 la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la H. Cámara de Diputados, solicitó al INDH proporcionar su opinión sobre la “[p]osibilidad de restringir los beneficios carcelarios en el caso de personas condenadas por crímenes de lesa humanidad”¹.

En la convicción que frente a la práctica de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos, el Estado tiene la obligación irrenunciable de brindar garantías a la sociedad, las víctimas y sus familiares para prohibir su ocurrencia y de acaecer, para garantizar en todo tiempo y lugar, el acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, venimos a través del presente documento a dar cumplimiento a lo

¹ H. Cámara de Diputados. Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Oficio N° 565-2013 de 23 de abril de 2013.

solicitado. En él expresamos, lo que el INDH ha formulado y recomendado a los poderes del Estado a lo largo de sus tres Informes anuales sobre la situación nacional de los derechos humanos (2010; 2011 y 2012). Reflexiones que se fundamentan en el conjunto de normas y principios que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario, cuya observancia es vinculante para el Estado de Chile.

La presente opinión se estructura en orden a las siguientes ideas: En primer orden, dejar sentado a la luz de los estándares internacionales, la obligación del Estado de juzgar y determinar las responsabilidades penales respecto de aquellos a los que les ha cabido participación en calidad de autor, cómplice o encubridor en la comisión de crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad y el consecuente establecimiento y determinación de sanciones proporcionadas y adecuadas al daño causado y a la gravedad de los ilícitos perpetrados. En segundo lugar, presentamos una breve síntesis de la regulación nacional sobre los principales beneficios que contempla la legislación y a los que puede acceder una persona condenada y la práctica seguida por Gendarmería en esta materia en relación específicamente a personas condenadas en causas en las que se investigan violaciones sistemáticas a los derechos humanos y por último, nos pronunciamos respecto a la posibilidad a que estos condenados puedan acceder a dichos beneficios.

Se concluye finalmente que en la etapa de ejecución de la pena, a la luz de los desarrollos normativos verificables en el derecho penal internacional, las personas condenadas por esta clase de delitos puedan acceder a ciertos beneficios a condición que se observen y cumplan rigurosamente a su respecto un conjunto de requisitos que se expondrán en el presente documento.

II.- Sobre la pena proporcional y adecuada al daño causado y a la gravedad del delito²

La construcción de la convivencia democrática en una sociedad que fue víctima de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos plantea el desafío de encarar el legado del pasado y las expectativas de justicia y reparación por el daño ocasionado. Superar la herencia de las violaciones masivas y sistemáticas exige la acción coordinada del Estado en orden a garantizar la verdad, la justicia y la reparación. Ello debe ser concebido y asumido no sólo como un imperativo normativo sino como una genuina expresión de voluntad social de repudio a estos crímenes y como fundamento sin el cual no es posible, en forma efectiva, asegurar que en el futuro no se vuelvan a repetir estos crímenes³.

El deber de investigar y sancionar crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad ha sido reconocido como una norma imperativa de derecho internacional *-ius cogens*⁴-, que se consagra en diversos instrumentos internacionales⁵. Así, respecto de esta clase de crímenes,

² El presente apartado está construido exclusivamente en base a los Informes Anuales 2011 y 2012.

³ INDH. Informe anual sobre la situación nacional de los derechos humanos. 2012. Pág.273.

⁴ Norma de *ius cogens*, según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es “[u]na 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”.

⁵ La obligación de investigar y sancionar los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad se fundamenta, entre otros instrumentos, en: el Estatuto del Tribunal de Nüremberg consecuencia del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945; los principios generales del Derecho Penal Internacional que aprueba la Asamblea

ni el transcurso del tiempo, ni disposiciones de derecho interno, extinguen la responsabilidad penal.

El INDH ha sostenido que representa un consenso universalmente aceptado que llevar a la justicia a los responsables de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos se erige en una condición fundamental para prevenir la repetición de estos hechos⁶. Tal como lo ha sostenido el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, “no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia”⁷.

En ese marco la determinación de la responsabilidad penal individual en materia de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos contiene un significado jurídico (y ético) que la distingue esencialmente de la responsabilidad por la comisión de un delito común. En el primer caso, tanto la conducta reprochada como el bien jurídico tutelado (vida, libertad individual, o integridad psíquica o física) trasciende a la víctima, en la medida que el crimen afecta a la humanidad toda. Así, la persecución en materia de crímenes de Estado presenta diferencias con la persecución penal de un delito común. En efecto, los autores, cómplices y encubridores de crímenes de lesa humanidad cometen dichos actos como parte de una política de Estado, y respecto de ellos se requiere dar señales efectivas de que el Estado no los protegerá con medidas como la prescripción y la amnistía. La protección a la dignidad del ser humano frente a crímenes que impactan la conciencia de la humanidad reclama que, en todo tiempo y lugar, el Estado lleve a cabo los esfuerzos necesarios por investigar y sancionar con penas proporcionadas y adecuadas al daño ocasionado y a la gravedad de los delitos perpetrados.

El carácter imprescriptible e inamnistiable de estos crímenes ha sido ampliamente desarrollado, normativa y jurisprudencialmente, por el derecho internacional y nuestros tribunales superiores de justicia. Que estos sean imprescriptibles significa que, a diferencia de lo que sucede con los delitos comunes, el transcurso del tiempo bajo ninguna circunstancia puede desempeñar un papel ni para exonerar ni para mitigar las responsabilidades penales que a una persona le cabe en la comisión de esos hechos. De esta manera, respecto de los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de agresión y los delitos de lesa humanidad el transcurso del tiempo no genera efecto jurídico alguno⁸. Que estos crímenes sean inamnistiables significa que el Estado, frente a las atrocidades perpetradas, no puede invocar el olvido o perdón jurídico. Le está vedada la auto

General de Naciones Unidas en 1946 (Quincuagésima quinta reunión plenaria. Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946); la Convención de 1948 contra el Genocidio, los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949; la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968, entre otros.

⁶ El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” Informe del Secretario General, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2004/6/616, 3 de agosto de 2004 párrafo 38.

⁷ *Ibidem*, párrafo 2

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. Septiembre de 2008.

exculpación de su responsabilidad, por lo cual debe en todo tiempo y lugar, investigar y eventualmente sancionar a los responsables de estos abyectos hechos.

A su vez y en consideración a la gravedad y naturaleza de los crímenes perpetrados se exige el respeto al principio de proporcionalidad de la sanción, estándar recogido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, entre otros, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El artículo 4° N° 2, de este instrumento señala que es obligación del Estado “castigar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”. Por su parte, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, refuerzan un estándar similar.

Si bien el principio de proporcionalidad en el derecho penal común demanda la mínima intervención punitiva, la obligación de investigar y garantizar el acceso a la justicia, en materia de violaciones masivas a los derechos humanos conlleva como condición jurídica la de establecer sanciones proporcionales y 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. De ahí que la sanción adecuada y proporcional en relación a crímenes internacionales requiere que esta sea efectiva y no simbólica.

Así lo ha señalado la Corte IDH al establecer que; “la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que pueden significar una mera apariencia de justicia”⁹ son incompatibles con las obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que “[e]n cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”¹⁰. Ello es así porque aun cuando, “[e]l sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas. Esta necesidad aparece como natural contrapartida del principio de mínima intervención penal. Aquélla y éste constituyen, precisamente, dos formas de traducir en el orden penal los requerimientos de la democracia y sostener la vigencia efectiva de este sistema”¹¹.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, párrafo 191. En el mismo sentido Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Khamila Isayeva vs. Rusia (Aplicación N° 6846/02). Sentencia de 15 de noviembre de 2007, párrafo 164. Citados por Nogueira, Humberto. op.cit.

¹⁰ Corte IDH, Sentencia caso de la Masacre de la Rochela. 11 de mayo de 2007, Serie C N° 163, párrafo Párr. 196. Citado por Fernández, Karina. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derechos Universidad de Chile 2009.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Vs Perú, 14 de Marzo de 2001, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 14

En relación al carácter imprescriptible de estos crímenes, la justicia chilena ha experimentado una evolución, transitando desde su desconocimiento y avalando con ello la impunidad, hacia grados crecientes de reconocimiento del principio de imprescriptibilidad. En 1998 la Corte Suprema declaró que los Convenios de Ginebra eran aplicables a ciertos crímenes de la dictadura y que de ello devenía la prohibición de auto exoneración¹². Aun cuando dicha interpretación marcó un hito, en el sentido de iniciar una tendencia en orden a privar de eficacia al Decreto Ley de Amnistía, ese mismo año la Corte Suprema dictó resoluciones que avalaban su aplicación¹³. Posteriormente, el año 2004, en la sentencia dictada en el proceso por el secuestro calificado de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, la Corte Suprema decidió que por tratarse de un delito de carácter permanente no era procedente la aplicación de la amnistía y, citando su propia jurisprudencia en esta materia, señaló que “es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse, debilitaría el estado de derecho”¹⁴. A partir del año 2006, en la sentencia recaída en una causa por víctimas ejecutadas políticas, el máximo tribunal reconoció la imprescriptibilidad ya no sólo de los crímenes de guerra sino también de los crímenes de lesa humanidad, señalando que si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad no se encuentra vigente en Chile, nada se opone al reconocimiento de este principio que forma parte del derecho consuetudinario¹⁵. Como se aprecia, desde el año 1998 la jurisprudencia del máximo tribunal ha asentado el criterio de no dar aplicación al Decreto Ley de Amnistía y declarar imprescriptibles estos crímenes.

Este desarrollo fue matizado por la Corte Suprema a partir del año 2007 al confirmar que las violaciones masivas y sistemáticas ocurridas en dictadura corresponden a delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra, y que estos son hechos punibles de carácter inamnistiables e imprescriptibles, pero que ello no obstaría a que se aplique la media prescripción, también conocida como prescripción gradual, parcial o incompleta¹⁶.

¹² Corte Suprema. Rol N° 469-98. 9 de septiembre de 1998. Caso por el secuestro de Pedro Poblete Córdoba (Julio 1974 Santiago, Operación Colombo) Considerandos Noveno y Décimo.

¹³ Desde el fallo dictado en el caso Poblete Córdoba, la Corte Suprema confirmó el cierre (sobreseimiento) dictado por la Corte Marcial en base al Decreto Ley de Amnistía, entre otros procesos en los autos ROL N° 293-97 de 16 de septiembre de 1998; Rol N° 564-95 de 13 de octubre de 1998; ROL N° 477-97, de 11 de noviembre de 1998.

¹⁴ Corte Suprema. Rol N° 11.821-2003 de 5 de enero de 2004. Párr. 51.

¹⁵ Corte Suprema. Rol N° 559-04. 13 de diciembre de 2006, caso por los homicidios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres (Septiembre de 1973 Molco Complejo Panguipulli). Considerando Duodécimo. Esta evolución de la jurisprudencia no es lineal. Durante el año 2007, desatendiendo su propio criterio, la Corte falló y declaró la prescripción en la causa por secuestro calificado de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez y los homicidios calificados de Cesáreo Soto y Rubén Acevedo Riquelme (Septiembre 1973 Loncomilla), y no dio aplicación a los Convenios de Ginebra. Ver Corte Suprema Rol N° 6626-05. 12 de noviembre de 2007. Considerando Octavo. Ver también Corte Suprema. Rol N° 3925-05. 27 de diciembre de 2007, en el que el máximo tribunal declara prescrito los delitos en el caso por el secuestro calificado de los hermanos Guido y Héctor Barría Basay (octubre de 1973, comuna de Río Negro). Considerando Décimo Octavo.

¹⁶ Ver Corte Suprema. Sentencia Rol N° 3808-06, de 30 de julio de 2007. Secuestro calificado de Luis Rivera Matus (Noviembre 1975, Santiago).

En virtud de esta institución, el tribunal deberá “[c]onsiderar el hecho como revestido de dos o más circunstancias muy calificadas y de ninguna agravante”¹⁷, de haber transcurrido la mitad del tiempo para que se extinga la responsabilidad penal. Así, aun cuando la Corte Suprema declaró estos delitos crímenes internacionales, para efectos de determinar la sanción, les ha dado -las más de las veces- el trato de delitos comunes. La consecuencia de ello fue la imposición de penas remitidas o el acceso a otros beneficios para cumplirlas en el medio libre.

A la par de contravenir disposiciones internacionales, la aplicación de una institución como la que se comenta, generó una sensación de impunidad, lo que sumado a la consideración de la atenuante de irreprochable conducta anterior y la concesión de la libertad vigilada o la remisión condicional de la pena, hicieron que las resoluciones de término carecieran de efectividad sancionatoria. Esta postura de la Corte Suprema representaba una señal de impunidad respecto de esta clase de crímenes.

Desde marzo de 2012 a la fecha, la Corte Suprema ha revertido esta postura y ha venido resolviendo por mayoría no aplicar la media prescripción¹⁸, señalando “[q]ue en la medida que los acontecimientos pesquidados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar”¹⁹. Coherente con esta definición normativa de los hechos, concluyó que “[e]s obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, para la cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables, todo lo cual también se extiende para efectos de estimar improcedente la media prescripción (...)”²⁰.

El INDH en su Informe Anual 2012, valoró la tendencia jurisprudencial expresada en los fallos que no dan lugar a la institución de la media prescripción, pues ella incorpora a nivel nacional los estándares internacionales de derechos humanos, lo que constituye una de las obligaciones del Estado en relación con los instrumentos suscritos. En consideración a ello

¹⁷ Artículo 103 inc. 1° del Código Penal “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65,66,67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

¹⁸ Corte Suprema. Sentencia Rol N° 288-12. 24 de mayo de 2012, recaída en la causa por la desaparición de Rudy Cárcamo Ruiz, secuestrado el 27 de noviembre de 1974, en la ciudad de Talcahuano. Corte Suprema. Sentencia Rol N° 12.566-11, de 18 de junio de 2012. Causa referida al secuestro calificado en la persona de Héctor Patricio Vergara Doxrud, llevado a cabo a partir del 17 de septiembre de 1974, en la ciudad de Santiago. Corte Suprema. Rol N° 10.665-11. 25 de junio de 2012. Causa por el secuestro calificado de Eduardo Enrique González Galeno, ocurrido el 14 de septiembre de 1973. Corte Suprema. Rol N° 2661-12. Causa por el secuestro calificado de José Hipólito Jara Castro y Alfonso Domingo Díaz Briones, perpetrados entre los días 13 y 16 de septiembre de 1974.

¹⁹ Corte Suprema. Sentencia Rol N° 288-12. 24 de mayo de 2012. Considerando Trigésimo Tercero. Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo, considerando Décimo Sexto. Ver, Corte Suprema. Sentencia Rol N° 12.566-11. 18 de junio de 2012. Considerando Décimo Tercero.

²⁰ Corte Suprema. Sentencia Rol N° 12.566-11. 18 de junio de 2012. Considerando Décimo Quinto.

el INDH instó al Poder Judicial, en la perspectiva de garantizar el acceso a la justicia de víctimas y familiares, de abstenerse de dar aplicación a dicha institución.

III.- Legislación nacional sobre medidas alternativas o sustitutivas de la pena y permisos intrapenitenciarios:

Nuestro ordenamiento jurídico contempla un conjunto de normas tendientes a morigerar la intensidad de la pena privativa de libertad, ya sea mediante la imposición de una sanción a ser cumplida en el medio libre o mediante la concesión de beneficios intrapenitenciarios. Aun cuando las primeras no constituyen precisamente beneficios, puesto que son formas de sustitución de penas; las segundas efectivamente representan un beneficio respecto de la persona penada. De esta manera, la legislación nacional establece casos en los cuales las personas condenadas pueden: a) sustituir su pena de prisión por otras medidas que afectan en menor grado su libertad²¹, b) reducir el tiempo de condena cuando la persona condenada ha tenido un comportamiento sobresaliente mientras está presa²² o 3) solicitar que se termine con la pena de presidio por medio de un indulto particular²³.

a.-Medidas alternativas o sustitutivas a la pena

Dentro de las medidas alternativas o medidas sustitutivas al cumplimiento de la pena se cuenta: la remisión condicional; la reclusión parcial (antigua ‘reclusión nocturna’); la prestación de servicios en beneficio de la comunidad; la libertad vigilada; la libertad vigilada intensiva y finalmente la expulsión. Estas medidas se encuentran normadas en la Ley 18.216 (1983) la que fue objeto de una profunda reforma mediante Ley 20.603 de 27 de junio de 2012²⁴. Dicha ley estipuló aquellos delitos respecto de los cuales no recibirá aplicación la institución que se comenta, entre los cuales se encuentra el secuestro y el homicidio (tanto simple como calificado). Ello por tanto, deja al margen de acceso de estas medidas a los condenados en causas en las que se investigan crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad. Ello es así por cuanto dichas personas actualmente cumplen penas privativas de libertad por los delitos de secuestro y homicidio que son los tipos penales vigentes a la época de los hechos, que nuestro ordenamiento jurídico contemplaba y que se encuadran dentro de lo que en el derecho internacional se denomina desaparición forzada y ejecución sumaria o extrajudicial.

²¹ Ley 18.216 “establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala”, modificada por la ley 20.603 “modifica la ley n° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, publicada el 27 de junio de 2012; Decreto 2442 de 1926 y Decreto 321 de 1925, regulan la “libertad condicional”.

²² Ley 19.856, “crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta”, de 2003

²³ Ley 18.050, “fija normas generales para conceder indultos particulares” de 1981 y Decreto 1542. Por no ser parte de lo solicitado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la H. Cámara de Diputados, no se analiza esta institución en el presente documento.

²⁴ Esta ley modificó entre otros aspectos la expresión ‘medidas alternativas’ por ‘medidas sustitutivas’, pues se buscaba aclarar que las personas que accedían a los mecanismos de reemplazo de la pena de cárcel no estaban recibiendo un ‘beneficio’ sino que estaban cumpliendo la pena por a través de un medio diverso de la prisión. El INDH en su Informe Anual 2012 (pág. 148) valoró dicha legislación y solicitó al Poder Ejecutivo a que dictara el respectivo Reglamento toda vez que la ley no entrará en vigencia sino una vez dictado el cuerpo reglamentario.

b.- Reducción del tiempo de la condena²⁵

Otra alternativa que se contempla en la legislación es el beneficio de reducción de la condena, por aplicación de la Ley 19.856 que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta. En lo sustancial esta ley posibilita a que la persona que esté cumpliendo una pena privativa de libertad y demuestre un comportamiento sobresaliente tendrá derecho a una reducción del tiempo de su condena equivalente a dos meses por cada año de cumplimiento. Cuando se ha cumplido más de la mitad de la condena, el tiempo de reducción podrá aumentarse en tres meses por cada año. Una persona condenada tiene un comportamiento sobresaliente cuando exista una disposición clara de participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena. La conducta de la persona es evaluada por la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena²⁶. Este cuerpo normativo impone límites a la aplicación de estos beneficios²⁷. Ellos no tendrán lugar, entre otros casos, cuando se trate de personas condenadas a presidio perpetuo, sea simple o calificado; o el condenado hubiere cometido algún delito al que la ley asigna como pena máxima el presidio perpetuo, a menos que en la sentencia condenatoria se hubiere aplicado a su respecto alguna de las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 72 y 73 del Código Penal (rebaja de pena a pesar de haber obrado con menor de edad y de una eximente incompleta); o si la condena hubiese sido dictada considerando concurrente alguna de las circunstancias agravantes establecidas en los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal (se trata de de las agravantes de reincidencia o habitualidad criminal).

c.- Libertad condicional²⁸

Otro mecanismo de cumplimiento en el medio libre lo constituye la libertad condicional. Ella procederá cuando la persona condenada a una pena privativa de libertad por más de un año ha demostrado que se ha corregido y rehabilitado para la vida social. Son requisitos, el haber cumplido la mitad de la condena; haber observado conducta intachable; haber aprendido algún oficio (si hay talleres donde cumple la condena); haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento penal. Los condenados a presidio perpetuo simple se les podrá conceder el beneficio una vez cumplidos 20 años y a los condenados a presidio perpetuo calificado una vez cumplidos 40 años. A los condenados por delito de homicidio calificado se les podrá otorgar el beneficio cumplidos los dos tercios de la pena impuesta²⁹. A los condenados a más de 20 años se les podrá conceder el beneficio una vez cumplidos 10 años de la pena.

²⁵ Ley N° 19.856, “Crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta”, publicada el 4-02-2003 de 2003.

²⁶ Esta comisión está integrada por: a) Un Ministro de Corte de Apelaciones correspondiente al territorio jurisdiccional de la unidad penal, quien será su presidente. Dicho Ministro será designado por el Pleno de la respectiva Corte. b) Tres jueces de letras con competencia en materia criminal o miembros de tribunal del juicio oral en lo penal, en su caso, designados por la Corte de Apelaciones respectiva. c) Un abogado nombrado por el Ministerio de Justicia, a través de la respectiva Secretaría Regional Ministerial. d) Dos peritos, uno psicólogo y otro asistente social, nombrados por el Ministerio de Justicia a través de la respectiva Secretaría Regional Ministerial.

²⁷ Cfr. Ley 19.856 art. 17 literales d, e y g.

²⁸ DL N° 321 sobre Libertad Condicional. Publicada el 12 de marzo de 1925

²⁹ También a los condenados por los delitos de parricidio, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de 14 años, infanticidio, el previsto en el número 1 del artículo 367 bis del

La libertad condicional será otorgada por la Comisión de Libertad Condicional³⁰ teniendo en consideración el informe favorable que prepara el jefe del establecimiento donde la persona está cumpliendo su condena. En los casos de personas condenadas a cumplir penas de presidio perpetuo calificado la libertad condicional deberá ser concedida o revocada por el pleno de la Corte Suprema.

d.- Permisos o beneficios intrapenitenciarios

Otra alternativa a los fines de reducir la intensidad punitiva de la pena privativa de libertad lo constituye acceder a los permisos de salida o beneficios intrapenitenciarios, los que forman parte de las políticas de reinserción social llevados a cabo por Gendarmería de Chile. Ellos se encuentran regulados en el Reglamento de establecimientos penitenciarios³¹, y consisten en un conjunto de medidas de aplicación gradual que van desde: a) la salida esporádica; b) la salida dominical; c) la salida de fin de semana, y d) finalmente la salida controlada al medio libre. Dichos permisos sólo podrán concederse a quienes hayan demostrado avances efectivos en su proceso de reinserción social (art. 97). Su concesión corresponde a una facultad privativa del Jefe de Establecimiento respectivo a condición que exista informe favorable del Consejo Técnico y previo informe psicológico que dé cuenta de la conciencia del delito, del mal causado con su conducta y de la disposición al cambio, de modo que se procure, por una parte, constatar que el interno responde efectiva y positivamente a las orientaciones de los planes y programas de reinserción social y, por otra, evitar la mera instrumentalización del sistema con el fin de conseguir beneficios (art 97 inc. 2°).

Se podrá conceder el permiso dominical a los doce meses anteriores al día en que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional. De la salida de fin de semana los Internos condenados que durante tres meses continuos hayan dado cumplimiento cabal a la totalidad de las obligaciones que impone el beneficio de salida dominical. Finalmente de la salida controlada al medio libre podrán postular los internos condenados, previo Informe del Consejo Técnico del respectivo establecimiento penitenciario y a partir de los seis meses anteriores al día en que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional.

Antes de la concesión de cualquiera de los permisos se debe analizar por el Consejo Técnico, y en todo caso por el Jefe del Establecimiento, los antecedentes que lo ameriten: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputaren y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto

Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.

³⁰ El Poder Ejecutivo dejó de intervenir en el otorgamiento de la libertad condicional, con la aprobación de la ley N°20.587, del año 2012 que creó las comisiones de libertad condicional que funcionan en cada Corte de Apelaciones durante abril y octubre de cada año. Las comisiones funcionan en cada Corte de Apelaciones y están compuestas por funcionarios judiciales que hacen la visita inspectora a las cárceles y establecimientos penales en la ciudad en que funciona la respectiva Corte de Apelaciones. La integran también dos jueces de juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal elegidos por ellos, si hubiere más de dos en las comunas de la jurisdicción.

³¹ Decreto 518. Nisniterio de Justicia. Fecha de publicación 21-08-1998.

a alguna medida cautelar personal y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que traten, y en general cualquier referencia relativa a la confiabilidad del beneficiario que permitan presumir que no quebrantará su condena (art. 109)

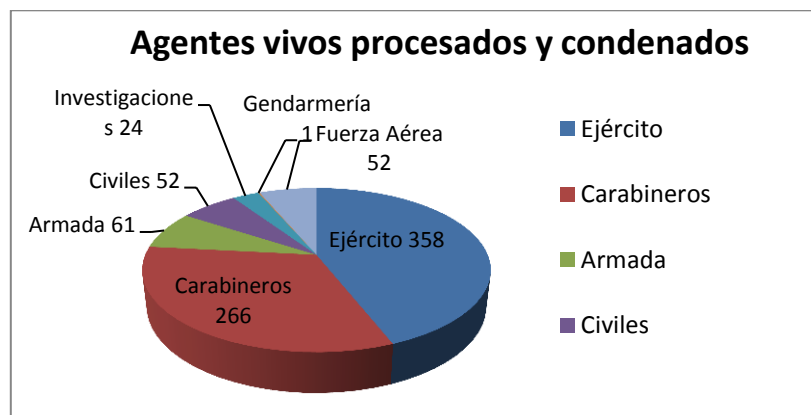
IV.- Permisos carcelarios a condenados en causas por violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Chile, ha dicho el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria de Naciones Unidas (2013) -GTDFI- “[e]s quizás el país con la más completa respuesta judicial respecto a las graves violaciones a los derechos humanos, incluidas desapariciones forzadas, donde por lo menos tres cuartos del total de víctimas de desapariciones forzadas tienen un proceso judicial concluido o en curso.(...) Desde 2002 la Corte Suprema ha dictado 150 sentencias sobre causas de violaciones a los derechos humanos, de las cuales 133 son condenatorias”³²

En el Informe Anual 2012, el INDH dio cuenta de estos avances, señalando que las investigaciones judiciales han ido avanzando progresivamente en dirección a determinar las responsabilidades criminales. A octubre de ese año, 557 ex agentes del Estado se encontraban procesados³³. El Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública da cuenta de 257 personas condenadas en causas por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos³⁴.

Entre procesados y condenados, a la fecha se contabilizaban 814 ex agentes, correspondiendo su integración a la siguientes ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

Cuadro: Procesados y condenados



Elaboración propia. Fuente: Programa de Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio N° 17157 de 12 de octubre de 2012.

³² Naciones Unidas. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/22/45/Add.1. 29 de enero de 2013. Párr. 26.

³³ Por haber participado en más de un hecho represivo, algunos de los ex agentes están procesado en más de una causa.

³⁴ Programa de Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio N° 17157 de 12 de octubre de 2012, sumada la ampliación proporcionada en noviembre de 2012 respecto del registro de agentes vivos condenados y procesados.

A septiembre de 2012, 67 de estas personas se encontraban cumpliendo penas privativas de libertad, 15 de los cuales gozaban de algún tipo de beneficio (8 salida fin de semana-6 salida dominical y uno control medio libre)³⁵. De acuerdo a la información proporcionada por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria, 173 agentes condenados por sentencia definitiva en causas en las que se investigó graves violaciones a los derechos humanos nunca cumplieron penas efectivamente privativas de libertad.

Durante el año 2012 (hasta octubre) se habían concedido seis beneficios, entre otros, a dos condenados a presidio perpetuo por el secuestro y posterior degollamiento de José Manuel Parada Maluenda, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino Allende (1985)³⁶.

Con motivo de estos hechos, un grupo de Diputados promovió una moción con el objeto de agregar un inciso final a la Ley 20.357 que tipifica y sanciona los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, en términos que dichos delitos no podrán ser objeto de beneficios carcelarios de ningún tipo³⁷.

V.- Sobre la posibilidad de conceder beneficios a condenados por estos ilícitos

Desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, la posibilidad de aplicar atenuantes y beneficios respecto de condenados por estos crímenes es aceptada, a condición que la sanción impuesta sea efectiva (no nugatoria o ilusoria) y se cumpla con otros requisitos que se señalarán a continuación.

Particularmente las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma³⁸, mandatan a que la Corte Penal Internacional -CPI- “[p]onderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen”³⁹. En todo caso, para la aplicación de atenuantes se tomará en consideración “[l]a conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte”⁴⁰.

En la primera condena dictada por la CPI (2012)⁴¹, se tuvo en consideración estos criterios al momento de determinar las penas. En el caso seguido en contra de Thomas Lubanga Dyilo, acusado de crímenes de guerra en el contexto del conflicto armado en la República Democrática del Congo, por reclutamiento y utilización en conflictos armados de niños y niñas menores de 15 años⁴², el Fiscal del caso pidió 30 años de prisión, o 20 en caso que el

³⁵ Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569 de 24 de septiembre de 2012.

³⁶ Gendarmería de Chile. Oficio N° 0569 de 24 de septiembre de 2012.

³⁷ Boletín N° 8600-07 Modifica la Ley N° 20.357, tipifica los delitos de lesa humanidad, de genocidio y de guerra, los cuales por su gravedad, no podrán ser objeto de beneficios carcelarios. Fecha de ingreso 2 de octubre de 2012.

³⁸ Naciones Unidas. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

³⁹ Reglas de Procedimiento y Prueba. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1(2000). Regla 145. 1 literal b.

⁴⁰ *Ibidem*, Regla 145.2

⁴¹ *Prosecutor vs Lubanga* Sentencia N° ICC-01/04-01/06-2842 14 de marzo de 2012. Ver: Ambos, Kai El primer fallo de la Corte Penal Internacional (*Prosecutor v. Lubanga*): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Julio de 2012.

⁴² Acusado de alistar y reclutar a menores de quince años para participar activamente en hostilidades entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 en el contexto de la guerra en la República Democrática del Congo. Cfr. <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga>

acusado aceptara ofrecer una disculpa genuina y se comprometiera a trabajar para prevenir futuros crímenes y promover la paz. El 10 de julio de 2012, la CPI sentenció al militar congolés a 14 años de prisión. La Corte tomó en consideración el grado de cooperación que el condenado había mostrado durante todo el juicio⁴³.

Adicionalmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, prescriben que resulta procedente que el condenado pueda acceder en la etapa de ejecución de la pena a la reducción de la misma. Sin embargo, para tales efectos en general debe haber cumplido un porcentaje de la pena que en promedio son dos terceras partes o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, y siempre que el condenado haya expresado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la investigación⁴⁴.

Por su parte el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993) previene que la persona que purga una condena por crímenes de guerra tiene derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena y que en ese evento, “el Presidente del Tribunal Internacional, previa consulta con los Magistrados, decidirá la cuestión de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del derecho” (art. 28. Indulto o conmutación de la pena).

El Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas (2013), precisamente en relación al caso chileno ha reiterado estos estándares al señalar que si bien “[t]odas las personas condenadas por desaparición forzada tienen los mismos derechos de la población condenada en general, hay tres elementos indispensables que deben considerarse. Por un lado debe existir un debido control judicial de la concesión de cualquier tipo de beneficio. Además, debe considerarse la especial gravedad del delito al momento de evaluar la concesión de estos beneficios. Finalmente, debe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios y los motivos particulares de la concesión en cada caso concreto”⁴⁵.

Hay por último, un conjunto principios y normas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha venido desarrollando en relación a las personas privadas de libertad, que se orientan a prohibir en el tratamiento hacia los internos, el establecimiento de medidas fundadas en violación al principio de igualdad y no discriminación.

Así por ejemplo, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas estatuye que las mismas deben ser aplicadas imparcialmente sin hacer diferencias de trato fundadas entre otras categorías, en la raza, color, sexo, religión, opinión política u otra situación cualquier (principio 6.1)⁴⁶. Se alienta en ellas que “[a]ntes del término de la

⁴³ Acusado de alistar y reclutar a menores de quince años para participar activamente en hostilidades entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 en el contexto de la guerra en la República Democrática del Congo. Cfr. <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga>

⁴⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Art. 110.

⁴⁵ Naciones Unidas. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/22/45/Add.1. 29 de enero de 2013. Parr. 32.

⁴⁶ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C(XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia (...)" (Principio 60.1).

En los Principios básicos para el tratamiento de reclusos⁴⁷ y el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁴⁸ y en los principios y buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁴⁹ expresan similares criterios normativos.

La posibilidad que personas que purgan condenas por esta clase de delitos puedan acceder a beneficios en la etapa de ejecución de la pena, no contraviene la obligación a cargo del Estado, consistente en investigar y a garantizar en todo tiempo y lugar el acceso a la justicia, incluida la determinación de responsabilidades penales y la consecuente aplicación de sanciones efectivas y proporcionales a la gravedad de los ilícitos perpetrados, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario reclaman respecto de estos crímenes. En efecto, el principio de proporcionalidad de la pena para esto crímenes se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otros, en la Convención para la prevención del Delito de Genocidio⁵⁰; la Convención contra la Tortura⁵¹; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁵² y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura⁵³. Jurisprudencialmente este principio ha sido recogido por los tribunales internacionales para

⁴⁷ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

⁴⁸ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

⁴⁹ Aprobado por la Comisión IDH en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, mediante Resolución 1/08.

⁵⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A(III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951. El art. 5 señala: "Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III".

⁵¹ La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46). El art. 4.2 dice que "Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad".

⁵² Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. El art. 3 señala que: "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. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Agregando que: "Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona".

⁵³ Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General Art. 6 inc. segundo estatuye que: "Los 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".

la Ex Yugoslavia, Ruanda y el tribunal Especial para Sierra Leona. Sistematizando dichos estándares, dicho principio atiende para efectos de determinar la pena en concreto, a diversos factores entre otros: la gravedad del delito, las circunstancias individuales de la persona, las circunstancias agravantes y las atenuantes, en especial la cooperación eficaz con el tribunal; el arrepentimiento real; la conducta observada después de las hostilidades o conflicto y la contribución al establecimiento de la paz duradera⁵⁴.

Como se aprecia, en ningún caso se prescinde en el Derechos Internacional Penal de la posibilidad de acceder a beneficios en la etapa de determinación o de ejecución de la pena. Dicho de otra manera, lo que se exige es que no se consagre la impunidad, que se ejerza la acción penal y en cumplimiento de ese mandato, se impongan las sanciones que en derecho correspondan.

Por último, y en lo que respecta a la moción de agregar un inciso final a la Ley 20.357 que tipifica y sanciona los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, en términos que dichos delitos no podrán ser objeto de beneficios carcelarios de ningún tipo⁵⁵, se debe señalar que por lo menos respecto a los que actualmente están cumpliendo penas privativas de libertad en causas en las que se investigan violaciones sistemáticas a los derechos humanos, es inocua o ineficaz por la siguiente razón:

Es un principio no controvertido y reconocido tanto en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, como a nivel del ordenamiento constitucional y legal, el de la irretroactividad de las condiciones más gravosas a las existentes al momento de cometer el ilícito⁵⁶. Por el contrario, se preceptúa la aplicación retroactiva, sólo de la norma más favorable al condenado.

Dicho principio se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y a nivel constitucional en el art. 19 N° 3 inc. 7° de nuestra Constitución en términos que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley

⁵⁴ Rincón, Tatiana. Verdad Justicia y Reparación: la justicia de la justicia transicional. Ed. Universidad del Rosario, Colombia. 2010. Pág. 68. La autora en esta obra cita entre otra jurisprudencia la del tribunal para la Ex Yugoslavia: Posecutor v. Milan Babic, Case N° IT-03-72-S, Trial Judgement of 29 June 2004; Prosecutor v. Biljana Plavsic, Case N° IT-00-39&40/1, february 2003. Del Tribunal Internacional para Ruanda cita la jurisprudencia Le procureur C. Athanase Seromba, 2006.

⁵⁵ Boletín N° 8600-07 Modifica la Ley N° 20.357, tipifica los delitos de lesa humanidad, de genocidio y de guerra, los cuales por su gravedad, no podrán ser objeto de beneficios carcelarios. Fecha de ingreso 2 de octubre de 2012.

⁵⁶ El principio de irretroactividad en materia de beneficios carcelarios ha sido motivo de debate doctrinal en términos de sostenerse que por tratarse, los beneficios y otras medidas de ejecución de la pena, normas propias del derecho penitenciario (y por lo tanto de naturaleza procesal o administrativa) es posible que a su respecto se puedan aplicar retroactivamente (rigen *in actum*), incluso aquellas medidas más gravosas. Este debate se vincula con los sustentos normativos del principio de irretroactividad. Cfr. Calderón, Guillermo. El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI (Valparaíso, Chile, 2000), págs. 95-108. Del mismo autor: Retroactividad e Irretroactividad de las leyes penales. Editorial Jurídica, Santiago 2007; págs., 190-206. En este capítulo el autor expone las diversas tesis sostenidas por la doctrina, sosteniendo él mismo que “el principio de irretroactividad penal debe alcanzar a las modificaciones de carácter perjudicial que tienen lugar en la normativa penitenciaria, concretamente en aquellas de sus disposiciones que poseen naturaleza penal”; pág. 197.

favorezca al afectado”. Es decir, sólo se autoriza la aplicación de la norma más favorable (*indubio pro reo*), y se impide que a hechos pasados se apliquen disposiciones futuras más desfavorables. Ello es emanación de los necesarios controles al *ius puniendi*, una expresión de los límites a la función y ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Ello encuentra sustento en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, a fin de evitar la discrecionalidad y garantizar la certeza y seguridad jurídica, respecto a que la promesa de castigo sólo versará y alcanzará aquellos hechos efectivamente prohibidos y conocidos por el transgresor.

En el ámbito del derecho internacional, el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proscriben la retroactividad de la ley penal perjudicial. A este respecto la Comisión IDH ha señalado que: “[l]a garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por el igual tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes ex post facto a materia procesal, que actualmente se predica en el sistema procesal penal moderno, ha sido producto de la evolución del derecho penal y procesal penal”⁵⁷. De esta manera, constituyendo la propuesta legislativa una restricción más gravosa al penado, no podría en virtud del principio de irretroactividad aplicársele.

La interpretación que sostenemos es consistente con un principio esencial del derecho penal al adoptar la interpretación más favorable al condenado (principio pro persona), lo que en este caso implica proscribir toda concepción restringida al principio de irretroactividad sólo a la ley penal formal o en sentido estricto (aquellas normas del derecho penal sustancial que fijan la conducta reprochada y la consecuente sanción). La doctrina así lo sostiene. En palabras del magistrado y profesor Zaffaroni, “[s]i la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición misma o su manifestación más importante. El *nulla poena sine lege* abarca la ley penal ejecutiva porque nadie puede dudar que una ley de esa naturaleza, que admite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo, de menor entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que podía conocer el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad”⁵⁸.

En conclusión el INDH sostiene que conforme al derecho internacional de los derechos humanos, quienes han sido condenados en causas por delitos de lesa humanidad pueden acceder a los beneficios y medidas alternativas o penas sustitutivas al cumplimiento de la pena en la medida en que se garantice la investigación, la determinación de responsabilidades, se impongan sanciones adecuadas y proporcionales al daño ocasionados y se satisfagan las condiciones mínimas señaladas en el presente documento. Los beneficios en este sentido, cumpliendo los requisitos antes señalados, y constituyendo medidas a ser panderadas caso a caso y de manera individual, no desatiende la obligación

⁵⁷ Comisión IDH. Caso N° 11.888. Informe de Fondo N° 83/00/. (Alan García Vs. Perú). 19 de octubre de 2000. La CIDH señaló que la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto a los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo.

⁵⁸ Zaffaroni, Eugenio y otros. Derecho penal. Parte General. Ediar 2ª ed. Buenos Aires, 2002. pág. 124

general de determinar y establecer una sanción proporcional y adecuada al daño causado y a la gravedad del delito.

El INDH a su vez, constata que se plantea un tema controversial y que el debate público sobre estos temas ha sido exiguo, por lo que se requiere profundizarlo sobre todo en la perspectiva de involucrar y recoger la opinión de los familiares y víctimas de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Ello es un imperativo desde que la garantías de acceso a la justicia (investigación, determinación de responsabilidades penales y sanción proporcional y adecuada), entendidas como medidas de reparación integral y garantías de no repetición, deben centrarse en la víctima⁵⁹. Esta opinión es consistente, además, con el control democrático y la transparencia sobre el ejercicio del poder punitivo que el Estado democrático de derecho demanda. Debe por tanto, garantizarse en relación a estas propuestas y medidas, un proceso transparente, que asegure la debida información y deliberación pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos y otros eventuales beneficios.

⁵⁹ Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo prestando por el Sr. Theo van Boven. Relator Especial. E/CN/Sub.2/1993/8 2 de julio de 1993.