

## **MINUTA**

**Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento**

**Senado**

**“Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica”**

**Boletín 12.345-07**

**CLAUDIO NASH ROJAS (Ph.D.)**

**Académico Facultad de Derecho**

**Universidad de Chile**

**13 de abril de 2020**

1. Agradezco la invitación de la Comisión a exponer sobre el proyecto que el Gobierno ha denominado “Ley Humanitaria”, mas no puedo dejar de expresar mi opinión de que me parece inexplicable que, en el actual contexto, con todos los desafíos que tiene el país en el marco de la pandemia del Covid-19, el Senado de la República esté enfrascado en una nueva discusión relativa a un mecanismo destinado a generar condiciones de impunidad de *facto* frente a los crímenes de lesa humanidad perpetrados en la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990. Proyecto que no tiene sustento jurídico, no genera consenso político ni posee legitimidad social.
2. Es preocupante que el Gobierno reflote un proyecto de fines de 2018 (Boletín N° 12.345-07) en el contexto de las medidas que está tomando la autoridad para enfrentar la crisis de la pandemia que se vive a nivel global. Frente al rechazo por parte del Parlamento y del Tribunal Constitucional por establecer condiciones de impunidad en el marco de las medidas para proteger a la población penal por el Covid-19, el Gobierno ha dado discusión “inmediata” a su **proyecto de 2018** que busca dar el beneficio de **sustitución de pena privativa de libertad por reclusión domiciliaria total a personas condenadas** (sin distinción por el tipo de delito cometido en circunstancia que los beneficiarios son mayoritariamente criminales de lesa humanidad<sup>1</sup>), que cumplan con tres requisitos: a) diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; b) tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; c) setenta y cinco años de edad o más, que hubieren cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta, con excepción de las condenadas a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, quienes deberán tener cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente. Dicho beneficio deberá ser otorgado el el tribunal correspondiente, sin ningún tipo de ponderación de las condiciones que obligan a Chile en materia de derechos humanos

---

<sup>1</sup> Según datos entregados por Subsecretaria de Derechos Humanos en marzo de 2018: “el universo de personas reclusas que, por edad, serían prima facie beneficiadas por el proyecto en su formulación actual, la subsecretaria señaló que se trataría de unas 107 personas, casi dos tercios de ellas (69) perpetradores de crímenes de lesa humanidad. Respecto de los criterios de enfermedad terminal y/o dependencia física, estimó que entre 15 y 22 personas calificarían en esa condición, sin distinguir entre criminales de lesa humanidad y otros condenados (Universidad de Diego Portales (UDP), Informe Derechos Humanos 2019, p. 70.

3. Este proyecto debe ser rechazado por el Senado, porque tal como lo han planteado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup> y el representante del Alto Comisionado para los Derechos Humanos para el Conosur<sup>3</sup>, este **no cumple con los estrictos requisitos que establece el derecho internacional de los derechos humanos para que una medida de este tipo no se transforme en una forma de impunidad de facto para quienes han cometido graves crímenes contra la humanidad.**
4. En efecto, la llamada ley “humanitaria” configura una situación de **impunidad de facto** inaceptable. El Estado de Chile tiene la obligación (constitucional e internacional) de garantizar los derechos humanos y para ello debe investigar y sancionar sus más graves violaciones (desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, torturas sistemáticas, entre otros ilícitos)<sup>4</sup>. La sanción de estos crímenes debe ser proporcional y, además, debe ser efectivamente cumplida, sin recurrir el Estado a medidas en el ámbito interno como prescripción, eximentes de responsabilidad, amnistías o indultos *“así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria”*<sup>5</sup>.
5. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado claramente que el cumplimiento de la condena es parte de su obligación de **reparación con las víctimas** y evita la impunidad de *facto*:

“el Tribunal estima pertinente reiterar que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia. La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de *facto*. En este sentido,

---

<sup>2</sup> “Específicamente sobre el otorgamiento de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión a personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad en Chile, la CIDH señaló anteriormente que tales circunstancias requieren un análisis y requisitos más exigentes en función del bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos, y la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad” (<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/087.asp>).

<sup>3</sup> “El derecho internacional señala que los crímenes de lesa humanidad son “imprescriptibles e inamnistiables y cuestiones como la edad avanzada no justifican en sí misma la concesión de indultos u otro beneficio” (<https://acnudh.org/chile-representante-comento-a-el-mercurio-sobre-situacion-penitenciaria-frente-a-covid-19/>)

<sup>4</sup> Artículo 5 inciso 2, en concordancia con los arts. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1.1. de la CADH, que establecen el deber del Estado de “garantizar” el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Dicho deber de garantía comprende la obligación de investigar y sancionar proporcionalmente y hacer efectiva dicha condena respecto de los más graves crímenes internacionales (ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas).

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, para. 97.

la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia”.<sup>6</sup>

6. Recientemente, en relación con la discusión sobre el otorgamiento de un indulto al expresidente Fujimori en Perú, la Corte Interamericana estableció los **parámetros para evaluar la legitimidad de este tipo de medidas**:

“Además, si se contempla una medida que afecte la pena dispuesta por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, particularmente si se trata de una figura jurídica que permite que sea el Poder Ejecutivo quien extinga dicha pena mediante una decisión discrecional, es necesario que exista la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional de la misma, que permita realizar un análisis de ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida, en consideración de los estándares de derecho internacional expuestos (supra Considerandos 46 a 53 y 55 a 56). Por tratarse de graves violaciones a los derechos humanos y tomando en cuenta el desarrollo del Derecho Penal Internacional (supra Considerandos 40 a 42), 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.”<sup>7</sup>

7. De esta guisa, la Corte Interamericana exige que exista un control jurisdiccional real y no nominal de estas medidas, que permita a dichos órganos realizar una ponderación entre los derechos e intereses en conflicto (no puede funcionar en forma automática), y que dicho control considere no sólo la situación de salud del condenado, sino también: (i) la afectación de los derechos de las víctimas y familiares; (ii) que se haya cumplido una parte considerable de la pena; (iii) que se haya pagado la reparación civil; (iv) que se considere la conducta del condenado respecto del esclarecimiento de la verdad; (v) el reconocimiento de la gravedad de los delitos; (vi) su rehabilitación; y (vii) los efectos que la liberación tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares.

8. Por su parte, la **Comisión Interamericana** ya le señaló a Chile:

“[...] el sistema interamericano de derechos humanos ha advertido que la aplicación de medidas que le resten sentido o eficacia a las penas impuestas en dichos tipos de crímenes, pueden llevar

---

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú y Caso La Cantuta vs Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 30 de mayo de 2018, para. 57.

a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, erradicar y sancionar. Para graves violaciones a los derechos humanos los Estados deben, por tanto, asegurar el cumplimiento efectivo de la sanción que adopten los tribunales internos, considerando que la imposición de las penas debe contribuir verdaderamente a prevenir la impunidad como mecanismo que impida la repetición de los ilícitos. Asimismo, la Comisión observa que la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares”.<sup>8</sup>

9. Asimismo, en el marco de la actual pandemia del Covid-19, la Comisión reiteró el criterio de un estándar alto de escrutinio para medidas que benefician a quienes han cometido graves crímenes:

“Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables”.<sup>9</sup>

10. Los criterios mínimos o estándares interamericanos para legitimar una medida que afecte el pleno cumplimiento de una sanción penal por graves crímenes contra los derechos humanos reseñados, están en armonía con los parámetros que ha fijado el **Estatuto de la Corte Penal Internacional**. Si bien dicho instrumento no es aplicable directamente en el ámbito interno, sí es un parámetro sobre el consenso internacional en la materia; consenso del cual Chile es parte<sup>10</sup>. En la materia que nos ocupa, el Estatuto no permite medidas alternativas a la prisión, pero sí acepta reducción de la pena y exige que: a) se hayan cumplido 2/3 de la pena, y b) considerará aspectos como (i) la cooperación con la Corte, (ii) su contribución para la ejecución de la pena, (iii) la conducta del condenado, (iv) las posibilidades de reinserción, (v) los efectos en la estabilidad social y en las víctimas, (vi) las medidas tomadas en beneficio de las víctimas, y (vii) las circunstancias individuales del condenado<sup>11</sup>. Nada de esto contempla en proyecto de “Ley Humanitaria”.

---

<sup>8</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “CIDH expresa preocupación por otorgamiento de libertad condicional a condenados por graves violaciones a los derechos humanos en Chile, 17 de agosto de 2018.

<sup>9</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Resolución 1/20, de 10 de abril de 2020, párr. 46.

<sup>10</sup> Chile ratificó el Estatuto en Junio de 2009 y promulgó el decreto para su recepción en el ámbito interno en julio de 2009.

<sup>11</sup> Artículo 110 del Estatuto de Roma y Regla 223.

11. De esta forma, podemos concluir que los estándares internacionales relativos a medidas que puedan implicar concesión de beneficios penitenciarios a quienes han sido condenados por graves violaciones de derechos humanos, **exigen la concurrencia de requisitos más exigentes y de un escrutinio intenso** en relación con:
- a. La situación objetiva del condenado (edad, salud, pago indemnizaciones).
  - b. La situación subjetiva del condenado (conducta del condenado, reconocimiento de la gravedad de los delitos cometidos y del daño causado, colaboración con la justicia, contribución con la ejecución de la pena, posibilidades de reinserción).
  - c. La situación de las víctimas (su opinión, formas de afectación de la medida).
  - d. La situación de la sociedad en su conjunto (mensaje de impunidad que afecta la prohibición de repetición de dichos actos).
  - e. El procedimiento de adopción de la medida (ponderación de todos los elementos por parte un tribunal que deberá tomar decisiones fundadas conforme debido proceso).
12. Si se contrastan dichos requisitos mínimos con el proyecto que están en discusión, es posible establecer que este solo contempla, parcialmente, los elementos relativos a la situación objetiva del delincuente y consagra un trámite judicial, pero solo formal. Todos los otros elementos, de forma y fondo, están completamente ausentes. Así, el proyecto no contempla requisitos diferenciados, más intensos y exigentes, para condenados por graves violaciones de derechos humanos; requisitos que en ningún caso pueden ser considerados discriminatorios, ya que son una medida razonable (proporcional), sobre la base de criterios objetivos y con un fin legítimo (evitar impunidad).
13. En consecuencia, **el proyecto propuesto por el Ejecutivo no pasa el *test* mínimo de compatibilidad con los compromisos del Estado de Chile en la materia y genera una situación de impunidad de *facto* incompatible con el estado de derecho y los derechos humanos.**
14. Por ello, el poder ejecutivo no podía proponer un proyecto en estas condiciones y, si así lo ha hecho, el Congreso debe rechazarlo a fin de garantizar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones constitucionales de adecuar las actividades del Estado a los compromisos internacionales (arts. 5 inciso 2 en concordancia con los arts. 6 y 7 de la Constitución Política).

No aprobar leyes que comprometan la responsabilidad internacional del Estado es una obligación básica del Parlamento en materia de derechos humanos.

15. Una última cuestión que me parece importante considerar es el argumento sobre la necesidad de dar un **trato “digno”** a quienes han sido condenados por graves crímenes contra la humanidad como justificación de este proyecto. Este no parece ser un argumento aplicable a la situación de hecho de los condenados por dichos crímenes en Chile. En efecto, efectivamente, todas las personas privadas de libertad tienen derecho a un trato digno (no olviden, los derechos no dependen del cumplimiento de los deberes), pero las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad están siendo tratadas no solo con dignidad, sino que son claramente privilegiadas dentro del sistema penitenciario: están en recintos especialmente adaptados para su permanencia, tienen acceso a salud y tratamientos médicos; en casos graves, pueden acceder a instalaciones de salud militares; reciben sus pensiones regularmente. **La dignidad respecto de quienes están en los tres supuestos del proyecto está plenamente garantizada y no requieren de medidas especiales de impunidad.**
16. En definitiva, este proyecto de ley que busca beneficiar a criminales de lesa humanidad no cumple con el parámetro de corrección exigido constitucional e internacionalmente: **lograr beneficios personales legítimos con el menor costo social.** En el actual contexto que vive el país sería inexplicable que se apruebe un proyecto que no satisface dicho criterio de proporcionalidad.
17. Por tanto, es de esperar que esta Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, rechace este proyecto.

Santiago, 13 de mayo de 2020