

Intervención del Prof. Gabriel Zaliasnik  
Facultad de Derecho, Universidad de Chile  
Comisión de Acusación Constitucional  
5 de septiembre de 2018

Honorables señores:

Agradezco la invitación que me han cursado para venir a aportar junto a personas tan destacadas en el ámbito académico y de la judicatura. Ante tales figuras yo trataré de contribuir desde el ámbito, que imagino es el de mi convocatoria, esto es, el Derecho Penal.

Y esto es importante, porque se han escuchado numerosas argumentaciones desde el punto de vista internacional, constitucional, incluso de teoría política, pero se ha perdido un poco la perspectiva esencial del Derecho penal. Solo con el foco en el Derecho Penal uno puede entender a plenitud la cuestión que está en el fondo de esta acusación constitucional.

Y la referencia al Derecho penal no es baladí, porque el Derecho penal tiene una naturaleza y características totalmente distintas e independientes de aquellas de Derecho internacional o de Derecho constitucional, las que permean toda la comprensión que deba hacerse de sus instituciones. Así, para entender el Derecho penal, hay que verlo más que como un Derecho-de-imposición-de-castigos, como un Derecho-de-límites-al-castigo. Por eso, es un lugar común citar a *von Liszt*, que sin ser particularmente “indulgente” con la delincuencia<sup>1</sup>, sino más bien lo contrario, consideraba que el Derecho penal era la “*carta magna del delincuente*” o, dicho con toda claridad “*la barrera infranqueable de la política criminal*”<sup>2</sup>. Eso quiere decir que el

---

<sup>1</sup> Recordemos que *von Liszt* consideraba que había delincuentes irredimibles que debían ser “inocuidados”. Por supuesto, tal visión ha sido superada por la experiencia científica.

<sup>2</sup> En su famoso programa de Marburgo: <https://de.scribd.com/document/339822878/La-Idea-Del-Fin-Del-Derecho-Penal-Programa-de-Marburgo-Franz-Von-Liszt>

Derecho Penal opera justamente ahí donde la política quiere imponer sus términos contra los delincuentes.

Así, sólo desde esta óptica podemos entender aquellos aspectos jurídico-penales que la acusación constitucional no logra captar a plenitud. Así, desde la perspectiva del Derecho penal uno puede identificar verdaderas fallas geológicas sobre las cuáles se ha intentado construir esta acusación.

Como explicaré, en primer lugar, **no es cierto que la concesión de una libertad condicional implique impunidad**, sino que es justo lo contrario: libertad condicional es esencialmente un cumplimiento de la condena y su concesión es necesaria dentro de nuestro sistema; en segundo lugar, que los ministros cuestionados **más que vulnerar la el Derecho, lo han aplicado por lo que no puede hablarse de una falta de justicia**; en tercer lugar, explicaremos cómo es que la legislación internacional no exige tal cosa como el **arrepentimiento** para conceder la libertad condicional, sino que contempla variados factores que no se dejan reconducir a una norma inequívoca de Derecho Internacional convencional y que, de hecho, son compatibles con nuestro DL 321; en cuarto lugar, que **el sistema interamericano de DDHH no es, en ningún caso un impedimento para que se pueda aplicar la libertad condicional** en nuestra sistema, que apenas impone una débil regla que exige tener cuidado de una *aplicación indebida* que pueda implicar impunidad; por último, al contrario de lo que se ha dicho, **no hay en estos casos un cambio radical en la jurisprudencia sostenida previamente por la Corte Suprema**. Los fallos cuestionados precisamente son consistentes con anterior jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en la materia.

Este análisis desde el Derecho penal resulta necesario, porque para poder aventurarnos a la posibilidad de una acusación constitucional tenemos que entender la problemática que representa la plausibilidad de la interpretación del DL 321 que hacen los ministros. De hecho, parece incluso paradójico que estemos discutiendo sobre la posibilidad de aplicación de una Ley y no sobre la interpretación que se hace de ella, que es algo totalmente privativo de los jueces que conocen de las causas. De este modo, parece haber algo incluso contraintuitivo en la acusación, porque se basa en la idea de que la negligencia en que habrían incurrido los ministros no es la de no aplicar la ley vigente, sino que justamente se considera una negligencia haber aplicado a cabalidad la ley chilena.

### 1. Primera falla geológica: La libertad condicional no es impunidad

En ese sentido, hay que entender de qué estamos hablando. Lo primero que hay que tener claro es que la libertad condicional no es una forma de escapar de la pena, sino que inequívocamente representa justo lo contrario: una forma de cumplimiento de la pena y, por tanto, es castigo, no impunidad. De este modo, el DL 321 de 1925 dice con total claridad y expresamente que la libertad condicional no es una extinción ni modificación de la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir.<sup>3</sup>

Esto no se trata de una interpretación de esta modalidad de cumplimiento. Es algo fuera de toda discusión. Y esto se debe a que el sistema de penitenciario chileno está inspirado en el llamado *sistema de Crofton o irlandés*, que apunta al progresivo reintegro de la persona a la

---

<sup>3</sup> DL 321, art. 1° inc. 2°: *La libertad condicional, salvo lo que dispone el artículo 3.º del presente decreto-ley, no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este decreto-ley y en el reglamento respectivo.*

sociedad, mediante etapas sucesivas de la modalidad de cumplimiento de la pena, partiendo por el más severo —de encierro total— y terminando con, precisamente, la libertad condicional.

En un sistema así, no sólo es deseable que todos los condenados a penas privativas de libertad obtengan eventualmente la libertad condicional, sino que es impensable que ésta no esté considerada. De hecho, es muy extraño que las legislaciones occidentales no consideren la libertad condicional en el caso de las privativas de libertad. Sólo excepcionalmente en algunas penas perpetuas se reconoce la posibilidad de pena de presidio sin libertad condicional o *life without parole*, en que se entiende que no corresponde la libertad condicional, sólo porque no se espera que la persona se reintegre a la sociedad.

Así, no hay que verlo como una mera concesión graciosa al imputado, sino como un **engranaje más del mecanismo que es la prisión**. Por eso, no es accidente que si uno revisa el Decreto Ley 321 de 1925, se hayan ido incorporando excepciones cada vez más numerosas a la regla general que permite que se dicte la libertad condicional luego de cumplida la mitad de la pena, alargando dicho periodo a 2/3 de la pena, pero no suprimen la posibilidad de obtener la libertad condicional. Por mucho que se restrinja, siempre es posible obtenerla. **Suprimirla sería no entender un sistema que está basado, por mucho que uno tenga distintas opiniones sobre la función de la pena, en la idea de la prevención especial en la ejecución, en la idea de que el individuo pueda ir reintegrándose progresivamente a la vida en sociedad.**

Con esto queda clara la primera **falla geológica**: no hay forma posible de entender que, *per se*, la concesión de la libertad condicional implica impunidad. Muy por el contrario, la **libertad condicional inequívocamente representa que la pena está siendo cumplida.**

## 2. Segunda falla geológica: No hay *parodia de justicia*

Ahora bien, esto no implica ser ingenuos. La noción de impunidad tiene mucho de fáctico tanto como de jurídico. Por eso, por ejemplo, un mecanismo que es totalmente aceptado en el Derecho penal nuclear, como es la amnistía, se rechaza en general en el Derecho penal internacional y de los DDHH.

Este no es el caso de la libertad condicional. De hecho, como ya saben, incluso el Estatuto de Roma, la legislación más actualizada en la materia, reconoce la posibilidad de *reducción de sentencias*,<sup>4</sup> algo que posiblemente va más allá de la libertad condicional.

Para que la libertad condicional implique impunidad, entonces ella debe reunir características que hagan pensar que su aplicación representa, en realidad, en palabras del primer ministro francés Briand<sup>5</sup>, una “*parodia de justicia*”.

*¿Podemos hablar realmente de una parodia de justicia en este caso?* Tal cosa es del todo absurda en el caso chileno. La idea de parodia de justicia Briand la sostuvo a propósito de los juicios llevados a cabo por Alemania, luego de la Primera Guerra Mundial, en virtud de sus obligaciones contraídas en el Tratado de Versalles que puso fin a la guerra. Alemania, en ese caso llevó adelante juicios que en realidad fueron una puesta en escena para garantizar la libertad de los involucrados en los graves crímenes que debían ser juzgados y no una verdadera forma de impartir justicia. “Una comedia, escándalo, una parodia de justicia” fue la frase del

---

<sup>4</sup> Originalmente se usó como una forma de revisión de sentencias posiblemente injustas, reduciéndolas directamente. Posteriormente se ha utilizado de forma más parecida a la libertad condicional, incluso aplicándose sin reconocimiento expreso de manera automática (sin necesidad de colaboración o remordimiento), lo que ha sido criticado por laguna doctrina. Sobre el tema: <https://www.yalelawjournal.org/note/early-release-in-international-criminal-law>

<sup>5</sup> A propósito de los juicios posteriores al tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial. “Comedia, escándalo y parodia de justicia”, citado por Claus Kress: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=til>

Primer Ministro ¿Es posible sostener que algo así sucede acá? Definitivamente no, de hecho, la labor del poder judicial en Chile ha sido justamente la contraria. En el mismo caso del Tratado de Versalles se impuso mediante un tratado la obligación de impartir justicia en esos casos. Con los Tribunales de Núremberg y Tokio se inició una larga tradición de tribunales ad-hoc creados para enfrentar jurídico-penalmente los conflictos que incluyen crímenes de lesa humanidad. Además de los tribunales internacionales como el de la ex Yugoslavia o Ruanda, se han creado tribunales híbridos –una mezcla de internacional con interno– como el de Sierra Leona o Camboya, amén de procesos de paz, como el Colombiano, que han incluido expresas rebajas de pena bajo algunas circunstancias. Todas estas iniciativas han debido provenir del poder político.

**En Chile no sucedió nada de eso y los tribunales de justicia se han ido haciendo cargo del déficit de la política.** No sólo negarse nuestros tribunales se negaron a aplicar la prescripción de los delitos o la amnistía, sino que han permitido la designación de ministros con dedicación exclusiva a la investigación de algunos casos, que han llevado en la práctica a verdaderas condenas que han permitido que criminales como Manuel Contreras y otros terminaran sus días cumpliendo una pena efectiva. **Ello, mientras el legislador solo daba apenas tibios pasos para hacerse cargo del problema.**

¿Garantiza impunidad la Corte Suprema? ¿Realiza una parodia de justicia? Es evidente que esta es la segunda falla geológica: no puede existir nada más lejano a una parodia de justicia que lo que realiza la Corte Suprema y, al final, lo que aquí se juzga, es una interpretación de la ley que simplemente no le gustó a algunos.

### 3. Tercera falla geológica: el arrepentimiento como un requisito impuesto por la Corte Penal Internacional y el Derecho Penal Internacional consuetudinario

Esto nos lleva a la tercera falla geológica: la idea de que la Corte estaría fallando contra Derecho. En primer lugar, es claro que la Corte Suprema tiene la potestad exclusiva de interpretar la Ley. Así, en la medida que no hayan antecedentes adicionales, sólo un alejamiento ostensible de lo prescrito por el Derecho puede implicar un incumplimiento de sus obligaciones. ¿Sucede eso en este caso? Evidentemente que no. Por una parte, se aplica con total claridad lo establecido en el DL 321, en cuanto a los requisitos necesarios para que se conceda la libertad condicional. Tal cosa, de hecho, no ha sido puesta en duda. Tales requisitos son, para tenerlo claro, el cumplimiento de la mitad de la condena o 2/3 según sea el caso; conducta intachable durante el cumplimiento; haber aprendido un oficio; haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten.

Como puede observarse, **el arrepentimiento o la colaboración con la investigación, como se ha tratado de presentar en el debate público, no resultan exigidos en la legislación interna.** En ese sentido, imponer requisitos más allá de lo que señala la propia legislación al respecto implica, en la práctica, la denegación de un derecho para quienes podrían acceder a él. Esto no es menor. Exigir esto implica negarle este derecho no sólo a aquellos condenados por crímenes de lesa humanidad, sino que a todos aquellos condenados que han cumplido con los respectivos requisitos que establece el decreto ley. En un país que tiene una población carcelaria reconocidamente excesiva, esto resulta del todo

contraproducente. Tiene a ser muy fácil olvidar que al introducir estas excepciones, el efecto tiende a afectar al final a los más vulnerables.

El absurdo de esta acusación se hace cada vez más evidente: es una falla geológica severa. **No se está juzgando a los Ministros por infringir la ley, sino que por cumplirla.**

Pero claro, la referencia que se intenta hacer es al Derecho internacional, no al Derecho interno. Y no cabe duda que el Derecho internacional puede establecer excepciones específicas a instituciones válidas en Derecho interno. Así, hoy no hay duda de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad o que no es posible la amnistía que implica impunidad.

**¿Qué dice el Derecho internacional sobre la libertad condicional?** La verdad es que dice menos de lo que se cree. El Estatuto de Roma, al que se han hecho numerosas referencias, y que solamente se aplica a las condenas dictadas por la Corte Penal Internacional, establece la posibilidad de la *reducción de pena* en el artículo 110. Es importante tener en cuenta que libertad condicional no es lo mismo que una reducción de sentencia, que de hecho no tiene “condiciones”. Pero en el caso de la Corte Penal Internacional se establecen requisitos alternativos para la concesión de esta reducción de sentencia. El artículo 110 dice expresamente que, cumplidos otros requisitos... “la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores”. Esos factores son:

a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;

b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los

bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o

c) **Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba** que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

Fácil es entonces advertir que **el arrepentimiento no está entre los requisitos exigidos por el Estatuto**. Lo que hay es una norma de reenvío que hace referencia a las reglas de procedimiento y prueba.<sup>6</sup> Estas son normas el funcionamiento del tribunal. La Regla 223 dice que, además de los requisitos a y b del párrafo 4 del artículo 110, se *tomará en cuenta*:

a) *La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica **disociación** de su crimen;*

b) *Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;*

c) *Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;*

d) *Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;*

e) *Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.*

De la mera lectura resulta bastante claro que tampoco se establece el arrepentimiento como un requisito *sine qua non* para la concesión de la reducción de la pena.

---

<sup>6</sup> <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>

Tal vez en este punto valga la pena aclarar dos cosas respecto a este asunto que ha suscitado alguna perplejidad. En primer lugar, cualquier penalista sabe que en sí mismo el arrepentimiento es un concepto problemático, aunque no completamente ajeno, al Derecho penal. Ello es problemático pues el Derecho penal reconoce la posibilidad del imputado e incluso del condenado, de sostener su inocencia, aún luego de su condena. En ese sentido, quienes aleguen inocencia quedarían excluidos de la posibilidad de obtener una reducción de pena, porque mal sería posible exigir arrepentimiento a alguien que desconoce haber realizado la conducta. De allí que, algo más de espacio otorga la idea de *disociación* del delito contempladas en las Reglas de Procedimiento y Prueba referidas. Si bien un **arrepentimiento manifiesto es una forma de demostrar la disociación, posiblemente la mejor, no es necesariamente la única.**

Pero más importante resulta que la Corte Penal Internacional no considera un criterio único para la concesión de una reducción de sentencia. Algunos de los criterios apuntan a la colaboración con la investigación, otros con la reparación a las víctimas, otras con razones de humanidad y otras con razones prospectivas de rehabilitación. Por ejemplo, en casos como Lubanga, hay distintos factores, algunos concurrían, otros no, y al final la Corte sopesó todos y los ponderó para tomar una decisión que en ese caso fue negativa, pero no consideró ninguno suficiente por sí solo.

Eso hace que sobre el criterio de la Corte Penal Internacional o de otros criterios internacionales sea imposible construir una regla clara y única, que pueda ser considerada Derecho internacional consuetudinario, para poder ser aplicadas en un caso como éste. Más allá de que el Estatuto de Roma no se aplique en este caso, tampoco puede extraerse de él una regla general obligatoria de aplicar en el caso concreto. De

hecho, y esto resulta clave, la diversidad de criterios ofrecidos por el Derecho penal internacional hacen que lo sostenido por el Estatuto de Roma no sea incompatible con lo prescrito por nuestro DL 321. Esta es una clara falla geológica más de la acusación.

#### 4. Cuarta falla geológica: La supuesta impunidad que implojaría la libertad condicional ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Pero adicionalmente están las sentencias de Tribunales de DDHH. La referencia a ellos representa una cuarta falla geológica: de ellos no puede extraerse que en este caso se haya garantizado algún tipo de impunidad.

Específicamente, la que algo ha dicho de esto es la Corte Interamericana de DDHH. Al respecto, apenas vagamente la Corte ha señalado que el otorgamiento *indebido* de beneficios *puede* llevar a una forma de impunidad. Esto no lo sostiene en casos relativos a libertad condicional, sino que casos de reducción de pena por otras razones<sup>7</sup>. Ahí el uso *indebido* se refiere expresamente a una utilización abusiva por el tribunal de otro tipo de remedios procesales y/o penales. Sin embargo, nada obsta a que exista un uso “indebido” que esté expresado en normas de carácter legal lo que ciertamente es una hipótesis del todo diferente.

Aquí hay algo relevante que considerar. Efectivamente la Corte en estos casos podría haber fallado de otra manera actuando todavía plausiblemente. Sin embargo, esto deja al descubierto algo más importante. Si el Congreso que hoy sostiene esta acusación se hubiera tomado en serio su labor, entonces habrían regulado expresamente la concesión de beneficios a condenados por crímenes de lesa humanidad. No corresponde culpar a los jueces,

---

<sup>7</sup> Caso Barrios Altos vs. Perú (55) [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barrios\\_07\\_09\\_12.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barrios_07_09_12.pdf)

especialmente cuando se trata de jueces que han mostrado un irrestricto compromiso con los DDHH, de la negligencia del propio Congreso.

5. Quinta falla geológica: aquí no existe un cambio de la jurisprudencia. Fallos no son inéditos, sino que recogen posición anterior de misma Corte Suprema.

Por último, quiero hacer referencia a algo que se ha dicho de manera más o menos trivial. Una interpretación incluso plausible podría ser considerada sospechosa si es que ella representa un vuelco absoluto en la jurisprudencia constante del Tribunal. Un cambio en la jurisprudencia es algo completamente posible y aceptable, pero podría llevarnos a revisar esas decisiones con mayor detenimiento para ver si existen antecedentes que permitan cuestionar su pertinencia. Ni siquiera ese es el caso.

Antes de los casos en que se basa esta acusación la Corte, incluso concurriendo otros jueces, este criterio ya había sido sostenido. Para interés de la comisión, dejo algunos fallos que precisamente sostienen ese criterio previamente.

Resulta evidente que es imposible, con todos estos antecedentes, señalar que existe un claro y categórico abandono de deberes por parte de los ministros acusados. Tal cosa es del todo fuera de lugar.

Quiero terminar citando a "El hombre que amaba a los perros", de Leonardo Padura, donde habla de Baracoa y dice que *"lo primero que se oye al llegar allí es que su fama está asentada"*

sobre tres mentiras: tener un río llamado Miel pero que no endulza, pues por él solo corre agua; ser dueña de un Yunque, que es una montaña sobre la cual nadie puede forjar nada; y poseer una Farola —nombre de la carretera que une la «ciudad» con el resto del país— que no alumbra.” Lo mismo puede decirse de esta acusación: ella no alumbra, ni se puede forjar nada sobre ella y definitivamente no deja un sabor dulce.

Muchas gracias.