



**INFORME PARA EL EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL
DEL CENTRO DE ESTUDIOS AURORA SOBRE EL
SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES
FORMULADAS AL ESTADO DE CHILE EN 2009 y 2014
RESPECTO DE LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE**

CENTRO DE ESTUDIOS AURORA, DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO.

Organización académica fundada en el año 2015, cuyo objeto es profundizar en el pensamiento y estudio crítico del Derecho, sirviendo, por un lado, como espacio de formación de sus miembros en el quehacer académico, y por otro, como instancia socializadora del conocimiento, propendiendo a la transmisión de éste desde la Universidad a la comunidad local y nacional. Con tales objetivos, el departamento de Ciencias Penales del Centro de Estudios Aurora presenta por primera vez un informe sobre las recomendaciones efectuadas al Estado de Chile en el Examen Periódico Universal relativas a la pena de muerte, a fin de impulsar una visión del Derecho coherente con el respeto y la promoción de los derechos humanos en Chile.

Correo de contacto: c.estudiosaurora@gmail.com.

**Julio 2018.
Valparaíso, Chile.**

I. Introducción.

Este informe tiene por objetivo evidenciar el estado actual del cumplimiento de las recomendaciones formuladas a Chile respecto del tópico “Pena de Muerte”. Para ello, en primer lugar, el Centro de Estudios Aurora -tras establecer el deber de Chile respecto de la abolición de la pena de muerte a nivel nacional e internacional-, analizará dos recomendaciones formuladas en el Examen Periódico Universal (en adelante EPU), tanto de su primer y segundo ciclo, específicamente referidas a la normativa vigente del Código de Justicia Militar chileno. A partir de dichas recomendaciones, se constatarán los nulos esfuerzos del Estado de Chile para velar por su cumplimiento. En segundo lugar, se realizará un análisis político-criminal de la evolución de la abolición de la pena de muerte en el país (tanto normativamente como del discurso político). Luego de esto, se entregará una proyección de los riesgos patentes que representa para los derechos humanos de los ciudadanos la falta de cumplimiento de las recomendaciones, sumadas al nuevo discurso político en pos de restaurar la pena de muerte que toma fuerza en el país. Finalmente, se señalarán una serie de ideas concluyentes, orientadas a recalcar la importancia del cumplimiento de dichas recomendaciones y a entregar soluciones, desde el punto de vista normativo, que promuevan la abolición total de la pena de muerte en Chile.

II. Evaluación y comentarios sobre la implementación de las recomendaciones relativas a la Pena de Muerte.

RECOMENDACIÓN N°30 ITALIA, PRIMER CICLO EPU, 2009
CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE ELIMINAR TOTALMENTE LA PENA DE MUERTE DEL SISTEMA JURÍDICO, INCLUIDAS LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR QUE AÚN LA PREVEN EN CIERTOS CASOS.
RECOMENDACIÓN N°121.112 URUGUAY, SEGUNDO CICLO EPU, 2014
PROFUNDIZAR LOS ESFUERZOS TENDIENTES A AVANZAR EN UNA REFORMA ORGÁNICA Y PROCESAL CON EL OBJETIVO DE ELIMINAR LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN TODAS LAS HIPÓTESIS CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

A) Contexto normativo internacional.

El Estado de Chile es parte de cuatro tratados internacionales que, al referirse al derecho a la vida, establecen restricciones para la aplicación de la pena de muerte y consagran normas relativas a su abolición o a la prohibición de extenderla.

Así, al igual que el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 6° el derecho a la vida como inherente a la persona humana, manifestando una clara inclinación por suprimir la pena de muerte al establecer que ninguna parte de dicho artículo puede invocarse por los Estados miembros para dilatar o impedir la abolición de dicha pena.

Igualmente, en la misma norma el tratado establece una serie de límites o restricciones para la aplicación de la pena capital en los países que no la han abolido, exigiendo que la pena solo pueda imponerse por los delitos más graves en conformidad a la legislación vigente al momento de cometerlos, y siempre en virtud de sentencia definitiva dictada por el tribunal competente. Se mantiene la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte, en la consagración del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que no solo establece el derecho de toda persona a que se respete su vida, si no que prohíbe, en su numeral segundo, la extensión de la aplicación de la pena de muerte en delitos por los cuales no se aplique actualmente, y proscribire, en su numeral tercero, el restablecimiento de dicha sanción en los Estados que la han abolido.

Respecto a este último tratado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto la tendencia abolicionista, señalando en la Opinión Consultiva 3/83 sobre la Restricción de la Pena de Muerte que “la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final”¹.

Además, acerca del alcance de las expresiones “delitos a los cuales no se les aplicará actualmente la pena”, señaló que de acuerdo a las reglas de interpretación previstas en la misma Convención, el término “actualmente” debía entenderse como el momento en que se pretendiera legislar para reponer la pena de muerte, única forma de entender la finalidad de eliminación progresiva de dicha pena que inspiraba a ese instrumento internacional y no a la fecha de entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se tratara. En otras palabras, “no se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación”².

Finalmente, los dos protocolos relativos a la abolición de la pena de muerte disipan las dudas que en este ámbito pudieran tenerse; uno de ellos en el ámbito universal y el otro en el interamericano. Este último -denominado Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, descansa en el principio básico de que toda medida de abolición de la pena de muerte es un adelanto en el goce del derecho a la vida. Sin embargo, permite en su artículo 2°, párrafo 1°, la formulación de una excepcional reserva que prevea la aplicación de la pena de muerte como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra.

Esta facultad fue ejercida por el Estado de Chile al depositar ante el Secretario General de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Facultativo antes referido, en septiembre de 2008. Lo anterior, se llevó a cabo pese a lo señalado en el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, y conforme a lo cual los Estados Partes en la Convención expresan su propósito de comprometerse mediante un acuerdo internacional, con el fin de consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte dentro del continente americano. O incluso, se reservó dicho instrumento no obstante lo resuelto por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la medida que: “7. *Insta* a todos los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a: h) No formular nuevas reservas en relación con el artículo 6 del Pacto que puedan ser contrarias al objetivo y los propósitos del Pacto y a retirar las

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A N°3, párr. 57.

² Ídem, párr. 56.

reservas ya formuladas, en vista de que en el artículo 6 del Pacto se consagran las normas mínimas para la protección del derecho a la vida y las normas generalmente aceptadas en esta esfera”; y “8. *Exhorta* a los Estados que ya no aplican la pena de muerte pero que la mantienen en su legislación a que procedan a abolirla”³.

A nivel regional, se presenta similar situación en los países de Brasil y Perú. En el primer caso, a pesar de haber ratificado con igual reserva que Chile el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Estado brasileño proscribió la pena de muerte a nivel constitucional. Mientras que en el segundo caso, se consagra en el artículo 140 de la Constitución peruana que “la pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”. Esto ha permitido que, en ambos casos, se planteen interpretaciones expansivas que pudieran dar pie a la restauración de la pena de muerte para cierto tipo de delitos, tal como ha ocurrido en Chile, según se expone a continuación.

B) Iniciativas legislativas sobre la implementación de las recomendaciones relativas a la Pena de Muerte en Chile.

Desde el año 2001, por medio de la Ley N°19.734 y bajo el gobierno de Ricardo Lagos Escobar, que derogaba la pena de muerte en general para delitos comunes y en algunos casos para delitos militares, se han presentado diversos proyectos de ley que tocan directa o indirectamente la pena de muerte como sanción penal.

Estas propuestas parlamentarias han emanado de todas las bancadas políticas del país y con distintos objetivos, los cuales podemos clasificar en tres grandes grupos: los primeros, son proyectos que apuntan a abolición total e irreversible de la pena de muerte mediante una reforma constitucional que promulgue su prohibición en la carta fundamental; los segundos, que reclaman su derogación en el Código de Justicia Militar, único cuerpo normativo en el que sobrevive la pena capital; y, finalmente, los proyectos que abogan por la reinstauración de la máxima sanción penal para delitos comunes considerados graves y que causan gran conmoción en la población, tales como homicidios, violaciones y otros atentados contra menores de edad.

Los primeros dos grupos de proyectos, es decir, aquellos que buscaron la abolición de la pena de muerte, encuentran su fundamento en la incompatibilidad que existe entre el Estado Social y Democrático de Derecho con la mantención de la pena de muerte, puesto que en ella existe una clara vulneración a los estándares que buscan el resguardo y respeto de los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, contravendría los fines político-criminales de reinserción social que están en la base del ordenamiento jurídico chileno. Finalmente, se menciona el impacto irreversible del error judicial en esta materia. Entre estas mociones encontramos, Proyecto de Ley de 21 de diciembre de 2006, Boletín N°4762-07, presentado por la Presidenta de República Michelle Bachelet Jeria; Proyecto de Ley de 3 de julio de 2007, Boletín N°5159,07; Proyecto de Ley 16 de mayo de 1995, Boletín N°1593-07, presentado por el actual Presidente de la República, Sebastián Piñera Echeñique; Proyecto de Ley de 26 de agosto de 2008, Boletín N°6168-07, Proyecto de Ley de 5 de noviembre de 2014, Boletín N°9704-17 y Proyecto de Ley de 13 de marzo de 2018, Boletín N°11639-17.

³ Comisión de Derechos Humanos. Resolución 2005/59. Cuestión de la pena capital. 58ª sesión.

En este sentido, se presentó el proyecto que busca eliminar la aplicación de la pena de muerte en el Código de Justicia Militar, debido a su instrumentalización como arma de control y persecución política en la época de la dictadura militar (por el Diputado Hugo Gutiérrez el 11 de septiembre de 2014, Boletín N°9590-17); y otros que pretenden la modificación del artículo 19 n°1 inciso 3° de la Constitución Política de la República, el cual permite la imposición de la pena de muerte a través de la aprobación de una ley de quórum calificado (Proyecto de Reforma Constitucional de 10 de enero de 2007, Boletín N°4823-07 y el de 15 de diciembre de 2015, Boletín N°10440-07). El objetivo de estos dos grupos, entonces, ha sido incorporar una disposición que prohíba expresamente y sin lugar a duda esta sanción.

Respecto del último grupo de proyectos, es decir, aquellos que buscaron la restauración de la pena de muerte, sustentaron su argumentación en que no existe en Chile la abolición de dicha sanción, en tanto existe un resabio de ella en la tipificación de delitos militares, existiendo, por tanto, una oportunidad normativa para reincorporarla; algo así como una abolición parcial de la pena capital. Todo ello en concordancia con el artículo 19 n°1 inciso 3° de la Constitución de la República de Chile, texto fundamental que permite el establecimiento de esta pena mediante la aprobación de una ley de quórum calificado.

El primer proyecto presentado data del mismo año en que se promulgó la normativa que derogaba la pena de muerte, Proyecto de Ley de 6 de noviembre de 2001, Boletín N° 2823-07. En esta moción, se solicitó restituir la pena de muerte dentro de la escala de penas del artículo 21 del Código Penal, y en general, buscó reemplazar la voz “presidio perpetuo calificado” por “pena de muerte” en todo el cuerpo legal. Los argumentos esgrimidos fueron, por un lado, la situación de inseguridad en la que se encontraba el país por los ataques criminales producidos en la comuna de Alto Hospicio, en la Provincia de Iquique, así como también a propósito del caso de un profesor que cometió abusos deshonestos contra menores de edad. Por otro lado, se hizo referencia al estado de la legislación nacional, indicando que en Chile no existía una abolición total de la pena de muerte, razón por la cual era admisible su reincorporación. En el mismo sentido de la comentada moción encontramos el Proyecto de Ley del 6 de agosto de 2009, Boletín N° 6642-07.

Con todo, es necesario dar cuenta del estado de tramitación de todos los proyectos mencionados (tanto de aquellos que buscan abolir la pena de muerte como aquellos que buscan restaurarla), lo que implica según nuestra regulación interna, que todos ellos han sido rechazados, o bien, archivados, debido al abandono de su discusión por parte del parlamento chileno.

Sin embargo, no se puede dejar de mencionar la iniciativa parlamentaria actualmente vigente que hilvana la tesis de que el Estado chileno puede restaurar la pena de muerte como sanción penal para ciertos delitos comunes. En efecto, el 16 de mayo de 2018 la diputada Camila Flores Oporto, secundada por los diputados René Manuel García García, Diego Paulsen Kehr, Hugo Rey Martínez, Karim Bianchi Retamales, Ramón Galleguillos Castillo y la diputada Aracely Leuquén Uribe, presentó un proyecto de resolución con el objetivo de que la Cámara de Diputados exprese la necesidad de reinstaurar la pena de muerte para los casos de violación con homicidio, especialmente los cometidos contra menores de edad⁴.

La argumentación planteada por los parlamentarios oficialistas es la siguiente: Chile no ha abolido la pena de muerte, pues ello acontece cuando el país la deroga totalmente del ordenamiento

⁴ Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=5142&prmTFP=PAC&prmLOCAL=0&prmTipo=FICHAPARLAMENTARIA>. (Acceso el 05-07-2018).

jurídico, en circunstancias que en Chile subsiste para delitos militares cometidos en tiempos de guerra. Por tanto, no ha sido abolida. Luego, enumeran los requisitos dispuestos por la Convención para establecer la pena de muerte, ya vistos en el apartado anterior: 1) no haber abolido la pena de muerte; 2) imponerse a los delitos más graves; 3) en cumplimiento de sentencia ejecutoriada dictada por tribunal competente; 4) de conformidad a la ley que establezca tal pena; 5) que haya sido dictada con anterioridad a la comisión del delito; y 6) no pudiendo extenderse su aplicación a delitos a los cuales no se les aplique actualmente.

De los requisitos anteriores, ya se observó cómo responden al primero, en cuanto a que Chile aún no ha abolido la pena capital, y respecto del último de estos, ahondan en lo que refiere la expresión *actualmente*. Así, a juicio de quienes suscriben el proyecto, dicha expresión se refiere al momento de ratificación de la Convención, es decir, el año 1990. Por consiguiente, la pena de muerte podría volver a establecerse para aquellos delitos que, a la fecha de ratificación, tenían dispuesta esta pena, como lo es el de violación con homicidio, objeto del proyecto de resolución.

En definitiva, sostienen los parlamentarios que si Chile mantuvo la pena de muerte para ciertos delitos contenidos en el Código de Justicia Militar, luego, no abolió completamente la pena de muerte, y por tanto, podría restablecerla para aquellos delitos que, a la fecha de ratificación de la Convención, eran sancionados de esa manera.

Pues bien, tras analizar las diversas iniciativas legislativas de los últimos años, se puede advertir una constante fluctuación entre posturas totalmente divergentes respecto de la pena de muerte, independiente del gobierno de turno y de discursos oficialistas, lo que conlleva la posibilidad de que existan interpretaciones como la del último grupo señalado que, de materializarse, significaría un total incumplimiento de las recomendaciones aquí estudiadas.

C) Comentarios sobre las recomendaciones no implementadas: Instauración de un discurso punitivista en la política-criminal nacional.

El escenario normativo expuesto se enmarca en el contexto punitivista del fenómeno llamado expansión del derecho penal, cuyo término se puede caracterizar de la siguiente manera: la introducción de nuevos tipos penales, la agravación de los ya existentes, la creación de nuevos bienes jurídicos, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

Así, la tendencia expansiva del Derecho penal ha determinado también el contexto legislativo nacional de los últimos años, a través de proyectos de ley y reformas penales que evidencian las mentadas características. Aquello es posible de sustentar si examinamos, por ejemplo: la agravación de los tipos penales ya existentes, como ocurre con la Ley N° 20.779 que aumentó las penas del homicidio (2014), o con la modificación del artículo 449 del Código Penal que altera el sistema común de conmensuración de las penas para ciertos delitos contra la propiedad, impidiendo al juez moverse de los grados de la penalidad, lo que también ocurrió con las reformas a la Ley de tránsito (2014) y a la Ley de armas (2015); asimismo, la reciente Ley N° 21.020 (2017), sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, que introduce un bien jurídico que aparentemente sería la salud de los animales; la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, manifestada en la abundancia de delitos de peligro abstracto y la flexibilización de las reglas de imputación, ejemplo de lo cual aparece a Ley 20.770 que en su artículo 1° n° 7 exige el cumplimiento efectivo de un año de privación de libertad, pese a que el condenado cumpla con los requisitos para acceder a una remisión de la pena; la relativización de los principios político-criminales de garantía, como el debate acerca de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores, reforma que actualmente se encuentra aprobada en general en nuestro Congreso Nacional; además, encontramos casos en que, por vía de la reinterpretación de garantías clásicas, se tiende a una expansión de la punición, como es el caso de la interpretación por el Tribunal Constitucional chileno del artículo 186 del CPP, en la cual se sostuvo que son la víctima y el querellante quienes tienen el derecho a solicitar al juez de garantía un control sobre la investigación no formalizada; por último, el caso más paradigmático de todos lo encontramos en el proyecto de modificación de la ley que sanciona las conductas terroristas -presentado por el actual Presidente de la República-, en el cual se observan todas las características de un Derecho penal expansivo.

Las causas de este fenómeno responden a un conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que producen un cúmulo de efectos como expansión. Sin embargo, existen ciertos factores que indiscutiblemente contribuyen considerablemente en el origen de estas tendencias expansionistas, como lo es la sensación social de inseguridad y la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, lo que ha llevado a que la población exija a sus representantes reformas que precisamente responden a las características antes señaladas, a lo que la respuesta legislativa ha accedido, debido al exitoso rédito electoral que la adopción de tales medidas implica.

Siguiendo la misma línea, la discusión acerca de la pena de muerte es un tema que está en constante discusión, sobre todo frente a la ocurrencia de sucesos particularmente trágicos, al calor de los cuales el debate ciudadano tiende a girar en torno a si debe o no restablecerse. Considerando lo antes dicho sobre el contexto nacional y entendiendo que Chile está efectivamente orientado hacia una política criminal expansiva que puede llegar incluso a mover los límites más inherentes del Derecho penal liberal, no debe pensarse en la existencia de un simple temor, sino que debe asumirse como un riesgo real, la posibilidad de que el expansionismo penal llegue a permitir el restablecimiento la pena capital para delitos comunes, vulnerando de esta forma los principios abolicionistas que inspiran los tratados internacionales y resoluciones de órganos de Naciones Unidas que buscan proteger el derecho a la vida.

III. Conclusiones y desafíos para el cumplimiento de recomendaciones no implementadas.

1. El Estado de Chile no ha implementado las recomendaciones relativas a la pena de muerte que abogan por la total abolición de su aplicación en todos los casos para los que actualmente está prevista, en cuanto no se han eliminado las normas contempladas en el Código de Justicia Militar.
2. La pervivencia de la pena capital para cierto tipo de delitos militares conlleva el riesgo real de sostener, por parte del poder político, interpretaciones expansivas de Derecho penal que permitirían el restablecimiento de la pena de muerte para delitos comunes más graves.
3. Dichas interpretaciones se oponen a las disposiciones y al espíritu abolicionista de la pena de muerte contenido en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y en las resoluciones de los diferentes organismos de Naciones Unidas, que entienden que la eliminación total de la pena de muerte contribuye en el goce del derecho a la vida.
4. En consecuencia, el Estado de Chile no se encuentra facultado para restaurar la pena de muerte en ningún caso, pues vulneraría las obligaciones internacionales asumidas por el país, acarreando la correspondiente responsabilidad internacional al Estado. Lo anterior, por cuanto los tratados anteriormente señalados, deben cumplirse de buena fe según lo prescribe el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
5. Tampoco le es posible a Chile reponer la pena de muerte bajo una interpretación armónica y sistémica de por lo menos dos disposiciones constitucionales que rigen el Derecho interno, cuales son: el número 1° del artículo 19 que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y el artículo 5 inciso 2° que reconoce como limitación del ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, además de establecer el deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
6. Por lo anteriormente expuesto, se sugieren tres recomendaciones para el Estado de Chile, cuyo destinatario es el Presidente de la República, quien deberá presentar el proyecto respectivo al Congreso y darle la urgencia que corresponda para ser discutido y votado por los parlamentarios, a saber:
 - a) Retirar la reserva con la cual se ratificó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 - b) Reformar el artículo 19 N°1 inciso 3° de la Constitución Política de la República, consagrando constitucionalmente la abolición total de la pena de muerte.
 - c) Como corolario de lo anterior, derogar la pena de muerte de los delitos del Código de Justicia Militar que actualmente la prevén.