

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

## **¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal\*\***

Felix Herzog

Prof. Dr., Catedrático de derecho penal de la Universidad de Bremen

[felix.herzog@uni-bremen.de](mailto:felix.herzog@uni-bremen.de)

### **Introducción**

Por largo tiempo existió consenso entre los criminólogos en cuanto a que la criminalidad consiste en un comportamiento apartado de las normas sociales imperantes que se manifiesta sobre todo en miembros de las clases sociales inferiores.<sup>1</sup>

Sin embargo, a propósito del resurgimiento del derecho penal internacional y del establecimiento de una Corte Penal Internacional ha logrado imponerse la idea de que las formas más comunes de comportamientos criminales – y las que tienen efectos más significativos – han tenido lugar para conseguir, fortalecer y mantener el poder.<sup>2</sup>

Mencionaré a continuación sólo algunos ejemplos de criminalidad estatal organizada, que han tenido como protagonistas a quienes detentan el poder en el Estado, sea que se trata de criminalidad iniciada, tolerada o fomentada por el Estado:

- Delitos contra el honor contra disidentes a través de propaganda difamatoria o directamente calumniosa.
- Deportación mediante destrucción dirigida de viviendas y de campos y matanza de ganado.
- Dejar morir de hambre a grupos étnicos que no cuentan con el favor del poder, procurada al dejarlos dolosamente sin suministros básicos.
- Secuestros, detenciones sin debido proceso, ejecuciones sumarias por órganos estatales o para estatales, desaparecimiento forzado de personas.
- Relegación ilegal y destrucción de los medios de subsistencia por medio de traslado forzoso de la población.

---

\* Conferencia ofrecida por el autor a los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Talca, el día 12 de noviembre de 2007.

\*\* Traducción realizada por la Dra. Claudia Cárdenas Aravena, en su calidad de Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (año 2007).

<sup>1</sup> Cfr. SCHWIND, Hans Dieter. *Kriminologie. 17ª ed.* Heidelberg: Kriminalistik Verlag, 2007, § 7.

<sup>2</sup> Resulta fundamental al respecto JÄGER, Herbert. *Makrocriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt.* Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch-Verlag. 1989; el mismo: “Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzeptes.” *Kritische Vierteljahresschrift* (1993), p. 259 y ss.; NAUCKE, Wolfgang. *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität.* Frankfurt am Main: Klostermann Verlag, 1996, *passim*; para una presentación fenomenológica de la cuestión cfr. EISENBERG, Ulrich. *Kriminologie. 6. Edición.* München: Beck. 2005, § 44 III.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

- Destrucción de la identidad de grupos étnicos, políticos, religiosos y sociales mediante ataques a su identidad cultural, libertad sexual y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Si recogiésemos todos estos hechos en una estadística criminal mundial, entonces lo que podríamos llamar “criminalidad normal” pasaría claramente a un segundo plano, tanto bajo criterios cuantitativos como bajo criterios cualitativos.<sup>3</sup>

Además se puede percibir que en este ámbito existe con cierta seguridad - en comparación con las estadísticas criminales oficiales – una considerable cifra negra de macrocriminalidad, ya que es el Estado quien tiene el poder de definir qué se va a tipificar como delito o a justificar y qué no, por lo tanto, durante el tiempo que dure el régimen criminal y dentro de su jurisdicción territorial, las conductas llevadas a cabo por órganos estatales o con su tolerancia son legales: no se apartan de la normativa imperante, sino que corresponden a comportamientos fomentados por el régimen, llevados a cabo por personas socialmente adaptadas.

En estos casos son observadores externos como organizaciones de derechos humanos, a veces otros Estados u organizaciones internacionales, la opinión pública internacional, y los familiares de las víctimas, quienes denuncian esta clase de comportamientos como conductas criminales.

La persecución y castigo de esta clase de crímenes sólo se hace posible luego de cambios políticos considerables, luego de revoluciones o intervenciones externas.

Con anterioridad, estos hechos son simplemente negados, o incluso se pretende reinterpretar la realidad mediante un desprecio cognitivo de la calidad de víctima y una valorización de la categoría de enemigo, pretendiendo otorgar a los crímenes la calidad de actos de legítima defensa.

Dentro de sistema normativo interno de los regímenes totalitarios se trata a los hechos de los que hablamos, por ejemplo, como hechos para defensa contra “la amenaza comunista”, para la protección de la “unidad nacional”, o para la lucha contra “bandas criminales”.

En caso de que pasen décadas para que dichas conductas lleguen a valorarse como crímenes en la nación determinada, o que la persecución de tales crímenes se logre sólo después de impulsos externos, y la justicia demore a su vez otros tantos años en investigar los hechos, suele suceder --como la experiencia histórica nos enseña-- que los procesos penales, de llevarse a cabo, debiesen tener como imputados a dictadores ancianos y de salud precaria.

La humanidad --esa de la que prescinden los regímenes totalitarios en su trato hacia sus perseguidos en cuanto están dispuestos a matar a niños, ancianos y mujeres por igual si les es conveniente-- suele alegrarse entonces a favor de los responsables de estos hechos.

---

<sup>3</sup> Asimismo EISENBERG, *Kriminologie*, cit. nota al pie n° 2, § 44 III.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

## 1. Legitimidad constitucional de los procesos penales contra dictadores ancianos

No es mi intención comentar los asuntos internos de su Estado [Chile], en cambio puedo desarrollar el tema de esta conferencia ilustrándolo con un ejemplo de la historia reciente de la justicia alemana: el proceso contra Erich Honecker después del fin de la dictadura comunista del partido socialista unificado (SED) en Alemania Oriental.<sup>4</sup>

En el año 1992 --y a raíz del proceso en contra de Erich Honecker (último gobernante de la República Democrática Alemana)-- la justicia alemana se ocupó vivamente de la discusión acerca de la admisibilidad de llevar a cabo un proceso penal en contra de una persona cuya esperanza de vida es tan corta. Este caso servirá de referencia para las reflexiones que quiero compartirles, no ha de ser el objeto principal de mi conferencia.

La conferencia no pretende entonces dedicarse a relatar en primera línea el procedimiento contra Erich Honecker y su desenlace, ni de la sentencia del Tribunal Constitucional Berlínés de 12 de junio de 1993<sup>5</sup> que llevó finalmente al sobreseimiento del proceso y al viaje de Erich Honecker desde Alemania para Chile, sino que solamente se referirá tangencialmente a estos hechos.

Más bien les quiero mostrar que la cuestión de la legitimidad del proceso penal contra dictadores ancianos y gravemente enfermos no es un problema que implique tan solo al sistema de justicia criminal, sino que nos lleva a preguntas fundamentales acerca de la responsabilidad penal y su manifestación en la práctica.

Se trata de la relación entre el procedimiento penal y el derecho penal material en la matriz de los fines de la pena y con el trasfondo de los límites constitucionales a la persecución criminal.

Para dar comienzo a mis reflexiones permítanme volver sobre el proceso contra Erich Honecker, bien sea sólo en cuanto la decisión del Tribunal Constitucional Berlínés en ese asunto contiene consideraciones generales sobre el asunto que nos concierne.

El Tribunal Constitucional Berlínés reconoció en el proceso contra Honecker a la limitada expectativa de vida como un impedimento procesal, y lo hizo con el siguiente fundamento:

Un juicio penal llevado adelante contra un moribundo ya no podría alcanzar su finalidad legal, que consistiría en realizar la legítima pretensión de la comunidad estatal de esclarecer los hechos imputados al acusado y de que eventualmente, de haber mérito para ello, se le condene y castigue. Con ello, el proceso penal se convertiría en un fin en si mismo, que haría de la persona nada más que un objeto de medidas estatales, lo que atentaría contra el mandato de respetar la dignidad humana. De esta constelación surgiría una prohibición constitucional de llevar adelante un procedimiento criminal en estas situaciones.

---

<sup>4</sup> Para una perspectiva crítica y documental de ese proceso cfr. WESEL, Uwe. *Ein Staat vor Gericht. Der Honecker-Prozess*. Frankfurt am Main: Eichborn, 1994.

<sup>5</sup> Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, sentencia de 12.1.1993, *Neue Juristische Wochenschrift* (1993), pp. 515 y ss.; también PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Neue Justiz* (1993), pp. 152 y ss.; STARCK, Christian. *Juristenzeitung* (1993), 231 y ss.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

Extremando el argumento, podría sostenerse que un procedimiento contra una persona enferma de muerte significaría un retroceso del sistema criminal de justicia a rituales previos a la ilustración, ya que aún en el umbral de la muerte se abusaría de una persona para llevar adelante una ceremonia políticamente correcta.

Quiero analizar este argumento a la luz de algunas doctrinas clásicas acerca de la relación entre procedimiento penal y derecho penal y la discusión acerca de los fines de la pena.

Una doctrina indiscutida acerca de la relación entre el derecho penal y el procedimiento penal reza que el derecho procesal penal sería un derecho que tenga por fin servir al imperio del derecho, a la determinación y realización de la pretensión penal estatal. Según esta concepción clásica, la finalidad del proceso penal consiste en la decisión acerca de la punibilidad del acusado que sea materialmente correcta, consecuencia de un procedimiento legalmente tramitado y logre la paz social.<sup>6</sup>

Otra doctrina indiscutida acerca de la integración constitucional del derecho procesal penal reza que el derecho procesal penal ha de entenderse como derecho constitucional aplicado, por lo que el hecho de que se guarden las formas del debido proceso no obedece sólo a caprichos formales, sino que sirve directamente a la protección de la dignidad humana y de los derechos constitucionales del acusado.<sup>7</sup>

Por tanto:

El proceso penal ha de servir para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado, pero no a como de lugar, sino que solamente será legítimo cuando tenga lugar bajo reconocimiento estricto de las formalidades protectoras del acusado como sujeto del proceso.

Un elemento fundamental del proceso penal en un Estado de Derecho, que debiese orientarse en el respeto a la dignidad humana, no permitiría entonces que se dirija un proceso penal en contra de un acusado de manera instrumental y por lo tanto faltando al respeto de su dignidad humana.

La impresión que dejaría un proceso que no tenga en consideración los elementos antedichos podría ir en último término en desmedro de uno de los fines del derecho procesal penal, cual es el aseguramiento de la paz social, ya que de cara a procesos de estas características podría surgir un debate polarizado acerca de si corresponde darle prioridad a consideraciones de humanidad o a la retribución.

Pretendo demostrar que la discusión no tiene por qué agotarse en estas dos posturas extremas, sino que es factible encontrar una solución que considere tanto los imperativos de humanidad respecto del acusado como también la necesidad de justicia para las víctimas y sus familiares.

---

<sup>6</sup> Cfr., por todos BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Ed. Heidelberg: Müller, 2006, § 1 III

<sup>7</sup> De ahí la conocida expresión de “el Derecho Procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado” en: ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25. Ed. alemana (Munich 1998). Traducción de CÓRDOBA, Gabriela E. y PASTOR, Daniel R., revisada por MAIER, Julio B. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, § 2.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

Nadie discutirá que el Derecho Penal tiene como una de sus ideas fundamentales la de la proporcionalidad y por consiguiente también la prohibición de excesos, como queda demostrado por ejemplo en el hecho de que existan marcos de pena diferenciados, en la previsión de un catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal y la proporcionalidad interna de las amenazas punitivas.

Si el proceso penal es por una parte un derecho que sirve al imperio del derecho penal, y por otra parte es derecho constitucional aplicado, el principio de proporcionalidad gana protagonismo a la hora de llevar adelante los procesos.

Pareciera no requerir fundamentación adicional el hecho de que mediante la implementación de las distintas posibilidades que ofrece el derecho penal material y teniendo en consideración el principio de proporcionalidad se puede llevar a cabo una graduación de la admisibilidad de procedimientos penales según la gravedad de la ofensa y lo fundado de las sospechas contra el imputado.

Con ello hemos ganado un primer punto a tener en cuenta al ocuparnos de la admisibilidad de llevar adelante procesos penales contra dictadores ancianos y con problemas de salud. Naturalmente atenta contra el principio de proporcionalidad pretender llevar adelante a todo evento procesos penales por delitos bagatelarios, llegando incluso a imponer la medida cautelar de prisión preventiva por el tiempo que dure el proceso. No puede haber un interés público en citar a un hombre moribundo ante un tribunal solamente para proceder respecto de un hecho de bagatela.

Teniendo en consideración el principio de proporcionalidad y la prohibición de excesos seguramente será posible encontrar un amplio consenso respecto de que puede ser que corresponda no llevar adelante un procedimiento penal cuando por peritajes médicos se demuestre que existe una alta probabilidad de que el llevar adelante un juicio oral llevaría literalmente a la muerte del imputado.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha expresado respecto de este punto, en una de sus resoluciones, que desde el punto de vista de la obligación constitucional del Estado de proteger la vida podía derivarse que en casos como el que se describen procedería y sería mandatorio el sobreseimiento del proceso.<sup>8</sup>

Quedaría entonces a salvo un grupo de procesos en los que

1. se persigue la responsabilidad por infracciones graves a bienes jurídicos en los ámbitos de la integridad corporal, la libertad y la vida de otros, vale decir por delitos especialmente graves y
2. en los cuales el proceso penal no implica por si mismo un peligro para la vida del imputado.

---

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional Federal, decisión de 20.9.2001, en *Neue Juristische Wochenschrift* (2002), 51; también MÜLLER-CHRISTMANN, Bern. "Aktuelles Strafprozessrecht." *Juristische Schulung* (2002), p. 592.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

En casos como este cabe reconocer que no se violenta el principio de proporcionalidad si se persigue penalmente a una persona anciana y con problemas de salud. El principio de reciprocidad como principio que guía todas las creaciones y actuaciones jurídicas hace que la consideración que es debida a personas que han actuado sin reparos contra la integridad física, la libertad y la vida de sus congéneres sea menor. Esto vale especialmente en cuanto la acusación se funde en haber participado en la persecución sistemática de personas de cualquier edad.

La concretización del principio de proporcionalidad y de un proceso penal que obedezca a los principios del Estado de Derecho se manifiesta --en estos casos-- en tener en consideración que el acusado tiene limitada capacidad de intervención procesal.

Bajo capacidad de intervención procesal se entiende, según la jurisprudencia alemana, la capacidad del acusado de defender sus intereses de manera razonable, de velar por sus derechos y de llevar adelante su defensa de forma prudente y comprensible.<sup>9</sup> Habría entonces incapacidad de intervención procesal en los casos en el imputado, en virtud de su constitución física o psíquica ya no está en condiciones de proteger razonablemente sus intereses y de defenderse apropiadamente. Entre la capacidad o incapacidad de intervención procesal y la edad avanzada puede existir una relación, pero ella no es directa en el sentido de que deba existir. Naturalmente existen una serie de enfermedades que en sus estadios finales llevan a una afectación de las fuerzas corporales y mentales de tal magnitud que la capacidad de comunicación se ve fuertemente restringida. Naturalmente que la certeza de una muerte próxima implica una considerable carga que puede llevar a que en el proceso se tenga una actitud de resignarse al propio destino.

La concretización de la proporcionalidad en forma de la debida consideración de la capacidad de intervención procesal no ha de significar que en todos los casos los procedimientos penales hayan de sobreseerse por esta razón.

Hasta un límite que no se puede precisar de manera abstracta, pero que debiese ser construido aplicando al caso concreto los conceptos de la máxima de concentración en el ámbito del derecho procesal y la de la dignidad en el terreno del derecho constitucional se dejarían construir soluciones pertinentes a cada caso para llevar adelante el procedimiento adecuando la programación de las audiencias, su duración y el sobreseimiento parcial del procedimiento por algunos de hechos individualizados.

## **2. Sentido de los procesos contra dictadores ancianos a la luz de la teoría de la pena**

Si un procesamiento de estas características hasta el límite de las fuerzas del imputado tiene algún sentido es una cuestión que puede ser dilucidada conectando esta pregunta a la discusión acerca de los fines de la pena.

Si se entiende como fin del proceso penal solamente la realización de la pretensión punitiva estatal que pretende influir en la conducta futura del imputado, vale decir la resocialización,

---

<sup>9</sup> Bundesgerichtshof in Strafsachen (BGHSt) Bd. 46, 345.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

entonces aparece como evidente que un proceso penal contra una persona anciana y enferma carece de sentido.

Sin embargo, desde mi punto de vista esta respuesta no considera todos los alcances de la cuestión, ya que solamente se está considerando la pena en si y deja de lado el hecho de que ya el mismo proceso penal puede verse como el comienzo de una reintegración.<sup>10</sup>

No creo que sea para nada cínico fundamentar la prosecución de un proceso penal contra personas ancianas con el argumento de que se quiere dar al imputado la posibilidad de reconciliarse con la sociedad. Esta perspectiva tiene puntos de encuentro con todas las formas conocidas de pedir perdón por los pecados y de buscar la ante la cercanía de la muerte. Admito desde luego que estas formas sociales-religiosas por lo general prescinden de procedimientos exhaustivos para reconstruir la verdad y se entienden y llevan adelante sin dilucidar de manera precisa la responsabilidad y la culpa como actos de perdón.

Si el fundamento del derecho penal se ve preferentemente en la retribución, entonces la solución a nuestro dilema aparece como relativamente fácil.

La mirada del fundamento de la pena como retribución está centrada en el pasado, por lo que el hecho de llevar adelante un procedimiento en contra de un anciano no presenta mayores problemas.

En el caso de la retribución se trata en último término no del efecto de la pena hacia el futuro, sino de la compensación retributiva del injusto acaecido.

El conocido ejemplo de la Isla en „La metafísica de las costumbres” de Immanuel Kant suele utilizarse como prueba de la prescindencia de consideraciones acerca de efectos futuros que la pena pueda tener para el individuo o para la sociedad en las teorías absolutas acerca de los fines de la pena. Allí se expresa: ““Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos”.”<sup>11</sup>

No hay para qué compartir la rigurosidad de Kant, y en el caso que nos convoca tampoco se trata de la ejecución de la pena de muerte. Quiero más bien poner hincapié en el contenido de justicia de esta sentencia, es decir, la significación de una pena prescindente de fines como forma de manifestación del injusto.<sup>12</sup> Este aspecto de manifestación del injusto a través de la pena

---

<sup>10</sup> Resulta fundamental HABERSTROH, Dieter. *Strafverfahren und Resozialisierung*. Frankfurt am Main: Lang, 1979.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*. 2ª ed. Traducción de CORTINA, Adela; CONILL, Jesús. Madrid: Tecnos, 1994, p. 168-169.

<sup>12</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried. “Comentario preliminar al § 1 StGB.” En: NEUMANN, Ulfrid; PUPPE, Ingeborg; SCHILD, Wolfgang (eds.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden (Alemania): Nomos, 2003. pp. 1-139, números marginales 255-270 y 410-414.

HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

construye un puente a la discusión moderna acerca de los fines de la pena en torno a la prevención general.

Bajo prevención general positiva comprendo, junto a mi maestro Winfried Hassemer, una teoría para fundamentar la pena donde la pena no pretende la adaptación o disuasión, sino la afirmación pública y aseguramiento de normas fundamentales en una sociedad por un derecho penal y un derecho procesal penal orientados a valores como una necesaria ultima ratio de control social y afirmación normativa.<sup>13</sup>

En esta teoría el proceso penal está ejemplarmente orientado a los derechos humanos y garantías procesales. En él se discute sobre el delito, que es entendido como un menosprecio y derogación de las normas de reconocimiento recíproco entre las personas. En esta teoría, la manifestación del derecho frente al injusto acontecido no depende necesariamente de la ejecución de la pena, porque ya con el proceso penal puede haberse dejado suficientemente en claro que la sociedad parte de la premisa de que los hechos discutidos en el proceso constituyen un injusto del que se derivan responsabilidad y culpa, y manifiesta su voluntad de mantener sus normas.

Frente a los crímenes más graves de una dictadura que se refieren a amenaza de derechos humanos fundamentales puede ser obligatorio, exigible y adecuado, y con ello también proporcional, manifestar el derecho también a través de un proceso contra una persona mayor y frágil.

Cuando el derecho penal debe afirmar aquellas normas y valores que son indispensables para la vida social en respeto recíproco y para la humanidad, entonces debe hacerlo – según los casos – en procedimientos a cuyo fin no sea posible contar con la ejecución de una pena.

Al final de un proceso penal de esas características estaría la sentencia, que deja en claro con validez general cuál es la pena con la que debe contarse por la comisión de los hechos por los que se ha condenado.

Según la doctrina básica de la culpabilidad por el hecho, el estado del acusado no puede cobrar importancia para fundamentar la determinación de la pena. Si bien en la sentencia debe asignarse la pena correspondiente por el hecho culpable, al mismo tiempo pueden existir mandatos de humanidad para dispensar el cumplimiento de la pena. Esto puede colegirse, en el sistema del Código Procesal Penal alemán, de la regulación contenida en su parágrafo 455 inciso tercero que prevé que la ejecución de la pena puede ser suspendida en los casos en que el condenado se encuentre en un estado corporal incompatible con la ejecución inmediata de la pena.

### **3. Conclusiones**

Déjenme resumir las conclusiones de mi conferencia:

---

<sup>13</sup> HASSEMER, “Comentario”, número marginal 289 y ss.



HERZOG, Félix. ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.

*Polít. crim.*, N° 5, 2008, D1-5, pp. 1-9.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)]

- Independientemente de la calidad de la imputación no es admisible llevar adelante un proceso penal que, dadas las cargas que este conlleva, vaya a acarrear la muerte del imputado.
- En cuanto existan imputados llamados a responder por crímenes gravísimos y cuya vida no corra peligro por el hecho de llevar adelante el juicio oral, es admisible el llevar adelante un proceso penal aún contra ancianos cuya muerte parece cercana, siempre que tengan capacidad de intervención procesal. El tiempo de duración del procedimiento, la programación de las audiencias y los hechos materia del proceso han de ser adecuados al estado de salud del acusado.
- Hasta qué punto se puede llevar adelante el proceso debe ser decidido teniendo como límites las capacidades del acusado y la viabilidad de cumplir con el procedimiento, teniendo en consideración la discusión acerca de los fines de la pena.
- Con los argumentos de la teoría de la resocialización se puede fundamentar también el llevar adelante procesos penales contra personas ancianas y cercanas a la muerte si se contempla al juicio oral como una etapa del proceso de resocialización y reconciliación.
- La teoría retributiva favorece el llevar adelante procesos penales siempre que se trate de imputaciones relevantes, que se toman todas las consideraciones debidas y que el proceso tenga una función importante en cuanto a manifestar lo injusto de los hechos imputados.
- De cara a los delitos más graves, en los que se trata de la violación de derechos fundamentales de las víctimas puede ser obligatorio y exigible llevar adelante un proceso penal aún contra un enfermo terminal, con el fin de manifestar públicamente la vigencia de la norma.
- Al final de un proceso penal de estas características debe situarse una sentencia que deje en claro, con validez general, de manera orientada a la culpabilidad por el hecho, qué pena corresponde al hecho acusado. Por razones de humanidad puede corresponder dispensar de la ejecución de la pena.