

“Análisis proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica”

I.- Introducción.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el proyecto de ley, que se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado de la República, denominado “Que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica”, boletín N° 12.345-07.

Este proyecto de ley corresponde a un mensaje enviado en el segundo mandato del ex Presidente de la República, don Sebastián Piñera, ingresando al Senado de la República el 28 de diciembre de 2018 y encontrándose a la fecha en la tabla de la Cámara Alta para ser votada la idea de legislar.

El proyecto de ley básicamente propone mediante una modificación al Código Procesal Penal y al Código de Procedimiento Penal, sustituir la pena privativa de libertad por la nueva pena que se crea de arresto domiciliario total para las personas que se encuentren en las siguientes tres circunstancias:

- a).- Haber sido diagnosticada con una enfermedad en fase terminal.
- b).- Tener, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irreparable que les provoque una dependencia severa.
- c).- Tener 75 años o más y haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta. En este último caso, si la persona ha sido condenada a presidio perpetuo simple o presidio perpetuo calificado, solo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

En el capítulo II del informe, analizaré el contenido del proyecto de ley, tanto en sus antecedentes, fundamentos, ideas matrices y parte normativa.

En el capítulo III, abordaré la tramitación legislativa que ha tenido el proyecto de ley desde su ingreso al Senado, dando cuenta y analizando los principales antecedentes entregados en los informes de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Por último, en el capítulo IV a modo de conclusión, expondré una serie de consideraciones finales.

Fuentes del capítulo: Proyecto de ley denominado “Que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.”, boletín N° 12.345-07; Página web del Senado de la República.

II.- Análisis proyecto de ley.

En este capítulo, tal como se anuncia en la introducción analizaré el contenido del proyecto de ley, tanto en sus antecedentes, fundamentos, ideas matrices y parte normativa,

para dicho efectos y con el objeto de no confundir el texto del proyecto de ley que se reproducirá con el análisis del suscrito, el mensaje del ejecutivo se reproduce en una letra más pequeña y destacada en negrilla, diferenciándose de esta manera del análisis de la iniciativa legal.

“ANTECEDENTES DEL PROYECTO

Una preocupación primordial de este Gobierno es garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, cualquiera sea su edad, origen, sexo o condición, así como también avanzar hacia una sociedad más compasiva y humanitaria, especialmente con las personas que se encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad. En este sentido, una de las medidas propuestas en el Programa de este Gobierno es permitir, por razones humanitarias y de dignidad, que las personas de edad muy avanzada, o con enfermedades terminales graves o que les impidan valerse por sí mismas y que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, puedan sustituir dicha pena por arresto domiciliario total¹.

En efecto, el programa del segundo gobierno del Presidente Piñera, contemplaba a los Derechos Humanos como uno de los principios objetivos y medidas en el capítulo “Justicia y Derecho Humanos”, señalando textualmente en la parte pertinente del N° 6 lo siguiente: **“Por razones humanitarias y de dignidad permitir que las personas de edad muy avanzada, o con enfermedades terminales graves, o que les impidan valerse por sí mismas, y que se encuentren cumpliendo condenas en cárceles, puedan sustituir la pena por arresto total en su propio domicilio o, según su elección, en un establecimiento adecuado a su situación de salud o avanzada edad.** (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Esta materia no es sólo una preocupación reciente, sino que desde hace más de una década diversas iniciativas presentadas ante este Congreso Nacional han venido relevando la necesidad de regular la situación del cumplimiento de la pena privativa de libertad de las personas mayores, o que padecieran una enfermedad terminal o grave invalidante, o bien un grave deterioro físico irreversible. Si bien lo hacían bajo diferentes terminologías, todos estos proyectos proponían, en definitiva, otorgar a los tribunales la facultad de sustituir la pena privativa de libertad por una de reclusión domiciliaria.

Reconociendo estas experiencias previas y recogiendo lo mejor de cada una ellas, para la elaboración del presente Mensaje se tuvieron a la vista los boletines N°3.554-07², N°5.367-07³, N°5.874-07⁴, N°10.740-07⁵, N°10.745-07⁶, N°10.746-07⁷, N°11.020-07⁸, N° 11.024-07⁹ y N° 11.569-07¹⁰.

Cabe destacar de los nueve proyectos de ley referidos que sirvieron de base para la elaboración de la iniciativa legal, el último boletín referido correspondiente al N° 11.569-07, es

¹ Programa de Gobierno 2018-2022, “Construyamos Tiempos Mejores para Chile”, Sebastián Piñera Echenique, p. 143.

² Moción ingresada el 10 de junio de 2004, por los Señores Diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Patricio Hales Dib, Edgardo Riveros Marín, Eduardo Saffirio Suárez, Rodolfo Seguel Molina y Exequiel Silva Ortiz.

³ Moción ingresada el 3 de octubre de 2007, por los Señores Diputados Gonzalo Arenas Hödar, Julio Dittborn Cordúa, Enrique Estay Peñaloza, Marcelo Forni Lobos, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Javier Hernández Hernández, Juan Lobos Krause, Iván Norambuena Farías, Felipe Salaberry Soto, y Gastón Von Mühlenbrock Zamora.

⁴ Moción ingresada el 14 de mayo de 2008, por los Señores Diputados Pedro Araya Guerrero, Gabriel Ascencio Mansilla, Jorge Burgos Varela, Eduardo Díaz Del Río, Alvaro Escobar Rufatt, Jaime Mulet Martínez, Eduardo Saffirio Suárez, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Esteban Valenzuela Van Treek.

⁵ Moción ingresada el 8 de junio de 2016, por el Señor Senador Manuel José Ossandón Irarrázabal, la Señora Señadora Lily Pérez San Martín y el Señor Senador Eugenio Tuma Zedán.

⁶ Moción ingresada el 14 de junio de 2016, por los Señores Senadores Francisco Chahuán Chahuán, Iván Moreira Barros y Baldo Prokurica Prokurica.

⁷ Moción ingresada el 14 de junio de 2016 por los Señores Senadores Francisco Chahuán Chahuán, Iván Moreira Barros y Baldo Prokurica Prokurica.

⁸ Moción ingresada el 14 de diciembre de 2016, por los Señores Senadores Andrés Allamand Zavala, Alberto Espina Otero, José García Ruminot, Víctor Pérez Varela y Baldo Prokurica Prokurica.

⁹ Moción ingresada el 14 de diciembre de 2016, por los Señores Diputados Miguel Ángel Alvarado Ramírez, Germán Becker Alvear, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Cristián Monckeberg Bruner, Diego Paulsen Kehr, Ricardo Rincón González y Jorge Sabag Villalobos.

¹⁰ Mensaje ingresado el 16 de enero de 2018 por S.E. Presidenta de la República Señora Michelle Bachelet Jeria.

un mensaje presidencial, denominado “Que modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad”, ingresado al Senado de la República el 18 de enero de 2018, estos es, a menos de dos meses de terminar el segundo mandato de la ex Presidenta Bachelet.

Probablemente la parte más relevante del proyecto de ley citado en el párrafo anterior, se define al siguiente tenor en la parte del contenido del proyecto: “Régimen de beneficios penitenciarios respecto de condenados por crímenes o simples delitos de lesa humanidad, de genocidio o de guerra.

En términos generales, el proyecto de ley propone regular los criterios especiales que deben considerarse para la obtención de permisos de salida, libertad vigilada y rebaja de condena; y, además, la no procedencia del indulto particular, respecto de las personas condenadas por crímenes o simples delitos de lesa humanidad, de genocidio o de guerra.”

FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

1. Sustitución de la pena privativa de libertad de las personas que indica.

a.- Trato digno y humano.

La dignidad de la persona humana y el respeto y protección de los derechos humanos constituye la piedra angular y uno de los principales fundamentos y bases de nuestra institucionalidad y del derecho internacional de los derechos humanos. Así, la Constitución Política de la República reconoce en su artículo 1° que: *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Asimismo, en su artículo 5, inciso 2° dispone que: *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es 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”*.

Con lo anterior, queda de manifiesto la intención del constituyente de consagrar la dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos que protege y de la actividad estatal, así como también limitar el ejercicio de la soberanía al respeto de estos derechos esenciales que provienen precisamente de la dignidad del ser humano y de su propia naturaleza.

El derecho internacional de los derechos humanos, en especial, contempla el reconocimiento del trato humano y digno a las personas privadas de libertad. Como ejemplos podemos mencionar, por una parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10.1, señala que *“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*, y, por otra, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5.2, dispone que *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*. Ambas disposiciones incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante el referido artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental.

Por otra parte, el “trato humano” es un estándar propio del derecho internacional de los derechos humanos, que rige la relación entre las personas privadas de libertad y el Estado. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, sostiene que *“considerando el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales...”*, y *“reconociendo el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral...”*, *“toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de*

cualquiera de los Estados [...] será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.” (Principio I). Similares reglas encontramos en el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

A lo anterior, debemos sumarle la obligación de respetar la integridad física y psíquica, general para todas las personas privadas de libertad.

Como podemos apreciar tanto de las normas constitucionales como los tratados internacionales en materia de derechos humanos citados, consagran y protegen el trato digno y humano de todas las personas, existiendo disposiciones internacionales que protegen también a dicho trato a las personas privadas de libertad.

A mayor abundamiento, similares reglas se encuentran en el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión” adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, enunciado en la iniciativa legal, el cual específicamente en el principio 5º Nº 2 se consagra textualmente lo siguiente:

“Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

A pesar de lo dicho anteriormente, existe un vacío en nuestra legislación en relación a esta materia, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico interno no contempla normas específicas que regulen el cumplimiento de la pena privativa de libertad de las personas condenadas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; que tengan, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; o que tengan setenta y cinco años o más, coherentes con los estándares internacionales de trato digno y humano aplicables a las personas privadas de libertad y que permitan dar cumplimiento a los deberes adquiridos por nuestro país en el ámbito internacional en relación al respeto y protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

A continuación, se analizan los fundamentos de cada una de las situaciones de personas condenadas a penas privativas de libertad, que el presente proyecto propone su sustitución.

i.- Personas condenadas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.

El trato digno y humano que debe otorgarse a estas personas se fundamenta en mínimas condiciones de humanidad que deben tenerse presentes durante la ejecución de la pena, considerando las especiales condiciones en que se encuentran, víctimas de una patología grave, progresiva e irreversible, y con pronóstico fatal en un tiempo próximo.

En estos casos, el proyecto se hace cargo de una de las facetas de este trato digno y humano, cual es, el “derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte”, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a las personas que se encuentran en un estado terminal, en el artículo 16 de la ley Nº 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Esta norma dispone además que estas personas “tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer

más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual" (subrayado agregado). Lo que pone de manifiesto la necesidad de que en la fase terminal de una enfermedad, para respetar la dignidad de las personas, puedan cumplir la pena en su propio domicilio.

Finalmente, la situación de una persona condenada que padezca de una enfermedad terminal fue recogida por los proyectos de ley tenidos a la vista. Así, algunos utilizan el concepto de "enfermedad terminal" (Boletines N°10.746-07, N°11.020-07, N°11.024-07, y N°11.569-07), mientras que otros ocupan los términos de "enfermedad incurable en periodo terminal" (Boletín N°3.554-07), "enfermedad incurable en su fase terminal" (Boletín N°5.874-07), y "enfermedad de carácter grave y terminal sobreviniente" (Boletín N°10.740-07).

Del examen de dichos proyectos de ley, cabe destacar lo que señala respecto la legislación en esta materia en otros países, el proyecto de ley boletín N° 11.024-07, iniciado por moción parlamentaria ingresada a la H. Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2016, denominado "Modifica la ley N°18. 216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, para aplicar un nuevo régimen de cumplimiento de condena, en favor de personas que padezcan una enfermedad terminal".

En efecto, dicho proyecto en relación con el derecho comparado en su parte pertinente indica textualmente lo siguiente:

"En España, el artículo 80 N°4 del Código Penal dispone:

"Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo."

Asimismo, en una situación similar, la legislación española regula la prisión atenuada en el artículo 508 N°1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponiendo:

"El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa".

Y si bien estas figuras del derecho español no son idénticas, ambas disposiciones suponen dejar sin efecto el cumplimiento de la pena en un recinto penitenciario, atendido el estado de salud del condenado, y fundado en razones de corte humanitarias. Lo anterior tiene su justificación en gran medida, por la dificultad para delinquir y a la escasa peligrosidad que presentarían los sujetos susceptibles de ser beneficiados.

En palabras del Tribunal Constitucional Español, *"Coexisten en ambas figuras jurídicas idénticas razones: el equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en*

cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva". (STC 48/1996, de 26 de marzo)

En **Estados Unidos** por su parte, la Ley de Reforma de Sentencia de 1984 concedió a los tribunales federales la **facultad de reducir las condenas** de presos federales por **motivos "extraordinarios y convincentes"**. Desde ese entonces, la Comisión de Sentencia de los Estados Unidos ha identificado varias razones "extraordinarias y convincentes" que justificarían la liberación compasiva; **siendo la más destacada de ellas el padecimiento de una enfermedad terminal.**

En efecto, a pesar de la laxitud de la expresión "motivos extraordinarios y convincentes", informes de Derechos Humanos han confirmado que la única causal plausible de liberación compasiva para la Administración de Prisiones es la enfermedad terminal, con un límite de esperanza de vida de un año.

La **legislación italiana** por su parte permite la suspensión de penas privativas para reclusos aquejados de enfermedades graves cuyo estado y cuidados sean incompatibles con la reclusión. En el **Reino Unido** en tanto, la Ley de Justicia Penal **faculta al Ministro del Interior a conceder la libertad condicional de un recluso por razones humanitarias en cualquier momento de su reclusión**, siempre que la pena sea de duración determinada; algo que fue potenciado años más tarde al permitirse este tipo de beneficios incluso a aquellos sujetos condenados a cadena perpetua." (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

Como podemos apreciar, en el derecho comparado existe legislación que regula que los enfermos terminales no cumplan sus penas privativas de libertad en un recinto penitenciario, atendido en general el estado de salud, razones humanitarias y los fines de la pena.

ii.- **Personas condenadas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irreparable que les provoque una dependencia severa.**

Más allá de los casos de aquellas personas que padecen una enfermedad en fase terminal, el reconocimiento expreso de la situación de aquellas condenadas que han perdido su autonomía física en los aspectos más básicos y cotidianos que requieren para valerse por sí mismas, debe ser regulado conforme a un trato digno y humano. En efecto, si bien la normativa de los sistemas procesales penales vigentes regula la situación de los condenados que caen en enajenación mental durante la ejecución de la sentencia, no establece un mecanismo que resuelva la situación de aquellos condenados que se encuentran afectados físicamente de una manera tal, que les impide recibir un trato digno y humano para el cumplimiento de su condena.

Teniendo presente lo anterior, se introduce el caso de estas personas, en base a tres elementos: (i) menoscabo físico grave e irreparable por cualquier motivo, (ii) dependencia severa y (iii) una relación de causalidad entre ambas.

La norma propuesta dispone que la persona debe tener en primer lugar un menoscabo físico. Este menoscabo debe ser grave e irreparable y puede ser por "cualquier causa", es decir, el origen de este menoscabo no sólo se limita a una enfermedad física, sino que también contempla situaciones como un accidente o una discapacidad o enfermedad mental, entre otras, pero cualquiera sea el motivo debe manifestarse físicamente.

El referido menoscabo debe generar en la persona condenada una dependencia calificada como severa, es decir, que padezca de forma permanente y sin posibilidades de rehabilitación, una pérdida de su autonomía o de su capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma, tales como, alimentarse, asearse, vestirse o trasladarse.

Finalmente, el espíritu de esta disposición ha sido recogido en algunas de las mociones que se tuvieron a la vista en la elaboración del presente proyecto, así por ejemplo, se proponía la sustitución de la pena en caso de enfermedad grave invalidante (Boletín N°10.746-07) o de grave deterioro físico o mental irreversible (Boletín N°11.020-07).

Ambos proyectos de ley señalados en el párrafo anterior, iniciados por moción parlamentaria, consideran esta circunstancia con cierta variación en su denominación.

En efecto, el boletín N° 10.746-07 correspondiente al proyecto de ley denominado “Que modifica el artículo 86 del Código Penal, con el objeto de establecer el cumplimiento alternativo de la pena para las personas que padecen de una enfermedad grave, invalidante o terminal.” y el boletín N° 11.020-07 correspondiente al proyecto de ley titulado “Que modifica el Código Procesal Penal permitiendo, por razones humanitarias, que se le aplique a la persona que se encuentra con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible, una medida de seguridad distinta a la privación de libertad”, consideran modificaciones legislativas en distintos cuerpos legales al siguiente tenor:

El boletín N° 10.746-07 propone la siguiente modificación legal al Código Penal:

“Artículo único: **Modifíquese el artículo 86 del Código Penal**, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero nuevos:

“El condenado que padezca una **enfermedad grave invalidante** o terminal, podrá cumplir la pena impuesta en la modalidad de arresto domiciliario total, por resolución fundada del tribunal competente, cuando mediere solicitud de un pariente, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previa emisión de informes médico, psicológico y social que lo justifique.

El tribunal revocará la pena de arresto domiciliario cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

Por su parte el boletín N° 11.020-07 propone la siguiente modificación al **Código Procesal Penal**:

“Artículo único: Agréguese un **nuevo artículo 482 bis al Código Procesal Penal** en los siguientes términos:

"Artículo 482 bis. Condenado con enfermedad terminal o **con un grave deterioro físico o mental irreversible**. En caso de que un condenado se encuentre con enfermedad terminal o **con un grave deterioro físico o mental irreversible que le haga imposible desenvolverse con la mínima autonomía razonable**, debidamente acreditada, el tribunal de oficio o a petición de persona interesada, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada disponiendo la reclusión domiciliaria y las demás medidas de seguridad que correspondieren. El tribunal

velará por el inmediato cumplimiento de su resolución." (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

iii.- Personas condenadas que tengan setenta y cinco años o más que hubieren cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta.

El trato digno y humano se manifiesta, respecto de estas personas, en el "derecho a vivir con dignidad en la vejez", reconocido por el artículo 6° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, promulgado en nuestro país mediante el Decreto Supremo N° 162 de 1 de septiembre de 2017. Dicho instrumento reconoce la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos, entre otras materias. En específico, sobre las personas mayores privadas de libertad, la referida Convención, en su artículo 5 señala que *"Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas [...] las personas privadas de libertad"*. Por su parte, en su artículo 13, mandata que *"Los Estados Parte [...] promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos"*.

En este sentido, las mínimas condiciones de humanidad que deben considerarse dicen relación con evitar que estas personas convivan en un ambiente que pueda acelerar su deterioro físico, psíquico y social, que no les permitan enfrentar esta etapa de la vida con dignidad.

Además del derecho internacional de los derechos humanos, también en las legislaciones penales y procesales penales comparadas se contemplan reglas especiales aplicables a las personas adultas mayores sancionadas a penas privativas de libertad. Así ocurre en Uruguay, Argentina, Brasil, México, España, entre otros. Por ejemplo, en el primer país mencionado, el juez puede disponer "la prisión domiciliaria de personas procesadas o condenadas mayores de setenta años, cuando ello no involucre riesgos considerando especialmente las circunstancias del delito cometido" (art. 127 del Código del Proceso Penal). Asimismo, en Argentina "a criterio del juez competente", las personas mayores de setenta años condenadas a penas de reclusión o prisión pueden cumplirlas en "detención domiciliaria" (artículo 10 literal d) del Código Penal). Por su parte, en España, las personas condenadas que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la ejecución de la condena, pueden optar a la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional, aun cuando no hayan cumplido con el requisito de cumplimiento previo de un determinado tramo de pena, valorándose especialmente a su respecto su "dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto" (art. 91 del Código Penal).

Sin perjuicio de lo señalado, el presente proyecto establece que la persona de setenta y cinco años o más deberá haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta antes de poder estar habilitada para solicitar la sustitución de la pena, evitando así que una persona, por ejemplo, a los setenta y cuatro años, cometa un delito con la expectativa de no cumplir a modo de sanción una privación de libertad. Además, se establece expresamente que las personas condenadas a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, deberán cumplir un determinado tiempo de pena efectiva antes de poder solicitar la sustitución de la pena.

Por último, las personas condenadas mayores de cierta edad también han sido consideradas como beneficiarias de medidas alternativas a la privación de libertad, en las mociones estudiadas para la elaboración del presente proyecto, a saber, los Boletines N° 3.554-07, N°5.367-07, N° 5.874-07, y N° 10.745-07.

Como se puede apreciar de las normas del derecho comparado que cita el proyecto de ley respecto las personas adultas mayores, esta iniciativa legal es más restrictiva en el sentido

que el beneficio de cumplir el saldo de la sentencia bajo arresto domiciliario total es a partir de los 75 años y no de los 70 años como se establece en las legislaciones de los países indicados.

Por otra parte, se establece el requisito adicional de cumplimiento en privación de libertad de la mitad de la condena impuesta, lo que hace aún más restrictiva la posibilidad de acceder a esta pena sustitutiva y para los casos de condenados a presidio perpetuo simple o presidio perpetuo calificado, solo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

En relación a los proyectos de ley citados en el mensaje que proponen regular este tema, cabe destacar el proyecto de ley ingresado al Senado de la República el 14 de junio de 2016, correspondiente al boletín N° 10.745-07, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Chahuán, Moreira y Prokurica “que modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores”.

En primer término cabe destacar que dicho proyecto de ley se refiere a los adultos mayores, en consecuencia a una edad inferior a los 75 años que propone el proyecto de ley en estudio.

En segundo término es importante hacer presente en esta oportunidad, en razón que más adelante se abordará con mayor profundidad, el tema de los delitos de lesa humanidad en esta materia, a los cuales hace referencia este proyecto en sus fundamentos, al señalar textualmente en su parte pertinente que: “La no exclusión de los adultos mayores condenados por los denominados “crímenes de lesa humanidad” constituye un legado para las generaciones futuras, en pos de la paz y de la reconciliación, que tiene como fin último un Chile en que todos asumamos la realidad de lo vivido, mirando hacia adelante para no volver a cometer los errores y horrores del pasado, dando una clara y fuerte señal de la existencia de la igualdad ante la Ley y del respeto a los derechos humanos de todos los chilenos.”

El texto legal propuesto por el proyecto corresponde al siguiente:

Artículo único: Modifíquese el artículo 87 del Código Penal, agregándose los siguientes incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto nuevos:

"El condenado calificado como de bajo compromiso delictual, que durante el cumplimiento de la pena alcance la condición legal de adulto mayor, continuará cumpliendo la pena impuesta bajo arresto domiciliario y custodia de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado hasta completar la condena impuesta.

El condenado o su apoderado deberá elevar una solicitud de conmutación de pena por arresto domiciliario ante el Jefe del Establecimiento Penitenciario, indicando los datos personales de la persona que se encargará de su custodia, quien en ningún caso podrá tener antecedentes penales, lo que deberá acreditarse acompañando un certificado de antecedentes vigente, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile.

La persona a cargo de la custodia deberá registrarse fijando domicilio ante Gendarmería de Chile, acreditando ante dicha institución que cuenta con condiciones socioeconómicas suficientes para cumplir la citada labor. Asimismo deberá informar cualquier cambio de domicilio.

El condenado deberá solicitar, por intermedio de la persona a su custodia, autorización para asistir a un centro asistencial si su condición de salud lo requiere, debiendo presentar a Gendarmería de Chile el certificado que acredite la necesidad de la atención médica. En caso de que el condenado deba concurrir ante la autoridad, el encargado de su custodia será el responsable de hacerlo comparecer.

La medida será revocada por el sólo ministerio de la ley cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando su custodia dejase de contar con irreprochable conducta, lo que deberá encontrarse debidamente acreditado". (Lo subrayado es del suscrito).

b.- Dificultad para cumplir con los fines propios de las penas privativas de libertad.

La reinserción, como una de las finalidades esenciales de la pena, ha sido reconocida tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en la normativa internacional. Así, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que las penas privativas de libertad tienen como propósito esencial la reforma y la readaptación social de las personas condenadas.

El presente proyecto reconoce que la privación de libertad en un recinto penitenciario, en los escenarios señalados, pierde sentido desde el punto de vista de los fines preventivos especiales de la pena, puesto que, dadas las especiales condiciones en que se encuentran estas personas, se hace prácticamente imposible o se dificulta enormemente su participación en los programas de reinserción social del establecimiento penitenciario. Así, mantenerlas en un establecimiento penal haría que la sanción tuviese un fin puramente retributivo de carácter inhumano, atendidas las especiales condiciones en las que se encuentran estas personas, lo cual es impropio de un Estado democrático, defensor y promotor de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos.

Con todo, en el presente proyecto se propone que las penas sean sustituidas y no remitidas, esto para evitar eventuales situaciones e interpretaciones de impunidad.

Este segundo fundamento que plantea el proyecto de ley para la sustitución de la pena, desde el punto de vista criminológico tiene todo el sentido, ello por cuanto hace muchas décadas que tanto el ordenamiento jurídico internacional como el interno reconocen que la pena tiene fines preventivos especiales, que dicen relación con la reinserción del condenado y no con fines preventivos generales intimidatorios o de carácter retributivos.

En consecuencia no se condice el fin de la pena de reinserción social de un condenado de 75 años, sin que ello como lo señala el proyecto signifique la impunidad, sino que la sustitución a una restricción de libertad domiciliaria.

c.- La sustitución de la pena privativa de libertad es conforme a la igualdad ante la ley.

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los Estados pueden adoptar medidas especiales para proteger los derechos de determinados colectivos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el ya referido instrumento “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, al regular la igualdad y no discriminación (Principio II), ha reconocido que *“no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos [...] de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones [...]; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial. [...] Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial.”*

Asimismo, en dicho instrumento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mandata a los Estados a adoptar medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, entre los que considera a las personas con enfermedades en fase terminal, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad, entre otras (Principio X). Así, los principios mencionados reconocen a este grupo de personas, como uno en especial condición de vulnerabilidad, por lo que, conforme al principio de no discriminación arbitraria, es posible establecer respecto de ellas condiciones especiales.

Además, por las razones señaladas en el presente proyecto, el reconocimiento normativo de la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad de las personas condenadas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irreparable que les provoque una dependencia severa; o, que tengan setenta y cinco años o más, es una determinación fundada y no arbitraria, teniendo en consideración el especial estado de vulnerabilidad en el que se encuentran dichas personas, por lo que es totalmente conforme con la igualdad ante la ley.

Tal como se justifica en este tercer fundamento, el derecho internacional de los derechos humanos permite que las personas que se encuentren en las condiciones especiales que se consideran en la iniciativa legal se les puedan aplicar medidas especiales, como lo sería la reclusión domiciliaria para la protección de sus derechos, no debiendo ser ellas consideradas discriminatorias y cumpliéndose en consecuencia el principio jurídico esencial de igualdad ante la ley de todas las personas.

d.- Los tribunales de justicia son los competentes para hacer ejecutar lo juzgado.

Los tribunales de justicia son los órganos competentes para conocer las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Además, son estos órganos jurisdiccionales los que en el actual Sistema de Justicia Penal ejecutan todas las sentencias condenatorias en materia criminal, razón por la cual cuentan con todas las herramientas, conocimientos y habilidades para resolver las cuestiones que sobrevienen en la fase de cumplimiento de la pena. Por todo lo anterior, el presente proyecto radica en los tribunales de justicia la facultad de sustituir tal sanción por la de reclusión domiciliaria total.

Además, para resolver la solicitud de sustitución de pena privativa de libertad, el tribunal contará con información objetiva y de calidad respecto a la persona solicitante, a fin de resolver la petición de sustitución de la pena, como se explica a continuación.

Por una parte, Gendarmería de Chile proporcionará informe psicológico y social con su opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante.

Por otra, el Servicio Médico Legal, órgano público caracterizado por su competencia técnica e imparcialidad, cuestión que a nivel normativo se refleja especialmente, entre otras disposiciones, en el deber de la Dirección Nacional de velar por la corrección técnica, legal y ética de las pericias médico-legales (artículo 7 literal d) de la Ley N° 20.065), participará informando acerca del estado de salud de la persona condenada respecto de la cual se solicita la sustitución de la pena privativa de libertad.

Además, dada la dificultad de establecer una definición de enfermedad en fase terminal o aquella que, por cualquier causa, produzcan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa, por ser cuestiones propias de la *lex artis médica* y en constante evolución¹¹, se propone contar con normas de aplicación general establecidas por la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, que serán actualizadas periódicamente, que entregaran orientaciones técnicas y uniformes para la elaboración de los informes de estado de salud. Sin perjuicio de lo anterior, el presente proyecto propone parámetros para la identificación de una enfermedad en fase terminal, a saber, que se trate de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tenga tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo. En el mismo sentido, respecto del menoscabo físico grave e irrecuperable y la dependencia severa, se establece como parámetro las razones que justifican que se trate de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoque a la persona solicitante una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

Este cuarto y último fundamento que justifica la sustitución de la pena es muy relevante, por cuanto establece para su aplicación la intervención y decisión del tribunal de justicia competente además de la intervención de Gendarmería de Chile que deberá evacuar un informe psicológico y social con su opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante y del Servicio Médico Legal quien deberá informar acerca del estado de salud del condenado solicitante para que el tribunal pueda contar con los antecedentes médicos especializados para resolver la petición.

Radizando la decisión en el órgano jurisdiccional, con todas las prevenciones técnicas señaladas en el proyecto de ley, se evita la discrecionalidad que podría constituir conceder una facultad de esta naturaleza en otro órgano del Estado, haciendo de esta manera más objetivo la decisión de sustitución de la pena.

2.- Deber de solicitar informe para determinar la situación de las personas enajenadas mentales que cometen delitos o que caen en dicho estado durante la tramitación del proceso o la ejecución de la sentencia.

La enajenación mental, que impide que una persona comprenda el injusto de su conducta y se comporte conforme a dicho entendimiento, puede producirse en tres momentos, estos son: antes de la comisión del delito, durante la sustanciación del procedimiento penal, o finalizado éste.

En este contexto, se observa que la normativa de los sistemas procesales penales vigentes en nuestro país, respecto a la obligación del tribunal de requerir informe al médico legista previo a resolver estas cuestiones, no es del todo coherente, toda vez que existen diferencias en esta materia entre el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal. Por lo anterior, el presente proyecto propone la obligatoriedad

¹¹ Respecto al concepto de enfermedad en fase terminal, esta cuestión que fue tratada con ocasión de la tramitación de la referida ley N° 20.584, instancia en que “se valoró la idea de no definir en la ley la expresión “estado de salud terminal”, a fin de que sea interpretada técnicamente por quienes ejercen la medicina, en atención a la dificultad de incluir en dicho concepto todas las situaciones en que efectivamente la persona está cercana a la muerte y, también, al riesgo que supone considerar en él casos que en definitiva puedan tener una solución satisfactoria para el paciente, gracias a los avances de la ciencia” (Historia de la Ley N° 20.584, p.118).

del informe psicológico a fin de dar certeza a la certificación de la enfermedad, uniformando la regulación en esta materia entre el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal.

El proyecto de ley, en su numeral 2º propone modificar el artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, abordando una materia distinta a la que nos hemos referido previamente.

En efecto, la propuesta tiene por objetivo homologar las normas del Código Procesal Penal con las normas del Código de Procedimiento Penal, proponiendo para estos efectos modificar el artículo referido del procedimiento penal antiguo, en el sentido que ya no sea una facultad del juez pedir informe al “médico legista” cuando el imputado caiga en enajenación mental durante la tramitación del proceso, sino que sea una obligación por parte del Magistrado solicitar dicho informe al Servicio Médico Legal.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

1. **Sustitución de la pena privativa de libertad de las personas que indica, en base a un trato digno y humano.**
 - a. **Casos en que se permite la referida sustitución de la pena privativa de libertad y procedimiento ante el juez competente.**

Mediante este proyecto se proponen modificaciones al Código Procesal Penal y al Código de Procedimiento Penal, de manera de incorporar una normativa aplicable a tres casos específicos en los que se puede encontrar una persona condenada privada de libertad, cuales son: (i) haber sido diagnosticada con una enfermedad en fase terminal; (ii) tener, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecurable que les provoque una dependencia severa; o (iii) tener setenta y cinco años o más y haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta. En este último caso, si la persona ha sido condenada a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, solo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, es preciso hacer presente que tal como también se puede apreciar de la parte normativa del proyecto de ley que analizaremos más adelante, el contenido de las normas de la sustitución de la pena para los tres casos que hemos abordado, son las mismas para el Código Procesal Penal como para el Código de Procedimiento Penal, correspondiendo en el primer caso la adición a dicho Código de un nuevo artículo 468 bis y en el caso del Código de Procedimiento Penal adicionando un nuevo título IV al libro IV el cual contiene un solo nuevo artículo correspondiente al 697.

Se establece que solo en estas tres circunstancias determinadas, las personas condenadas que se encuentren en alguna de dichas situaciones, podrán solicitar al tribunal correspondiente la sustitución de la pena privativa de libertad por la reclusión domiciliaria total. Para resolver, el juez pedirá informe psicológico y social a Gendarmería de Chile, el que deberá contener una opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona interesada.

Además, deberá pedir informe al Servicio Médico Legal, tanto para el caso de las personas que padezcan una enfermedad en fase terminal, como de aquellas que tengan, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecurable que les provoque una dependencia severa. Estos informes deberán ajustarse a las normas de

aplicación general que establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° literal b) de la ley N°20.065, las que serán actualizadas periódicamente.

Sin duda que cobra un papel esencial el Servicio Médico Legal en su opinión médica respecto dos de las tres circunstancias respecto las cuales el proyecto de ley establece su intervención, cuales son los casos de los condenados que padezcan una enfermedad en fase terminal y aquellos con un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.

Como veremos más adelante, la norma propuesta en este sentido señala que los informes del Servicio Médico Legal **“se deberán ajustar a las normas de aplicación general que para estos efectos establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, las que tendrán que ser actualizadas periódicamente”**.

En efecto, como señala el proyecto en esta parte, dichas normas de aplicación general las dicta la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal en virtud de las funciones que tiene asignadas por ley, específicamente en este caso por lo dispuesto en la letra b) del artículo 3° de la ley N° 20.065, que corresponde a la ley titulada “Modernización, regulación orgánica y planta del personal del Servicio Médico Legal”.

Dicha norma establece textualmente que:

“Artículo 3°.- Al Servicio Médico Legal le corresponderá, especialmente, el desarrollo de las siguientes funciones:

b) Ejercer la tuición técnica de los organismos y del personal profesional o de otra índole que participen en la realización de peritajes médico-legales, en el ámbito público o privado, **a través de la dictación de normas de aplicación general que regulen los procedimientos periciales que efectúen, o los que sirvan de base para ellos;** (Lo subrayado y destacado en negrilla es del suscrito).

Finalmente, en conformidad a los estándares de la ética clínica, en la norma se precisa que la certificación médica de la enfermedad en fase terminal, deberá contener, a lo menos, las razones que justifiquen que se trata de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz en el estado actual de los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo. En el mismo sentido, el informe que certifique el menoscabo físico grave e irrecuperable y la dependencia severa, deberá contener, a lo menos, las razones que justifiquen que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoca a la persona solicitante una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

b. Regulación de la reclusión domiciliaria total.

El presente proyecto propone la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la reclusión domiciliaria total, esto es, el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada, por todo el tiempo que le falte para cumplir la condena que se le impuso. Estableciéndose que se entiende por domicilio la residencia regular que la persona condenada utilice para fines habitacionales, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 7° de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Además, para computar claramente el plazo que resta para cumplir la condena impuesta, se establece una regla expresa.

En relación a lo señalado previamente en el proyecto, es menester hacer una precisión respecto la naturaleza del arresto domiciliario total con el fin que no se preste para confusiones con la cita que hace el proyecto de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Para dicho efectos, enseguida citaré en lo pertinente lo señalado en el informe del suscrito evacuado al Senador Cruz-Coke el pasado día 23 de agosto del presente año, denominado “Análisis proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal, en materia de cómputo del tiempo de privación de libertad en el domicilio, para su abono a la pena impuesta”.

“El arresto domiciliario es una medida restrictiva que implica restringir la libertad de movimiento de una persona, pero que, en lugar de ser detenida en una instalación penitenciaria, se le permite permanecer en su residencia o en un lugar específico autorizado. Durante el arresto domiciliario, la persona está sujeta a ciertas condiciones y restricciones establecidas por la autoridad competente.

Por su parte el arresto domiciliario concebido como una medida cautelar de carácter personal, considerando tanto el arresto domiciliario total como el arresto domiciliario parcial, se encuentran contemplados en la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, norma que se encuentra ubicada en el párrafo 6º “Otras medidas cautelares personales”, del título V “Medidas cautelares personales”, del libro Primero “Disposiciones Generales”, al siguiente tenor:

“Artículo 155.- Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;”

Luego el artículo se refiere a una serie de otras medidas cautelares personales, tales como la sujeción a la vigilancia de la autoridad, el arraigo nacional, la obligación de presentarse ante el juez periódicamente, distintas prohibiciones tales como acercarse al ofendido o su familia, de comunicarse con personas determinadas y de asistir a ciertos lugares o reuniones, etc.

Como podemos apreciar el Código Procesal Penal considera la posibilidad de dos tipos de arresto domiciliario para imponerlo como medida cautelar, esto es el arresto domiciliario total y el arresto domiciliario parcial, a diferencia de la ley N° 18.216, que solamente considera el arresto domiciliario parcial como forma de imponerlo de manera sustitutiva a la pena privativa o restrictiva de libertad en una sentencia condenatoria.”

En consecuencia, el arresto domiciliario total que propone el proyecto de ley no está contemplado en nuestra legislación como una pena sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad, sino que como una medida cautelar de carácter personal, proponiendo el proyecto en consecuencia crear una nueva pena de arresto domiciliario total.

Para el caso de los solicitantes diagnosticados con una enfermedad en fase terminal, y dada la urgencia de que se trata, se establece que una vez recibidos los informes referidos en el acápite anterior, el tribunal deberá resolver el asunto dentro de las 24 horas siguientes. Por esta misma razón, se establece un régimen recursivo que asegure la celeridad del proceso, disponiéndose que la resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de la reclusión domiciliaria total será apelable en un plazo breve y que este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo.

También se consigna que, estando firme la resolución acerca de la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total, el tribunal deberá notificarla inmediatamente a Gendarmería de Chile.

Además, se establece que el control del cumplimiento de reclusión domiciliaria total estará a cargo de Carabineros de Chile, en el caso de aquellas personas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal o que tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; y de Gendarmería de Chile, en el caso de las personas de setenta y cinco años de edad o más. En este último caso se preferirá como medida de control el sistema de monitoreo telemático, aplicándose, en lo pertinente, lo establecido en las disposiciones de la ley N° 18.216.

Asimismo, se fijan las siguientes reglas especiales para el cumplimiento de la pena:

- En caso de que la persona requiera salir de su domicilio para alguna atención, control o tratamiento, deberá contar con la autorización del tribunal. En ella, se indicará expresamente el establecimiento determinado de salud al que la persona acudirá por el tiempo estrictamente necesario, y las medidas necesarias que se dispongan para resguardar el cumplimiento de la pena.
- En casos de incumplimiento o quebrantamiento de las condiciones impuestas para la reclusión domiciliaria total, se establecen reglas para la revocación de la sustitución. De verificarse la revocación, la resolución que le dé lugar someterá a la persona condenada al cumplimiento del saldo de la condena impuesta, abonándose a su favor el tiempo que haya permanecido en reclusión domiciliaria total.
- Atendidas las especiales condiciones de salud en que se encuentran estas personas, se establece que, en caso de que salgan de su domicilio para recibir atención médica de emergencia o urgencia, no procederá la revocación de la sustitución de la pena. Para justificar este incumplimiento se exige la certificación del médico cirujano de la emergencia o urgencia. Se debe tener presente que la emergencia o urgencia, su atención médica y su certificación, son todos conceptos objetivos y regulados en nuestra normativa vigente, en particular en el Decreto Supremo N°369, de 1985, del Ministerio de Salud, que establece el "Reglamento del régimen de prestaciones de salud".

2.- Deber de solicitar informe para determinar la situación de las personas enajenadas mentales que cometen delitos o que caen en dicho estado durante la tramitación del proceso o la ejecución de la sentencia.

El proyecto modifica el artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, a fin de establecer que el juez deberá pedir informe al médico legista, a fin de resolver las cuestiones que regula la referida disposición respecto de personas enajenadas mentales.

En mérito de lo anteriormente expuesto, someto a vuestra consideración, el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Modifícase el Código Procesal Penal, en el siguiente sentido:

1) Incorpórase a continuación del artículo 468 el siguiente artículo 468 bis nuevo:

“Artículo 468 bis. Sustitución de la pena privativa de libertad por reclusión domiciliaria total. Durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, las personas condenadas que se encontraren en alguna de las situaciones que se indican en el inciso segundo, podrán solicitar al tribunal competente, la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total.

Podrán solicitar la sustitución de la pena, las siguientes personas condenadas:

- a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.
- b) Aquellas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.
- c) Aquellas de 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.

Para resolver la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total, se deberá contar con los siguientes informes:

- (i) Informe psicológico y social de Gendarmería de Chile, que contenga una opinión técnica favorable, en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante.
- (ii) Para el caso del literal a) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo.
- (iii) Para el caso del literal b) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoca a la persona una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

Cumpliendo con lo señalado en los incisos anteriores, el tribunal dispondrá la sustitución de la pena privativa de libertad de la persona condenada solicitante por la de reclusión domiciliaria total.

Los informes referidos anteriormente deberán evacuarse, por la vía que se estime más rápida y efectiva, dentro de un plazo breve que el tribunal fije para tales efectos. Asimismo, los informes del Servicio Médico Legal referidos en los literales (ii) y (iii) anteriores, se deberán ajustar a las normas de aplicación general que para estos efectos establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, las que tendrán que ser actualizadas periódicamente.

Se entenderá por reclusión domiciliaria total el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada. La ejecución de esta pena se sujetará, en lo pertinente, a lo establecido en los incisos segundo y final del artículo 7°, el título III y los artículos 28, 36 y 39, todos de la ley N°18.216.

El período de la reclusión domiciliaria total durará todo el tiempo que le falte a la persona para cumplir la condena impuesta.

Para los efectos señalados en el literal c) del inciso segundo y en los incisos séptimo y final, si la persona condenada estuviere privada de libertad cumpliendo dos o más penas, o si durante el cumplimiento de éstas se le impusiere una nueva, se considerará como la condena impuesta la suma total de los periodos de todas las penas que se encuentre cumpliendo.

En el caso del literal a) del inciso segundo, el tribunal fallará la solicitud en un término de veinticuatro horas desde que reciba el último de los informes referidos en los incisos precedentes.

La resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de la reclusión domiciliaria total solo será apelable en la misma audiencia en que se dicte y se deberá conceder en ambos efectos. Este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil.

El tribunal, desde que se encuentre firme y ejecutoriada, deberá notificar inmediatamente a Gendarmería de Chile de su resolución acerca de la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total. Además, ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

En el caso de los literales a) y b) del inciso segundo, el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total se sujetará a la supervisión de Carabineros de Chile. Para tal efecto, el tribunal, una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia, oficiará a la comisaría más cercana del domicilio de la persona condenada, a fin de que, dentro los plazos que el mismo disponga, remita informes periódicos acerca de la supervisión.

En el caso del literal c) del inciso segundo, el tribunal preferirá establecer como mecanismo de control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares, en la forma que determine el tribunal. Si se debiese instalar un mecanismo de monitoreo telemático para controlar el cumplimiento de la reclusión domiciliaria total, personal de Gendarmería de Chile realizará la instalación en el domicilio de la persona condenada, dentro del plazo de 15 días desde recibida la comunicación del tribunal.

Durante la ejecución de la reclusión domiciliaria total, el tribunal, bajo las medidas que el mismo disponga, podrá autorizar que la persona condenada salga de su domicilio el tiempo que sea necesario para su atención, control o tratamiento en un establecimiento determinado de salud. En dicho caso, el tribunal deberá comunicar la referida autorización a quien tenga a su cargo el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total.

En caso de incumplimiento de la reclusión domiciliaria total, el tribunal podrá revocar la sustitución de la pena. Si el incumplimiento fuere grave o reiterado el tribunal deberá revocar la sustitución. Con todo, no procederá la revocación si la persona abandona su domicilio para recibir atención médica en caso de emergencia o urgencia, debidamente certificada por un médico cirujano de la unidad de urgencia correspondiente.

La reclusión domiciliaria total se considerará quebrantada por el solo ministerio de la ley y dará lugar a su revocación, si durante su cumplimiento la persona condenada cometiere un nuevo crimen o simple delito y fuere condenada por sentencia firme.

La resolución que dé lugar a la revocación de la reclusión domiciliaria total, sea como consecuencia de su incumplimiento o de su quebrantamiento, someterá a la persona condenada al cumplimiento del saldo de la condena impuesta, abonándose a su favor el tiempo que haya permanecido en reclusión domiciliaria total.”.

La norma anterior se propone incorporarla en un nuevo artículo 468 bis del Código Procesal Penal.

En este sentido es menester hacer presente, que la ley N° 21.595 de delitos económicos, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2023, en su artículo 49 N° 1, incorporó un nuevo artículo 468 bis al Código Procesal Penal relativo a la ejecución del comiso de ganancias.

En consecuencia, en el evento que avance en su tramitación legislativa este proyecto de ley, se hace estrictamente necesario modificar la redacción de lo señalado al comienzo del N° 1 del proyecto de ley que establece: “Incorpórase a continuación del artículo 468 el siguiente artículo 468 bis nuevo:”

ARTÍCULO SEGUNDO.- Modifícase el Código de Procedimiento Penal, en el siguiente sentido:

- 1) Sustitúyese en el inciso primero del artículo 684 el verbo “podrá” por “deberá”.

Esta primera modificación al Código de Procedimiento Penal, como ya lo adelatará previamente en el informe, dice relación con modificar la **facultad** de los jueces de solicitar informe al médico legisla al **deber** de solicitarlos al Servicio Médico Legal para determinar la situación de las personas enajenadas mentales que cometen delitos o que caen en dicho estado durante la tramitación del proceso o la ejecución de la sentencia, homologando las normas sobre esta materia con las establecidas en el Código Procesal Penal

2) **Incorpórase en el libro cuarto “Del cumplimiento y ejecución”, el siguiente título IV “De las personas condenadas con enfermedad en fase terminal, con un menoscabo físico que les provoque dependencia severa o de setenta y cinco años de edad o más” nuevo:**

Por su parte esta segunda norma que se propone introducir en un nuevo artículo 697 del Código de Procedimiento Penal, mediante la incorporación de un nuevo título IV en el libro IV, coesponde a la misma norma que el proyecto propone introducir al Código Procesal Penal, haciendo de esta manera que la regulación del proyecto de ley sea la misma en ambos Códigos y en consecuencia las mismas normas aplicables tanto en el procedimiento penal antiguo como en el nuevo.

“TÍTULO IV

DE LAS PERSONAS CONDENADAS CON ENFERMEDAD EN FASE TERMINAL, CON UN MENOSCABO FÍSICO QUE LES PROVOQUE DEPENDENCIA SEVERA O DE SETENTA Y CINCO AÑOS DE EDAD O MÁS

Artículo 697. Durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, las personas condenadas que se encontraren en alguna de las situaciones que se indican en el inciso segundo, podrán solicitar al tribunal competente, la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total.

Podrán solicitar la sustitución de la pena, las siguientes personas condenadas:

- a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.
- b) Aquellas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irreparable que les provoque una dependencia severa.
- c) Aquellas de 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.

Para resolver la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total, se deberá contar con los siguientes informes:

- (i) Informe psicológico y social de Gendarmería de Chile, que contenga una opinión técnica favorable, en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante.
- (ii) Para el caso del literal a) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo.
- (iii) Para el caso del literal b) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoca a la persona una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

Cumpliendo lo señalado en los incisos anteriores, el tribunal dispondrá la sustitución de la pena privativa de libertad de la persona condenada solicitante por la de reclusión domiciliaria total.

Los informes referidos anteriormente deberán evacuarse, por la vía que se estime más rápida y efectiva, dentro de un plazo breve que el tribunal fije para tales efectos. Asimismo, los informes del Servicio Médico Legal referidos en los literales (ii) y (iii) anteriores, se deberán ajustar a las normas de aplicación general que para estos efectos establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, las que tendrán que ser actualizadas periódicamente.

Se entenderá por reclusión domiciliaria total el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada. La ejecución de esta pena se sujetará, en lo pertinente, a lo establecido en los incisos segundo y final del artículo 7° y el título III, todos de la ley N°18.216.

El período de la reclusión domiciliaria total durará todo el tiempo que le falte a la persona para cumplir la condena impuesta.

Para los efectos señalados en el literal c) del inciso segundo y en los incisos séptimo y final, si la persona condenada estuviere privada de libertad cumpliendo dos o más penas, o si durante el cumplimiento de éstas se le impusiere una nueva, se considerará como la condena impuesta la suma total de los periodos de todas las penas que se encuentre cumpliendo.

En el caso del literal a) del inciso segundo, el tribunal fallará la solicitud en un término de veinticuatro horas desde que reciba el último de los informes referidos en los incisos precedentes.

La resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de la reclusión domiciliaria total solo será apelable en un plazo de veinticuatro horas desde que se notifique y se deberá conceder en ambos efectos. Este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil.

El tribunal, desde que se encuentre firme y ejecutoriada, deberá notificar inmediatamente a Gendarmería de Chile de su resolución acerca de la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total. Además, ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

En el caso de los literales a) y b) del inciso segundo, el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total se sujetará a la supervisión de Carabineros de Chile. Para tal efecto, el tribunal, una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia, oficiará a la comisaría más cercana del domicilio de la persona condenada, a fin de que, dentro los plazos que el mismo disponga, remita informes periódicos acerca de la supervisión.

En el caso del literal c) del inciso segundo, el tribunal preferirá establecer como mecanismo de control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares, en la forma que determine el tribunal. Si se debiese instalar un mecanismo de monitoreo telemático para controlar el cumplimiento de la reclusión domiciliaria total, personal de Gendarmería de Chile realizará la instalación en el domicilio de la persona condenada, dentro del plazo de 15 días desde recibida la comunicación del tribunal.

Durante la ejecución de la reclusión domiciliaria total, el tribunal, bajo las medidas que el mismo disponga, podrá autorizar que la persona condenada salga de su domicilio el tiempo que sea necesario para su atención, control o tratamiento en un establecimiento determinado de salud. En dicho caso, el tribunal deberá comunicar la referida autorización a quien tenga a su cargo el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total.

En caso de incumplimiento de la reclusión domiciliaria total, el tribunal podrá revocar la sustitución de la pena. Si el incumplimiento fuere grave o reiterado el tribunal deberá revocar la sustitución. Con todo, no procederá la revocación si la persona abandona su domicilio para recibir atención médica en caso de emergencia o urgencia, debidamente certificada por un médico cirujano de la unidad de urgencia correspondiente.

La reclusión domiciliaria total se considerará quebrantada por el solo ministerio de la ley y dará lugar a su revocación, si durante su cumplimiento la persona condenada cometiere un nuevo crimen o simple delito y fuere condenada por sentencia firme.

Previo a resolver la revocación, sea por incumplimiento o quebrantamiento, el tribunal deberá oír a la persona sujeta a reclusión domiciliaria total.

La resolución que dé lugar a la revocación de la reclusión domiciliaria total, sea como consecuencia de su incumplimiento o de su quebrantamiento, someterá a la persona condenada al cumplimiento del saldo de la condena impuesta, abonándose a su favor el tiempo que haya permanecido en reclusión domiciliaria total.”.

ARTÍCULO TRANSITORIO.- Las normas de aplicación general a las que aluden los artículos primero y segundo de esta ley, deberán dictarse dentro del plazo de 90 días contado desde su publicación.”.

Fuentes del capítulo: Proyecto de ley denominado “Que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.”, boletín Nº 12.345-07; Programa de Gobierno 2018-2022, “Construyamos Tiempos Mejores para Chile”, Sebastián Piñera Echenique, p. 143; Proyecto de ley denominado “Que modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad”, boletín Nº 11.569-07; “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; Proyecto de ley boletín Nº 11.024-07, denominado “Modifica la ley Nº18. 216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, para aplicar un nuevo régimen de cumplimiento de condena, en favor de personas que padezcan una enfermedad terminal”; Proyecto de ley boletín Nº 10.746-07, denominado “Que modifica el artículo 86 del Código Penal, con el objeto de establecer el cumplimiento alternativo de la pena para las personas que padecen de una enfermedad grave, invalidante o terminal.”; Proyecto de ley boletín Nº 11.020-07, denominado “Que modifica el Código Procesal Penal permitiendo, por razones humanitarias, que se le aplique a la persona que se encuentra con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible, una medida de seguridad distinta a la privación de libertad”; Proyecto de ley boletín Nº 10.745-07, denominado “que modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores”; Ley Nº 20.065, denominada “Modernización, regulación orgánica y planta del personal del Servicio Médico Legal”; Informe jurídico-legislativo del suscrito evacuado al Senador Cruz-Coke el pasado día 23 de agosto del presente año, denominado “Análisis proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal, en materia de cómputo del tiempo de privación de libertad en el domicilio, para su abono a la pena impuesta”; Artículo 49º 1 de la ley Nº 21.595 de delitos económicos, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2023.

III. Tramitación legislativa.

Como se anunciara en la introducción, en este capítulo III corresponde abordar la tramitación legislativa del proyecto de ley, el cual corresponde a un mensaje del ejecutivo correspondiente al segundo mandato del presidente Sebastián Piñera, ingresado al Senado de la República el 28 de diciembre de 2018 y encontrándose hasta la fecha en la tabla de la Cámara Alta para ser votada la idea de legislar.

Como veremos se han evacuado dos informes, el primero correspondiente a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y luego el de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, siendo rechazada la idea de legislar en ambas instancias por tres votos contra dos.

Tal como lo consigna el informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, durante la discusión en general del proyecto de ley, concurrieron a esta Comisión a exponer sobre el contenido de la iniciativa legal las siguientes personas:

- “1.- Por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: el Ministro señor Hernán Larraín y el Asesor, señor Sebastián Valenzuela.
- 2.- Por la Subsecretaría de Derechos Humanos la Subsecretaria, señora Lorena Recabarren.
- 3.- Por la Defensoría Penal Pública: la Defensora Nacional Subrogante, señora Viviana Castel; el Jefe de la Unidad de Derechos Humanos, señor Tomás Pascual, y el Asesor Legislativo, señor Francisco Geisse.
- 4.- Por la Fundación Paz Ciudadana: el Director Ejecutivo, señor Daniel Johnson y el Abogado Investigador, señor Ulda Figueroa.
- 5.- El Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Chile, señor Silvio Cuneo.
- 6.- La académica de la Universidad de Chile, señora Claudia Cárdenas.
- 7.- Por la Biblioteca del Congreso Nacional, los Analistas, señor Matías Meza-Lopenhadía y señora Chistine Weidenslaufer.
- 8.- Por la Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional ex Prisioneros Políticos, la Presidenta, señora Wally Kunstmann.
- 9.- Por la Corporación de Familiares de ex Prisioneros Políticos, Fallecidos, la Directora señora Haydeé Oberreuter.
- 10.- Por la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, la Presidenta señora Lorena Pizarro.
- 11.- Por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos AFEP-CHILE, la Presidenta señora Alicia Lira.
- 12.- La Abogada de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, señora Carolina Cubillos.
- 13.- Por la Fundación Jaime Guzmán, al Asesor Legislativo, señor Carlos Oyarzún.”

Enseguida me referiré a las intervenciones que presentan un mayor nivel de interés en relación con el objeto del presente informe, que no es otro, que entregar los principales antecedentes de esta iniciativa legal tanto en su contenido como en su tramitación legislativa.

El primer invitado que se consigna en el informe de la Comisión corresponde al **Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la época, señor Hernán Larraín**, de cuya exposición podemos destacar lo siguiente: “Señaló que una preocupación primordial del Ejecutivo es garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, y así avanzar hacia una sociedad más compasiva y humanitaria. En este contexto, indicó que una de las propuestas del Programa de Gobierno del Presidente de la República, señor Sebastián Piñera, es permitir que las personas de avanzada edad, o con enfermedades terminales graves o que tengan un menoscabo que les impida valerse por sí mismas, y que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, puedan pedir la sustitución de la pena por la de arresto domiciliario total.”.

Continúa el informe dando cuenta que el ex Ministro hizo presente que: “Esta idea también es el fundamento de diversas iniciativas presentadas ante el Congreso Nacional, desde hace más de una década, como consta en los Boletines N°s 3.554-07, 5.367-07, 5.874-07, 10.740-07, 10.745-07, 10.746-07, 11.020-07, 11.024-07 y 11.569-07. Acotó que estas iniciativas constituyen en su mayoría mociones presentadas entre los años 2004 y 2016 por parlamentarios de diversos sectores políticos, entre ellos, **Jorge Burgos, Juan Bustos, Patricio Hales, Edgardo Riveros, Eduardo Saffirio, Rodolfo Seguel, Exequiel Silva**, Gonzalo Arenas, Julio Dittborn, Enrique Estay, Marcelo Forni, Alejandro García-Huidobro, Javier Hernández, Juan Lobos, Iván Norambuena, Felipe Salaberry, Gastón Von Mühlenbrock, **Pedro Araya, Gabriel Ascencio**, Eduardo Díaz, **Alvaro Escobar, Jaime Mulet, Alejandra Sepúlveda, Esteban Valenzuela**, Manuel Ossandón, Lily Pérez, **Eugenio Tuma**, Francisco Chahuán, Iván Moreira, Baldo Prokurica, Andrés Allamand, Alberto Espina, José García, Víctor Pérez, **Miguel Alvarado**, Germán Becker, Gonzalo Fuenzalida, Cristián Monckeberg, Diego Paulsen, **Ricardo Rincón, y Jorge Sabag**. Incluso, comentó el Mensaje del año 2018 de la ex Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet Jeria, en los mismos términos. (Se destacan en negrilla parlamentarios de partidos políticos históricamente de colaciones de centro-izquierda e izquierda).

Resaltó que este proyecto actualiza la legislación nacional conforme a los estándares internacionales, con miras a garantizar los derechos relativos a un trato digno y humano de las personas privadas de libertad. En esta misma línea, señaló que se funda en el reconocimiento del trato humano y digno a las personas privadas de libertad, el que se traduce según los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la obligación del Estado de “tratar humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a las personas privadas de libertad”. (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Con respecto a las personas adultas mayores privadas de libertad, señaló que nuestro país tiene varios compromisos internacionales que nacen de la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, que imponen al Estado desarrollar enfoques específicos en las legislaciones internas sobre envejecimiento y vejez, incluidas las personas privadas de libertad, como lo prescribe su artículo 6°.

Asimismo, destacó que en las legislaciones comparadas se contemplan reglas especiales aplicables a las personas adultas mayores privadas de libertad, como ocurre en Uruguay, Argentina, Brasil, México y España, entre otros.

Por otro lado, hizo notar que se pierde el sentido de la pena, en los casos que se regulan en este proyecto de ley desde el punto de vista de sus fines, puesto que su privación de libertad en un recinto penitenciario, desde la perspectiva de los fines preventivos especiales de la pena, pierde considerablemente sentido, ya que se dificulta enormemente su participación en los

programas de reinserción social del establecimiento penitenciario, dadas las especiales condiciones en que se encuentran.

Asimismo, señaló que este proyecto de ley **crea una nueva pena de reclusión domiciliaria total, que consiste en el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada,** por todo el tiempo que le falte para cumplir la condena que se le impuso.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Luego explicó el contenido de las normas del proyecto de ley y llamó a los miembros de la Comisión a aprobar el proyecto de ley.

Enseguida se consigna la exposición del **Subsecretario de Justicia de la época, señor Sebastián Valenzuela**, quien de acuerdo al informe de la comisión: “Explicó que la ley N° 21.124 exige a los condenados por delitos de lesa humanidad haber cumplido dos tercios de la condena. Con todo, apuntó, en caso de haber sido condenado a una pena de presidio perpetuo deberán haber cumplido, al menos, veinte años de la sanción y si fueron condenados a presidio perpetuo calificado se le exige como mínimo cuarenta años de privación de libertad. (Ley N° 21.124 modificó el DL 321 que establece la libertad condicional).

Comentó que el proyecto de ley que dio origen a la citada ley, exigía además dos requisitos copulativos para que el condenado por un delito de lesa humanidad pudiera acceder a este beneficio, a saber: colaboración en el esclarecimiento del delito y arrepentimiento. No obstante, indicó que el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su control preventivo eliminó el arrepentimiento, por estimar que vulnera el principio de inocencia. **De este modo, reseñó que la ley vigente para conceder el beneficio de la libertad condicional a los condenados por delitos de lesa humanidad exige el haber cumplido, al menos, dos tercios de la condena y haber colaborado con la justicia en el esclarecimiento de los hechos en que tuvo participación.**

Por otro lado, señaló que la Excelentísima Corte Suprema en el informe que emitió, a solicitud de esta Comisión, valoró la presentación de este proyecto de ley, especialmente en el caso de que el condenado tenga setenta y cinco años de edad, puesto que para evitar la impunidad se le exige, por lo menos, haber cumplido la mitad de la condena, salvo que haya sido condenado a una pena de presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, en cuyo caso debe haber cumplido veinte o cuarenta años de presidio, dependiendo la sanción. Además, aprobó que la solicitud siempre deberá ir acompañada de un informe psicológico y social de Gendarmería de Chile que contenga una opinión favorable en relación con los factores de riesgo de reincidencia del solicitante.

Luego, informó que el universo de las personas que podrían acceder al beneficio de la sustitución de la pena es el siguiente: veintidós personas que tienen setenta y cinco años de edad y que han cumplido la mitad de la condena; ocho personas con enfermedades terminales, y quince personas con menoscabo físico. Por tanto, apuntó, que se trata de un total de cuarenta y cinco condenados.

Asimismo, hizo presente que nada obsta para que estas personas puedan optar entre la sustitución de la pena por reclusión domiciliaria total o por la libertad condicional del decreto ley N° 321. (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Posteriormente intervino **El Senador Latorrre**, quien “valoró el sentido humanitario del proyecto, pero señaló su aprensión con los condenados por violaciones a los Derechos Humanos que se podrían beneficiar con este proyecto de ley”.

Por su parte **la Defensora Nacional Subrogante de la época, señora Viviana Castel**, habiendo realizado un profundo análisis de las implicancias del proyecto de ley, consideró como una “señal positiva” la iniciativa legal para las personas que se encuentran en alguna de los tres supuestos ya referidos que contempla la ley para acceder la nueva pena de arresto domiciliario total sustituyendo de esta manera la pena privativa de libertad.

Por su parte, el **Director Ejecutivo de Fundación Paz Ciudadana, señor Daniel Johnson**, “resaltó la importancia del equilibrio que debe existir entre el daño generado con la pena asignada al condenado. En este caso en particular, expresó que se genera un notorio desequilibrio por la condición de salud del condenado y destacó que, justamente, este proyecto de ley busca reponer este equilibrio con la sustitución de la pena de presidio por reclusión domiciliaria total.”

Por su parte, **el Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Chile, señor Silvio Cuneo**, en su parte pertinente señaló que: “aprueba el beneficio que establece el presente proyecto de ley para los condenados por delitos comunes, y en el caso de los delitos de lesa humanidad, resaltó que para validarlo se requiere exigir requisitos adicionales, como que el solicitante hubiere estado privado de libertad, por lo menos, durante diez años.”

Además señaló la necesidad de subir lo estándares de todas las cárceles al nivel que tiene la cárcel de Punta Peuco.

En el turno de la **la Académica de la Universidad de Chile, señora Claudia Cárdenas**, luego de hacer un exhaustivo análisis del proyecto de ley, llega a una conclusión contraria a la iniciativa legal señalando al final de su exposición que: “para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, es decir, para lograr el objetivo de fondo de este proyecto de ley, es necesario que la nueva legislación no solamente aborde lo relativo al cumplimiento de la pena en ciertos casos, sino integralmente la ejecución penitenciaria y, en particular, lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada.”

Luego la intervención de la **Abogada de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Chistine Weidenslaufer**, hace un acabado análisis de las normas sobre la materia en el derecho internacional y de las legislaciones de los países a que se refiere el proyecto de ley, llegando a la siguiente conclusión que consta en el texto del informe de la Comisión: “que el derecho internacional de los derechos humanos exige que el Estado proteja y garantice los derechos de

los privados de libertad, en particular, su integridad física, psíquica y salud. Para ello, indicó que debe proveer los tratamientos y las condiciones que sean necesarios. Por tanto, si bien no existe la obligación de entregar determinadas alternativas de reclusión, como la detención domiciliaria, a las personas de avanzada edad o a los enfermos, sí existen recomendaciones en tal sentido, contenidas en las guías internacionales y en las opiniones de los organismos especializados de las Naciones Unidas.

En relación con la aplicabilidad de este tipo de medidas a los condenados por delitos de lesa humanidad, consideró necesario hacer una ponderación caso a caso de los derechos en juego, pues sus requisitos especiales ponen en evidencia la tensión entre la reinserción del condenado y su dignidad, y entre los derechos de las víctimas y la paz social”.

Luego en el informe se consignan las exposiciones de la **Presidenta de la Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional ex Prisioneros Políticos, señora Wally Kunstmann** y la **Directora de la Corporación de Familiares de ex Prisioneros Políticos, Fallecidos, señora Haydeé Oberreuter**, quienes manifestaron terminantemente oponerse al proyecto de ley, en virtud que mediante el se podrían beneficiar condenados de delitos de lesa humanidad cometidos durante el gobierno militar encabezado por Augusto Pinochet, pero que no se oponen a que el proyecto de ley sea aplicable a los reos comunes.

Ante la consulta del Senador Latorre de si estarían dispuestas a establecer requisitos más exigentes para acceder al beneficio de la sustitución de la pena respecto los condenados por delito de lesa humanidad, señalaron que por ningún motivo, ya que los violadores de derechos humanos deben cumplir la totalidad del tiempo de la pena en la cárcel.

Posteriormente el informe consigna las exposiciones de la **Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro, la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos AFEP-CHILE, señora Alicia Lira y la Abogada de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, señora Carolina Cubillos**, todas ellas se mostraron categóricamente en contra del proyecto de ley, relatando diversos episodios ocurridos durante el gobierno militar en los cuales se violaron los derechos humanos, argumentando que ante dichas hechos no es posible conceder ninguna clase de beneficio a los partícipes de delitos de lesa humanidad.

Además argumentaron los beneficios que tienen los condenados por dichos delitos al estar reclusos en una cárcel como Punta Peuco que cuenta con mejores condiciones que los recintos penitenciarios comunes y además que muchos de ellos que se encuentran enfermos son atendidos en hospitales de las fuerzas armadas cuando se requiere.

Por último cerró la ronda de exposiciones, el **Asesor Legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Carlos Oyarzún**, quien se manifestó a favor del proyecto de ley con unas sugerencias de menor relevancia.

Podemos destacar de su intervención las siguientes alocuciones que consigna el informe al siguiente tenor: “Resaltó que esta iniciativa recoge una serie de mociones parlamentarias transversales que van en la misma dirección. Asimismo, hizo notar que este proyecto de ley no altera la aplicación de la pena, puesto que sólo la sustituye por otra, también privativa de libertad, y como tal se trata de un supuesto que se justifica plenamente en función de la vulnerabilidad del reo.”

“En cuanto a las razones humanitarias y al trato digno que se debe dar a toda persona, indicó que el proyecto de ley plantea la sustitución de una pena privativa de libertad por otra pena de carácter más atenuada. Dejó en claro que no existe indulto, ni extinción de la pena ni del delito, sino un mero cumplimiento alternativo.”

“Comentó que Chile tiene un compromiso por el respeto y protección de los derechos humanos con la ratificación de una serie de tratados internacionales, tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Con todo, resaltó que es fundamental tener claro que se trata de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Además, dio cuenta que el derecho comparado se hace cargo de esta situación a través de una serie de instituciones. A modo ilustrativo, se refirió a los siguientes casos:

España, que en su Código Penal establece la libertad condicional para los mayores de setenta años con expresa exclusión del tiempo de la condena que tenga o lleve cumplido.

Gran Bretaña, que faculta al Ministro de Interior para conceder, tras una consulta al Consejo de Liberación Condicional, la libertad incluso en caso de condenas perpetuas por razones humanitarias.

Francia, en que se autoriza al Presidente de la República a conceder la libertad por gracia, teniendo en especial consideración la edad del reo.

Estados Unidos, en donde existe una serie de instituciones que se hacen cargo de los mayores de edad como el "*Projects for older prisoner (POPS)*" y el programa para los reos con problemas de salud o enfermedades, conocido como el "*Hospice program*".”

Luego de las exposiciones referidas, las cuales se llevaron cabo en las sesiones que la Comisión trató el proyecto de ley, correspondiente a las sesiones de los días 11 y 18 de marzo; 1, 8, 15 y 22 de abril de 2019 y 13 de abril de 2020, se puso en votación la idea de legislar el proyecto de ley.

Luego de fundamentar su voto cada uno de los cinco miembros de la Comisión, la idea de legislar fue rechazada por tres votos a dos.

Votaron en contra los H. Senadores señora Adrian Muñoz D’Albora y señores Juan Ignacio Latorre y Alejandro Navarro, y a favor los Honorables Senadores señores Iván Moreira y Kenneth Pugh.

Al día siguiente de la votación de la idea de legislar en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, esto es el 14 de abril de 2020, se comenzó a discutir el proyecto de ley en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Enseguida daré cuenta de los antecedentes más relevantes que constan en el informe de dicha Comisión de fecha 16 de junio de 2020.

El informe de la Comisión comienza indicando las autoridades e invitados que participaron en las sesiones de la Comisión en la cual se discutió el proyecto de ley, que corresponden a las siguientes personas.

“El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín; el Subsecretario de Justicia, señor Sebastián Valenzuela; la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Recabarren, y la Jefa de la División Jurídica de esa Secretaría de Estado, señora Mónica Naranjo.

Asimismo, expusieron ante la Comisión el abogado penalista señor Claudio Nash; la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD), señora Lorena Pizarro; la Presidenta de la Corporación Londres 38, señora Erika Henning, quien fue acompañada por la abogada del mismo organismo, señora Magdalena Garcés; el Representante para América del Sur de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señor Jan Jarab, quien fue acompañado por su asesora, señora Camila Acevedo; el Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, señor José Miguel Vivanco, y el Director del Instituto Chileno de Derechos Humanos, señor Sergio Micco.”

Agrega el informe, que la Comisión recibió un informe jurídico del profesor de derecho penal, el destacado abogado penalista don Alfredo Etcheberry, del cual daremos cuenta más adelante en el presente informe.

Luego cabe destacar que el informe de la Comisión hace referencia al oficio de la Excm. Corte Suprema de fecha 7 de febrero de 2019, mediante el cual dio respuesta al oficio remitido por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía a propósito de este proyecto de ley, en el cual se le consultaba específicamente su opinión respecto del inciso décimo del artículo 468 bis que propone incorporar el número 1) del artículo primero, así como el inciso décimo del artículo 697, que agrega el número 2) al artículo segundo, ambos del proyecto de ley en estudio, puesto que corresponden a disposiciones que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

En el análisis que hace el máximo tribunal del país, además de contestar las preguntas específicas de la Comisión, **manifiesta su posición favorable al proyecto de ley, argumentando básicamente dicha posición en los fines de la pena de prevención especial o reinserción y en la historia de las reformas que se han pretendido hacer al Código Penal en las que los mayores de 70 años tanto en la Comisión redactora del Código Penal como luego en la reforma del año 1945 se pretendían establecer como atenuantes el ser mayor de 70 años.**

Además aduce argumentos doctrinarios, entre ellos el proyecto de Código Penal del profesor don Alfredo Etcheberry, el cual señalaba que los mayores de 75 años cumplirían sus penas privativas de libertad en reclusión domiciliaria.

Más adelante el informe de la Comisión, da cuenta de la discusión general del proyecto de ley, la cual comenzó con la exposición del **Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín**, la cual por tener un contenido muy similar a su exposición en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, no tiene sentido referirse a ella en esta oportunidad.

Una vez que terminó de exponer el ex Ministro, el Presidente de la Comisión, Senador Alfonso De Urresti, le preguntó al Ministro Larraín la cantidad de personas mayores de 75 años que se encuentran privadas de libertad y cuántos de ellos se encuentran en la cárcel de Punta Peuco.

Cabe destacar lo señalado por el Senador Andrés Allamand quien “se mostró de acuerdo en que se lleve a cabo un análisis riguroso y se reciba la opinión de especialistas en materia de derechos humanos, tales como, el profesor de derecho penal, señor Alfredo Etcheberry; El Director del Instituto Chileno de Derechos Humanos, Sergio Micco; los abogados especialistas en derechos humanos señores José Miguel Vivanco y Claudio Grossman y la ex Presidenta Bachelet, que actualmente ocupa el cargo de Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Agregó que también debería escucharse al Presidente de la Excm. Corte Suprema, señor Guillermo Silva y a agrupaciones de derechos humanos chilenas.”

Solicitándole al final de su intervención al Presidente de la Comisión, realizar las gestiones necesarias para concretar ello.

Luego en sus intervenciones tanto el Senador Huenchumilla como Harboe se mostraron reticentes a aprobar un proyecto de ley de estas características, mientras que el Senador De Urresti fue enfático en señalar su oposición a este proyecto, lo que se da cuenta al reproducir el comienzo de su intervención al siguiente tenor: “el objetivo que persigue el proyecto de ley en discusión consiste en conferir la libertad a los violadores de derechos humanos, revestido de normas de trato humanitario”.

Luego en la siguiente sesión de la Comisión se comenzaron a escuchar una serie de exposiciones de conformidad a lo acordado por la Comisión previamente, comenzando con **la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro**, quien ya había presentado el parecer de su organización en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, manifestándose nuevamente contraria al proyecto de ley presentado por el ejecutivo.

También se manifestaron en contra del proyecto de ley en sus exposiciones, **la Presidenta de la Corporación Londres 38, señora Erika Hennings y la abogada de dicha Corporación, señora Magdalena Garcés.**

Luego le tocó el turno al **profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, señor Claudio Nash** quien se manifestó de manera muy fechaciente contrario al proyecto de ley, lo que se puede apreciar desde el comienzo de su exposición al consignar textualmente el informe de la Comisión que: “le 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.”

Luego el Presidente de la Comisión, solicitó dar lectura al documento solicitado a propósito de este proyecto de ley al destacado profesor de derecho penal, don Alfredo Etcheberry.

Como se puede apreciar del texto de su documento, que enseguida se reproduce, se concluye su conformidad con el proyecto de ley, e incluso, propone hacer menos exigente ciertos requisitos para la sustitución de la pena.

“Señor Presidente:

Ante todo, agradezco a Ud. y a los miembros de esa H. Comisión la honrosa invitación que se me ha hecho para participar en la sesión de hoy, en que se debatirá el proyecto que sustituye el cumplimiento de penas privativas de libertad para ciertas personas por razones humanitarias.

Lamento que por razones personales no me sea posible tomar parte personalmente del debate, pero por la presente quiero al menos hacer presente mi punto de vista sobre las materias en discusión como una contribución al debate.

1. El año 2016 publiqué un Proyecto de Código Penal para Chile, cuyo artículo 86 dispone a la letra:

“86. Las personas mayores de setenta y cinco años y las valetudinarias cumplirán todas las penas privativas de libertad en reclusión domiciliaria y por la duración que hubiere dispuesto la sentencia para tales penas, con los debidos resguardos para evitar la fuga. En caso de quebrantamiento podrá decretarse por el tribunal penitenciario el ingreso o retorno del infractor al establecimiento que corresponda y con las modalidades propias de cada pena, hasta enterar el cumplimiento efectivo de la pena original...” (siguen dos incisos más relativos a las mujeres condenadas que estén embarazadas y al cómputo de tiempo que se haya pasado en hospitalización como cumplimiento efectivo de la pena).

2. Puede advertirse la coincidencia fundamental entre mi pensamiento y la idea que inspira el proyecto en análisis. Sólo desearía formular algunas observaciones que a mi juicio, de ser acogidas en todo o en parte, contribuirían al perfeccionamiento del proyecto de ley.

3. Personas condenadas que podrán solicitar la sustitución:

“a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal”.

No nos parece necesario aguardar a que, según especifica el propio texto del proyecto, se requiera un informe médico conforme al cual haya un “pronóstico fatal en tiempo próximo”.

Es decir, el solicitante o su abogado deberán esforzarse en convencer al juez de que aquél se va a morir con certeza en breve plazo, exigencia a nuestro juicio macabra y poco compatible con las “razones humanitarias” que sirven de título al Proyecto.

A nuestro juicio bastaría con exigir que por una enfermedad o condición física o mental padezcan de un grave menoscabo para valerse por sí mismos o estén sometidos a sufrimientos graves en forma crónica o recurrente, sólo susceptible de tratamientos paliativos.

“b) Aquellas que, por cualquier causa tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa”.

Esta causal nos parece bien, sólo con las siguientes consideraciones:

1) El menoscabo a que se alude puede ser también psíquico además de físico, siempre que produzca la misma consecuencia: una dependencia grave. 2) Reemplazaría la expresión “severa” por “grave”, “importante” u otra semejante. 3) Si se acepta reemplazar la exigencia de “terminalidad”, podrían refundirse en un solo literal los actuales (a) y (b) del Proyecto.

“c) Aquellas de 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”.

Estamos de acuerdo con la fijación de los setenta y cinco años pero no estimamos que deba agregarse ninguna exigencia de cumplimiento efectivo previo de la pena, porque esas se formulan normalmente para acceder a beneficios como la libertad condicional (sujeta además a otras exigencias, como buena conducta, etc.). Así, una persona que delinquirió a los 25 años y fue condenada a presidio perpetuo puede pedir su libertad condicional (mucho más benigna que la reclusión domiciliaria) después de veinte años, o sea, cuando tenga 45 años de edad, por lo que esta ley no le serviría de nada.

Esta ley, en cambio, se inspira en razones humanitarias. Una pena que sea dura y rigurosa, pero soportable, para un individuo relativamente joven y sano, puede resultar “cruel o inhumana” para un anciano.”. (Lo destacado en negrilla es del suscrito)

Enseguida cabe destacar parte de los comentarios que registra el informe de la Comisión de los Senadores Huenchumilla y De Urresti.

El **senador Huenchumilla**, señaló que: “existe un compromiso que el señor Presidente de la República asumió con la llamada “familia militar”. Consideró imposible acceder a una iniciativa desde el punto de vista jurídico, si estamos en presencia de un tema pendiente en nuestro país, herida que no ha sido cerrada, ni reconocida por los culpables y tampoco por la derecha.”

Luego, **el Presidente de la Comisión, Senador De Urresti** manifestó que: “este proyecto es repudiable para los tiempos que corren, razón por la que anunció que votará en contra de la idea de legislar. Agregó que es un proyecto que no debería estar discutiéndose.”

En la siguiente sesión que se discutió el proyecto de ley, cabe destacar en primer término la intervención del **representante para América del Sur de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señor Jan Jarab**, quien en su intervención manifestó su disconformidad con el proyecto de ley, siendo pertinente en este sentido reproducir ciertas partes relevantes de su exposición que dan cuenta de dicha posición:

“Recordó que, hace algunas semanas, la Alta Comisionada Sra. Michelle Bachelet señaló lo siguiente: “Las personas condenadas por delitos reconocidos por el derecho internacional después de un juicio justo y público por un tribunal independiente e imparcial deben considerarse para la liberación temporal de la custodia solo en circunstancias excepcionales”. Por lo tanto, se puede concluir que los beneficios excepcionales permisibles tienen un carácter distinto a los ofrecidos por el proyecto de ley que hoy se discute. Añadió que la iniciativa no hace la distinción entre condenados por delitos comunes y por delitos de lesa humanidad, por otra parte, permitiría sustituir la pena privativa de libertad de condenados por crímenes de lesa humanidad por reclusión domiciliaria, sin un carácter temporal.

Luego, observó que las condiciones del centro penitenciario en el Penal de Punta Peuco son particularmente privilegiadas en el contexto nacional. Las condiciones de habitabilidad y acceso al alimento, el abrigo, la salud no se acercan a los riesgos a los que están expuestos los presos comunes en otros recintos penitenciarios del país, cuestión que refuerza la necesidad de evaluar de manera individual e independiente de cada caso a ser beneficiado por esta ley. Recordó que la edad por sí misma, no parece justificación suficiente para dar lugar a la sustitución en el caso de los violadores de derechos humanos, sobre todo en esta hipótesis contenida en el proyecto. Sostuvo que es fundamental hacer la distinción entre delitos comunes y lesa humanidad, a fin de no burlar la justicia.”

Posterior a su intervención, ella fue cuestionada por los senadores Allamanda, Pérez y por el **ex Ministro de Justicia don Hernán Larraín**, señalando este último que **obviamente con el ánimo de darle viabilidad al proyecto de ley, que el ejecutivo sería partidario “que los requisitos para optar a la sustitución de la pena sean mayores en caso de aquellos que han cometido crímenes de lesa humanidad.”** (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

En la siguiente sesión de la Comisión que se trató el proyecto de ley, cabe destacar la información dada a conocer por **la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Recabarren**, quien en el marco de una pregunta que se le hiciera en la anterior sesión, indicó que: **“el universo de personas mayores de 75 años con la mitad de la condena cumplida, asciende a 33 personas. Y de ellas, 14 se encuentran condenadas por delitos de lesa humanidad. Agregó**

que el total de las personas condenadas por estos últimos delitos alcanza alrededor de 180.”

(Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Luego expuso en la Comisión **el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de la época, señor Sergio Micco**, quien comienza aclarando que su exposición se “centrará en el Informe que fue aprobado por el Consejo del Instituto que representa, del día 25 de mayo del presente, a propósito de la iniciativa en discusión.”

Dicho informe señala estar de acuerdo con el proyecto de ley, pero que los requisitos para los condenados por delitos de lesa humanidad deben ser más exigentes para optar a la sustitución de la pena, debiendo en consecuencia distinguirse en la iniciativa legal aquellas condenados por delitos comunes y por lesa humanidad.

En virtud de lo anterior, señaló los siguientes criterios y requisitos que a juicio del organismo que representa se deben exigir a los condenados por delitos de lesa humanidad para que puedan acceder a la sustitución de la pena:

- “1.- Se debe escuchar a las víctimas o a sus familiares, previa a la concesión del beneficio;
- 2.- Debe existir un control judicial, no administrativo para concederlo;
- 3.- Constatar que el condenado ha cooperado o expresado su voluntad de cooperar con la investigación, y
- 4.- Que la conducta del condenado revele arrepentimiento.”

A propósito del cuarto y último requisito que plantea el INDH, es importante recordar lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional a propósito del control preventivo de la ley N° 21.124 que modificó el DL. 321 que establece la libertad condicional, mediante la cual se exige a los condenados por delitos de lesa humanidad haber cumplido dos tercios de la condena, eliminando dicho Tribunal el requisito del arrepentimiento a los condenados por delitos de lesa humanidad por estimar que vulnera el principio de inocencia.

Luego le correspondió el turno de exponer al último de los invitados, **el Director de la División de las Américas de Human Rights Watch, señor José Miguel Vivanco**, que como veremos a propósito de su exposición, se produjo un debate muy interesante en relación con el contenido del proyecto de ley, pudiendo relevar de su exposición los siguientes dichos:

“Lo cierto es que con arreglo al derecho internacional, actualmente en vigencia, incluyendo dos de los tratados más importantes en la materia, indicó que los Estados tienen la obligación jurídica de garantizar que las penas por las mencionadas violaciones sean proporcionales a la gravedad de los abusos. **Por otra parte, remarcó que negar la liberación a un violador de derechos humanos cuando a un criminal común se le concede, viola el principio de igualdad ante la ley.**

En efecto, manifestó que todos los reclusos, incluidos los responsables por las más graves atrocidades, merecen un trato justo y digno durante su detención, incluyendo la

posibilidad de ser liberados cuando las circunstancias lo ameritan y en particular si padecen enfermedades graves.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Más adelante en su exposición sostuvo que: **“siempre que verdaderamente se imparta justicia, no hay ninguna disposición vigente en el derecho internacional de los derechos humanos que prohíba beneficios como la libertad condicional o el arresto domiciliario a los condenados por graves violaciones a los derechos humanos cuando estos beneficios se otorguen mediante un proceso justo y transparente.** Agregó que son muchas las situaciones en las cuales las autoridades tienen la obligación de liberar de forma anticipada a presos que cumplan largas penas de prisión cuando sufren enfermedades graves.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Enseguida tomó la palabra el Senador Allamand, quien luego de destacar la trayectoria en el ámbito de los derechos humanos de los señores Micco y Vivanco, indicó que “ambas exposiciones coincidieron en señalar que la iniciativa en estudio estaría alineada con los estándares internacionales de los derechos humanos y en el caso de las personas condenadas por delitos de lesa humanidad, éstos deberían tener un trato diferenciado. Es decir, se debiese generar una discriminación razonable entre el trato que reciben los sancionados por delitos comunes y aquellos que han incurrido en los graves delitos de lesa humanidad.

Luego, indicó que el señor Vivanco señaló que no existía una norma, en el ámbito de los tratados internacionales, que prohíba otorgar estos beneficios a los condenados por delitos de lesa humanidad sobre la base de que éstos deben tener un tratamiento diferente a los sancionados por delitos comunes. Dado lo anterior, solicitó la opinión del señor Vivanco sobre esta materia.”

Luego intervinieron los demás Senadores miembros de la Comisión, en un sentido similar al del Senador Allamand el Senador Pérez, pero cuestionando el proyecto de ley los Senadores Huenchumilla, De Urresti y Araya, básicamente por la falta de cooperación de los condenados por delito de lesa humanidad no configurándose en consecuencia el cumplimiento del requisito de la cooperación de dichos condenados para acceder a alguna clase de beneficio penitenciario o de sustitución de la pena, además de señalar que este proyecto representa un compromiso de parte del Presidente de la República Senastían Piñera con la “familia militar”.

Luego se le ofreció la palabra al **Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, señor José Miguel Vivanco**, quien a propósito de los comentarios a su exposición, relató como la organización que representa fue pieza fundamental en el proceso penal seguido contra Augusto Pinochet en Londres, con el fin de lograr su extradición a España.

Además se consigna en el texto del informe textualmente a propósito de su intervención lo siguiente: “que la regla general hasta los años 90’ en materia de violaciones a los derechos humanos fue la impunidad, ya que se dictaron muchas leyes de amnistía y los indultos. Ello prevaleció hasta la transición política en Sudáfrica, país que exigió como condición para rebajar

o no aplicar penas, la confesión de aquellos que estaban acusados por violaciones a los derechos humanos.

Posteriormente, con la creación de la Corte Penal Internacional y el precedente de Augusto Pinochet en Londres, se rompe la regla antes mencionada, y se impone una nueva, que consiste en sancionar proporcionalmente a los culpables de estos ilícitos, de acuerdo con la gravedad de los delitos.

Indicó que este desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es reciente. Ello incluye la idea de exigir rendición de cuentas y de castigar a los responsables. Agregó que lo que aún no cuenta con un desarrollo consolidado, es qué hacer con los condenados por delitos de lesa humanidad que estén sufriendo enfermedades terminales, o que están a punto de morir. Sobre esa materia, el único texto que existe es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fujimori. Este fallo indica que a la luz de los principios generales en materia de derechos humanos es posible concebir que la persona condenada pueda salir anticipadamente en libertad, en la medida que se cumplan algunos requisitos y se tomen en consideración algunos criterios, ya referidos precedentemente.

Más adelante agregó: “que los mencionados parámetros deben buscar conciliar dos valores, a saber, los derechos de las víctimas a una genuina justicia, proporcional al daño causado y, por otro lado, los derechos de un condenado a su dignidad. Es decir, que este último no esté condenado a morir en condiciones indignas y crueles en prisión, si es que existe un diagnóstico serio, imparcial, contundente que acredite las condiciones de salud, y se tome además en consideración, la conducta del condenado respecto de los hechos; si ha participado en el esclarecimiento de los mismos, es decir, que cumpla con los criterios enumerados en el fallo de la Corte Interamericana.

Recordó enseguida, al abogado señor José Zalaquett, quien tenía un principio básico sobre estas materias, que consistía en señalar: “Ellos fueron muy crueles, cometieron delitos atroces, pero nosotros no tenemos que ser crueles con ellos”. Una cosa es la crueldad de aquellos que gobernaron a sangre y fuego durante diecisiete años de dictadura y cometieron todo tipo de atrocidades, que deben ser investigadas, procesadas y sancionadas, y otra cuestión distinta es lo que uno puede esperar y exigirle a un estado de derecho, a una sociedad democrática moderna conforme a los principios jurídicos actuales.

Por todo lo anterior, sostuvo que no existe estándar alguno en derecho internacional que prohíba beneficiar a los condenados por crímenes de lesa humanidad que estén, por ejemplo, sufriendo problemas gravísimos de salud.

Finalmente, recalcó que esa prohibición no existe, al contrario, lo que sí existe en derecho internacional es la sentencia reciente de la Corte Interamericana, que le exige a los Estados hacer una ponderación de valores jurídicos en tensión, en primer lugar, los derechos

de las víctimas en sociedad a una justicia genuina, pero también el derecho de aquel condenado que está al borde de la muerte, en una prisión.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Por último tomó la palabra al **Ministro de Justicia y Derechos Humanos señor Hernán Larraín**, intervención de la cual podemos destacar que se abrió a la posibilidad de incorporar al proyecto de ley “los criterios establecidos por el Estatuto de Roma o por el fallo en el caso Fujimori. Lo anterior, aseguró, vendría a perfeccionar la iniciativa y adecuarla de manera más estricta a los estándares internacionales.”

Más adelante el informe da cuenta que “Manifestó su más absoluta disposición para perfeccionar esta iniciativa, asegurando el mejor control jurisdiccional posible, revisando los criterios para poder alcanzar el beneficio, especialmente en el caso establecido en la tercera causal antes mencionada. (La tercera causal es la relativa a los 75 años)

Agregó que está interesado en el tema de fondo, es decir, cómo lograr que la sociedad busque la justicia dura, fuerte y rigurosa cuando se trata de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, constató que, de acuerdo con las exposiciones escuchadas, lo anterior debe conciliarse con la dignidad del condenado.

Finalmente, consignó que la iniciativa, en ningún caso, persigue la impunidad del condenado sino que, en situaciones muy calificadas, los condenados puedan optar por sustituir la pena.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Como podemos apreciar de la última intervención antes que se votará la idea de legislar, el ejecutivo representado por el Ministro de Justicia de la época, se abrió a la posibilidad de modificar el proyecto de ley en los aspectos que se refirió tanto el señor Vivanco como el señor Micco.

Luego el Presidente de la Comisión declaró cerrado el debate y sometió a votación en general el proyecto de ley, el cual en definitiva fue rechazado por tres votos a dos, pasando a la tabla de la sala para su votación en general.

Los cinco Senadores miembros de la Comisión al momento de votar fundamentaron su voto y creo relevante citar íntegramente cada una de sus intervenciones, las cuales a juicio del suscrito constituyen un antecedente relevante a considerar una vez que a la Sala de la Cámara Alta le corresponda pronunciarse sobre la idea de legislar.

En consecuencia enseguida reproduzco textualmente lo que consignó el informe de la Comisión de la votación de los Senadores de la Comisión

“En primer lugar, intervino el Honorable Senador señor Allamand, quien señaló que se pronuncia a favor de la idea de legislar en esta materia.

Manifestó que tanto la exposición del Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos, como la del Representante de *Human Rights Watch* para América, han coincidido

en la idea de que el proyecto de ley, en general, se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos que se deben aplicar en esta materia.

Agregó que ambos expositores coincidieron que los condenados por delitos de lesa humanidad deben tener un tratamiento diferenciado al interior de la legislación que se impulse.

Asimismo, sostuvo que no está en discusión si las personas que han sido condenadas por delitos de lesa humanidad cometieron actos atroces, sino que lo que se debate es si dichos condenados pueden optar a la sustitución de su pena, siempre que se reúnan ciertas condiciones que fija la ley, situación que verificarán los jueces.

Luego, recalcó las palabras del abogado señor Vivanco, en el sentido que no existe norma alguna en el ámbito internacional que prohíba otorgar beneficios a las personas condenadas por delitos de lesa humanidad, cuando existan razones justificadas que así lo respalden.

Expresó que es difícil comprender a aquellos que manifiestan su rechazo, en general, a la presente iniciativa, especialmente tomando en consideración que el Ejecutivo manifestó su disposición a perfeccionarla. Añadió que estamos ante una norma que se aplica a los condenados por delitos comunes y a aquellos que se encuentran privados de libertad por delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, sostuvo que negarse a legislar implica que el beneficio de la reclusión domiciliaria tampoco se aplicará respecto a los primeros.

Dado lo anterior, recalcó que no existen razones válidas para rechazar, en general, una iniciativa legal de esta naturaleza.

Consignó que, si el Presidente de la República ejerce la facultad de indultar, éste sería objeto de críticas, por estar ejerciendo una atribución de manera arbitraria. **Estimó razonable, que una determinación de esta naturaleza debe tener un control jurisdiccional que pondere, caso a caso, si se cumplen los requisitos para optar a la sustitución de la pena.**

Finalmente, hizo presente que, por todas las razones señaladas, votaba a favor de la idea de legislar.

Seguidamente, **el señor Presidente de la Comisión** ofreció la palabra al **Honorable Senador señor Víctor Pérez, quien al fundamentar su voto favorable**, manifestó que esta iniciativa constituye el camino adecuado para resolver un tema complejo, como es la situación de las personas condenadas por distintos delitos y cuya condición de salud hace indigno que continúen privados de libertad en los recintos carcelarios.

Indicó que el proyecto de ley, al establecer un control jurisdiccional, da certeza jurídica respecto a los requisitos que deben cumplir quienes podrán acceder al cambio de pena.

Asimismo, expresó que el proyecto de ley no altera las condenas, sino que solo viene a sustituir la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria.

Igualmente, precisó que un Estado democrático debe estar dispuesto a conferir una alternativa a aquellos que cumplan con los requisitos que esta iniciativa establece.

Recordó las palabras del abogado y profesor universitario señor Zalaquett, en el sentido de no repetir especialmente con las personas que van a morir por una enfermedad terminal, la crueldad con la que actuaron los condenados por delitos de lesa humanidad.

Finalmente, valoró la disposición manifestada por el Ejecutivo para perfeccionar esta iniciativa, ya que ella abre el camino para una discusión razonable y democrática, en que las razones de carácter humanitario deben primar.

Luego, intervino **el Honorable Senador señor Huenchumilla**, quien **al fundamentar su voto en contra de la iniciativa**, señaló que se remitía a lo que ya expresó en intervenciones anteriores.

En todo caso, recalcó que estamos discutiendo este proyecto en una institución política y bajo ese punto de vista, hay razones para estimar que este proyecto de ley no es necesario, porque el Presidente de la República tiene facultades para indultar.

Hizo presente que la política es un arte difícil, sin embargo, consiste, entre otras cosas, en tomar decisiones, aunque éstas sean duras y difíciles. Añadió que, si la más Alta Autoridad de la República está convencida de la bondad de la iniciativa y de la necesidad de abordar un pronunciamiento del Estado en esa dirección, debe tomar una resolución y está dotado de las facultades para hacerlo. Lo anterior, implica asumir una responsabilidad política frente al país y la familia militar con la que se comprometió. Agregó que S.E. el Presidente de la República no puede eludir su responsabilidad política, haciendo partícipe de su compromiso al Congreso Nacional.

Reiteró que la iniciativa en discusión no es necesaria, puesto que el Presidente de la República está dotado de la facultad de conceder indultos. Dado lo anterior, indicó que votaba en contra de la idea de legislar.

Seguidamente, intervino **el Honorable Senador, señor Pedro Araya**, **quien indicó que votaba en contra de la idea de legislar, dado que el Presidente de la República posee las atribuciones para dictar los indultos particulares y él debe asumir la responsabilidad en estos casos.**

Sostuvo que el actual Mandatario desea compartir con el Congreso Nacional la responsabilidad de un compromiso asumido con un ex grupo de militares.

Finalmente, agregó que estamos ante un proyecto de ley que no es necesario, ya que existe la herramienta del indulto.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti, **al fundamentar su voto en contra**, señaló que en esta materia se debía tener especial consideración y preocupación por las víctimas de los delitos de lesa humanidad que durante años han buscado

a sus parientes o amigos detenidos desaparecidos y hacer justicia, con la finalidad de poder cerrar la herida aún abierta en nuestro país en materia de derechos humanos.

Hizo presente que no corresponde que se lleve a cabo un esfuerzo legislativo para favorecer a los condenados por crímenes de lesa humanidad. Añadió que la ciudadanía se tiene que formar una convicción y determinar dónde están las prioridades, a saber, con los represores, los genocidas o con las víctimas.

Reconoció que, como Senador del Partido Socialista, siempre estará abogando por mayor justicia, por alcanzar la verdad y por conseguir la reparación de las víctimas de estos delitos tan graves.

Seguidamente, manifestó que el presente proyecto, tal como lo señalaron las organizaciones de derechos humanos, revictimiza a todos aquellos familiares y víctimas directas y colaterales de los delitos de lesa humanidad. Agregó que con este tipo de iniciativas tampoco se asegura la no reiteración de estos ilícitos.

Por otra parte, aseguró que existen antecedentes nefastos respecto a la seriedad de ciertos informes médicos, especialmente si se recuerda los que se emitieron en el caso de Augusto Pinochet.

Finalmente, consignó que el esfuerzo se debe concentrar en la obtención de verdad y justicia, en obtener señales claras de que en Chile no se volverán a cometer delitos de lesa humanidad.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Fuentes del capítulo: Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de fecha 16 de junio de 2020; Informe Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de fecha 26 de abril de 2020.

IV. Consideraciones finales

En este capítulo final expondré los principales antecedentes consignados en el presente informe, que a juicio del suscrito fundamentan tanto la pertinencia del proyecto de ley como la necesidad de legislar esta materia en nuestro ordenamiento jurídico.

1.- Tal como podemos inferir del texto del proyecto de ley, se ha intentando legislar esta materia hace dos décadas y hasta la fecha no ha sido posible, dando como ejemplo nueve proyectos de ley, la mayoría mociones parlamentarias, suscritas por parlamentarios de diversas corrientes políticas.

En este sentido cabe destacar, el último proyecto de ley previo a la presentación de la iniciativa legal materia de este informe, que fuera ingresado por el ejecutivo al Senado el 16 de enero de 2018, al finalizar el segundo período de la ex Presidente Bachelet, boletín N° 11.569-07, el cual fundamenta en el derecho internacional otorgar beneficios a los condenados por delitos de lesa humanidad, señalando en su parte pertinente lo siguiente: “En cuanto a si es posible o no que los condenados por crímenes y delitos de lesa humanidad, genocidio o guerra, accedan a estas medidas, se debe considerar que, desde la perspectiva del derecho

internacional, si bien se exige el cumplimiento de requisitos especiales, de todas formas no existe una prohibición sobre el particular, como sí ocurre para las eximentes de responsabilidad penal, como lo son la prescripción o la amnistía.”

2.- En el derecho comparado existe legislación que regula que los enfermos terminales no cumplan sus penas privativas de libertad en un recinto penitenciario, atendido en general el estado de salud, razones humanitarias y los fines de la pena.

En este sentido, cabe destacar legislaciones penales y procesales penales que contemplan reglas especiales aplicables a las personas adultas mayores sancionadas a penas privativas de libertad, en términos generales a partir de los 70 años, es decir con una exigencia de edad menor a la del proyecto que nos ocupa, tales como Uruguay, Argentina, Brasil, México, España, entre otros.

3.- Como hemos visto en el informe, se citan una serie de instrumentos internacionales que sirven de fundamento al proyecto de ley, entre ellos cabe destacar el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión” adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual específicamente en el principio 5º N° 2 se consagra textualmente lo siguiente: “Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.”

Por su parte, cabe también destacar, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, promulgado en nuestro país mediante el Decreto Supremo N° 162 de 1 de septiembre de 2017, su artículo 13, mandata que “Los Estados Parte [...] promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos”.

En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos permite que las personas que se encuentren en las condiciones especiales de salud y edad que señala el proyecto de ley, se les pueda aplicar medidas especiales para la protección de sus derechos, como es la sustitución de una pena privativa de libertad por la nueva pena que se propone de reclusión domiciliaria total, no siendo discriminatoria y cumpliendo el principio de igualdad ante la ley.

4.- Otro argumento que cobra especial fuerza para legislar en esta materia, dice relación con los fines de la pena, ya que partiendo de la premisa que hace muchas décadas existe consenso en la doctrina que los fines de la pena son de carácter preventivos especiales, y no retributivos ni de prevención general o intimidatorio, esto es, su finalidad es la reinserción social del

condenado, no tiene sentido que tanto los enfermos terminales como aquellos que padezcan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa y las personas mayores de 75 años que hayan cumplido la mitad de su condena permanezcan en un establecimiento penitenciario, en los cuales dada su condición no puedan participar de los programas de reinserción social que existen en dichos establecimientos.

5.- Sin duda que la facultad de sustituir la pena se proponga radicarla en los tribunales de justicia, los cuales deberán resolver con antecedentes técnicos proporcionados tanto por el Servicio Médico Legal como Gendarmería de Chile, da una mayor objetividad en la decisión que se adopte, evitando de esta manera la discrecionalidad en este tipo de decisiones tan relevantes.

6.- Otro antecedente relevante se refiere al informe de la Excma. Corte Suprema de 7 de febrero de 2019, remitido a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, en el cual además de informar las consultas técnicas planteadas por dicha Comisión, se pronunció a favor sobre el proyecto en general.

En efecto, luego de hacer presente una serie de razones de dogmática penal, de los fines de la pena, de derecho internacional, de doctrina nacional, de antecedentes tanto de la Comisión redactora del Código Penal como del proyecto de modificación de dicho Código de 1945, en su parte pertinente señaló lo siguiente: “Ha de darse la bienvenida a una iniciativa de ley destinada a poner a nuestra legislación a tono con las tendencias, ya muy antiguas, de la dogmática y del Derecho Comparado, recogidas, incluso, en instrumentos jurídicos internacionales, que se mencionan en el proyecto”.

7.- Por último, además de relevar la opinión favorable sobre el proyecto de ley que diera en su informe el destacado profesor y abogado penalista don Alfredo Etcheverry, tal como se aborda en el capítulo anterior, es menester destacar también las opiniones de dos autoridades en materia de derechos humanos que asistieron a exponer a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

En efecto, de las exposiciones del Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos de la época don Sergio Micco y la del Representante de Human Rights Watch para América, don José Miguel Vivanco, ambos coincidieron que el proyecto de ley se ajusta a los estándares internacionales sobre derechos humanos, con la prevención que los condenados por delitos de lesa humanidad deben tener un tratamiento diferenciado al de los reos comunes, haciendo más exigente los requisitos para la obtención de la sustitución de la pena de los primeros, atendida la especial gravedad que revisten los delitos de lesa humanidad.

En vista de lo anterior, cobra especial relevancia lo señalado por el ex Ministro de Justicia, don Hernán Larraín, quien luego que expusiera el señor Micco y Vivanco, se abrió a la posibilidad de introducir modificaciones al proyecto de ley para dar cumplimiento al trato

diferenciado planteado por dichos expositores que se les debe dar a los condenados por delitos de lesa humanidad, sin embargo pese a ello, dicha Comisión al igual que la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, rechazó la idea de legislar por tres votos contra dos.

Es todo cuanto puedo informar, 18 de diciembre de 2024.



Carlos Lobos Mosqueira
Abogado

“Análisis proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica”

I.- Introducción.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el proyecto de ley, que se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado de la República, denominado “Que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica”, boletín N° 12.345-07.

Este proyecto de ley corresponde a un mensaje enviado en el segundo mandato del ex Presidente de la República, don Sebastián Piñera, ingresando al Senado de la República el 28 de diciembre de 2018 y encontrándose a la fecha en la tabla de la Cámara Alta para ser votada la idea de legislar.

El proyecto de ley básicamente propone mediante una modificación al Código Procesal Penal y al Código de Procedimiento Penal, sustituir la pena privativa de libertad por la nueva pena que se crea de arresto domiciliario total para las personas que se encuentren en las siguientes tres circunstancias:

- a).- Haber sido diagnosticada con una enfermedad en fase terminal.
- b).- Tener, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.
- c).- Tener 75 años o más y haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta. En este último caso, si la persona ha sido condenada a presidio perpetuo simple o presidio perpetuo calificado, solo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

En el capítulo II del informe, analizaré el contenido del proyecto de ley, tanto en sus antecedentes, fundamentos, ideas matrices y parte normativa.

En el capítulo III, abordaré la tramitación legislativa que ha tenido el proyecto de ley desde su ingreso al Senado, dando cuenta y analizando los principales antecedentes entregados en los informes de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Por último, en el capítulo IV a modo de conclusión, expondré una serie de consideraciones finales.

Fuentes del capítulo: Proyecto de ley denominado “Que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.”, boletín N° 12.345-07; Página web del Senado de la República.

II.- Análisis proyecto de ley.

En este capítulo, tal como se anuncia en la introducción analizaré el contenido del proyecto de ley, tanto en sus antecedentes, fundamentos, ideas matrices y parte normativa,

para dicho efectos y con el objeto de no confundir el texto del proyecto de ley que se reproducirá con el análisis del suscrito, el mensaje del ejecutivo se reproduce en una letra más pequeña y destacada en negrilla, diferenciándose de esta manera del análisis de la iniciativa legal.

“ANTECEDENTES DEL PROYECTO

Una preocupación primordial de este Gobierno es garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, cualquiera sea su edad, origen, sexo o condición, así como también avanzar hacia una sociedad más compasiva y humanitaria, especialmente con las personas que se encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad. En este sentido, una de las medidas propuestas en el Programa de este Gobierno es permitir, por razones humanitarias y de dignidad, que las personas de edad muy avanzada, o con enfermedades terminales graves o que les impidan valerse por sí mismas y que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, puedan sustituir dicha pena por arresto domiciliario total¹.

En efecto, el programa del segundo gobierno del Presidente Piñera, contemplaba a los Derechos Humanos como uno de los principios objetivos y medidas en el capítulo “Justicia y Derechos Humanos”, señalando textualmente en la parte pertinente del N° 6 lo siguiente: **“Por razones humanitarias y de dignidad permitir que las personas de edad muy avanzada, o con enfermedades terminales graves, o que les impidan valerse por sí mismas, y que se encuentren cumpliendo condenas en cárceles, puedan sustituir la pena por arresto total en su propio domicilio o, según su elección, en un establecimiento adecuado a su situación de salud o avanzada edad.** (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Esta materia no es sólo una preocupación reciente, sino que desde hace más de una década diversas iniciativas presentadas ante este Congreso Nacional han venido relevando la necesidad de regular la situación del cumplimiento de la pena privativa de libertad de las personas mayores, o que padecieran una enfermedad terminal o grave invalidante, o bien un grave deterioro físico irreversible. Si bien lo hacían bajo diferentes terminologías, todos estos proyectos proponían, en definitiva, otorgar a los tribunales la facultad de sustituir la pena privativa de libertad por una de reclusión domiciliaria.

Reconociendo estas experiencias previas y recogiendo lo mejor de cada una ellas, para la elaboración del presente Mensaje se tuvieron a la vista los boletines N°3.554-07², N°5.367-07³, N°5.874-07⁴, N°10.740-07⁵, N°10.745-07⁶, N°10.746-07⁷, N°11.020-07⁸, N° 11.024-07⁹ y N° 11.569-07¹⁰.

Cabe destacar de los nueve proyectos de ley referidos que sirvieron de base para la elaboración de la iniciativa legal, el último boletín referido correspondiente al N° 11.569-07, es

¹ Programa de Gobierno 2018-2022, “Construyamos Tiempos Mejores para Chile”, Sebastián Piñera Echenique, p. 143.

² Moción ingresada el 10 de junio de 2004, por los Señores Diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Patricio Hales Dib, Edgardo Riveros Marín, Eduardo Saffirio Suárez, Rodolfo Seguel Molina y Exequiel Silva Ortiz.

³ Moción ingresada el 3 de octubre de 2007, por los Señores Diputados Gonzalo Arenas Hödar, Julio Dittborn Cordúa, Enrique Estay Peñaloza, Marcelo Forni Lobos, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Javier Hernández Hernández, Juan Lobos Krause, Iván Norambuena Farías, Felipe Salaberry Soto, y Gastón Von Mühlenbrock Zamora.

⁴ Moción ingresada el 14 de mayo de 2008, por los Señores Diputados Pedro Araya Guerrero, Gabriel Ascencio Mansilla, Jorge Burgos Varela, Eduardo Díaz Del Río, Alvaro Escobar Rufatt, Jaime Mulet Martínez, Eduardo Saffirio Suárez, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Esteban Valenzuela Van Treek.

⁵ Moción ingresada el 8 de junio de 2016, por el Señor Senador Manuel José Ossandón Irrarrázabal, la Señora Senadora Lily Pérez San Martín y el Señor Senador Eugenio Tuma Zedán.

⁶ Moción ingresada el 14 de junio de 2016, por los Señores Senadores Francisco Chahuán Chahuán, Iván Moreira Barros y Baldo Prokurica Prokurica.

⁷ Moción ingresada el 14 de junio de 2016 por los Señores Senadores Francisco Chahuán Chahuán, Iván Moreira Barros y Baldo Prokurica Prokurica.

⁸ Moción ingresada el 14 de diciembre de 2016, por los Señores Senadores Andrés Allamand Zavala, Alberto Espina Otero, José García Ruminot, Víctor Pérez Varela y Baldo Prokurica Prokurica.

⁹ Moción ingresada el 14 de diciembre de 2016, por los Señores Diputados Miguel Ángel Alvarado Ramírez, Germán Becker Alvear, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Cristián Monckeberg Bruner, Diego Paulsen Kehr, Ricardo Rincón González y Jorge Sabag Villalobos.

¹⁰ Mensaje ingresado el 16 de enero de 2018 por S.E. Presidenta de la República Señora Michelle Bachelet Jeria.

un mensaje presidencial, denominado “Que modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad”, ingresado al Senado de la República el 18 de enero de 2018, estos es, a menos de dos meses de terminar el segundo mandato de la ex Presidenta Bachelet.

Probablemente la parte más relevante del proyecto de ley citado en el párrafo anterior, se define al siguiente tenor en la parte del contenido del proyecto: “Régimen de beneficios penitenciarios respecto de condenados por crímenes o simples delitos de lesa humanidad, de genocidio o de guerra.

En términos generales, el proyecto de ley propone regular los criterios especiales que deben considerarse para la obtención de permisos de salida, libertad vigilada y rebaja de condena; y, además, la no procedencia del indulto particular, respecto de las personas condenadas por crímenes o simples delitos de lesa humanidad, de genocidio o de guerra.”

FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

1. Sustitución de la pena privativa de libertad de las personas que indica.

a.- Trato digno y humano.

La dignidad de la persona humana y el respeto y protección de los derechos humanos constituye la piedra angular y uno de los principales fundamentos y bases de nuestra institucionalidad y del derecho internacional de los derechos humanos. Así, la Constitución Política de la República reconoce en su artículo 1° que: *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Asimismo, en su artículo 5, inciso 2° dispone que: *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es 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”*.

Con lo anterior, queda de manifiesto la intención del constituyente de consagrar la dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos que protege y de la actividad estatal, así como también limitar el ejercicio de la soberanía al respeto de estos derechos esenciales que provienen precisamente de la dignidad del ser humano y de su propia naturaleza.

El derecho internacional de los derechos humanos, en especial, contempla el reconocimiento del trato humano y digno a las personas privadas de libertad. Como ejemplos podemos mencionar, por una parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10.1, señala que *“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*, y, por otra, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5.2, dispone que *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*. Ambas disposiciones incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante el referido artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental.

Por otra parte, el “trato humano” es un estándar propio del derecho internacional de los derechos humanos, que rige la relación entre las personas privadas de libertad y el Estado. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, sostiene que *“considerando el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales...”*, y *“reconociendo el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral...”*, *“toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de*

cualquiera de los Estados [...] será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.” (Principio I). Similares reglas encontramos en el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

A lo anterior, debemos sumarle la obligación de respetar la integridad física y psíquica, general para todas las personas privadas de libertad.

Como podemos apreciar tanto de las normas constitucionales como los tratados internacionales en materia de derechos humanos citados, consagran y protegen el trato digno y humano de todas las personas, existiendo disposiciones internacionales que protegen también a dicho trato a las personas privadas de libertad.

A mayor abundamiento, similares reglas se encuentran en el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión” adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, enunciado en la iniciativa legal, el cual específicamente en el principio 5º N° 2 se consagra textualmente lo siguiente:

“Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

A pesar de lo dicho anteriormente, existe un vacío en nuestra legislación en relación a esta materia, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico interno no contempla normas específicas que regulen el cumplimiento de la pena privativa de libertad de las personas condenadas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; que tengan, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; o que tengan setenta y cinco años o más, coherentes con los estándares internacionales de trato digno y humano aplicables a las personas privadas de libertad y que permitan dar cumplimiento a los deberes adquiridos por nuestro país en el ámbito internacional en relación al respeto y protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

A continuación, se analizan los fundamentos de cada una de las situaciones de personas condenadas a penas privativas de libertad, que el presente proyecto propone su sustitución.

i.- Personas condenadas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.

El trato digno y humano que debe otorgarse a estas personas se fundamenta en mínimas condiciones de humanidad que deben tenerse presentes durante la ejecución de la pena, considerando las especiales condiciones en que se encuentran, víctimas de una patología grave, progresiva e irreversible, y con pronóstico fatal en un tiempo próximo.

En estos casos, el proyecto se hace cargo de una de las facetas de este trato digno y humano, cual es, el “derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte”, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a las personas que se encuentran en un estado terminal, en el artículo 16 de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Esta norma dispone además que estas personas “tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer

más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual” (subrayado agregado). Lo que pone de manifiesto la necesidad de que en la fase terminal de una enfermedad, para respetar la dignidad de las personas, puedan cumplir la pena en su propio domicilio.

Finalmente, la situación de una persona condenada que padezca de una enfermedad terminal fue recogida por los proyectos de ley tenidos a la vista. Así, algunos utilizan el concepto de “enfermedad terminal” (Boletines N°10.746-07, N°11.020-07, N°11.024-07, y N°11.569-07), mientras que otros ocupan los términos de “enfermedad incurable en periodo terminal” (Boletín N°3.554-07), “enfermedad incurable en su fase terminal” (Boletín N°5.874-07), y “enfermedad de carácter grave y terminal sobreviniente” (Boletín N°10.740-07).

Del examen de dichos proyectos de ley, cabe destacar lo que señala respecto la legislación en esta materia en otros países, el proyecto de ley boletín N° 11.024-07, iniciado por moción parlamentaria ingresada a la H. Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2016, denominado “Modifica la ley N°18. 216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, para aplicar un nuevo régimen de cumplimiento de condena, en favor de personas que padezcan una enfermedad terminal”.

En efecto, dicho proyecto en relación con el derecho comparado en su parte pertinente indica textualmente lo siguiente:

“En España, el artículo 80 N°4 del Código Penal dispone:

“Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.”

Asimismo, en una situación similar, la legislación española regula la prisión atenuada en el artículo 508 N°1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponiendo:

“El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa”.

Y si bien estas figuras del derecho español no son idénticas, ambas disposiciones suponen dejar sin efecto el cumplimiento de la pena en un recinto penitenciario, atendido el estado de salud del condenado, y fundado en razones de corte humanitarias. Lo anterior tiene su justificación en gran medida, por la dificultad para delinquir y a la escasa peligrosidad que presentarían los sujetos susceptibles de ser beneficiados.

En palabras del Tribunal Constitucional Español, “*Coexisten en ambas figuras jurídicas idénticas razones: el equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en*

cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva". (STC 48/1996, de 26 de marzo)

En **Estados Unidos** por su parte, la Ley de Reforma de Sentencia de 1984 concedió a los tribunales federales la **facultad de reducir las condenas** de presos federales por **motivos "extraordinarios y convincentes"**. Desde ese entonces, la Comisión de Sentencia de los Estados Unidos ha identificado varias razones "extraordinarias y convincentes" que justificarían la liberación compasiva; **siendo la más destacada de ellas el padecimiento de una enfermedad terminal.**

En efecto, a pesar de la laxitud de la expresión "motivos extraordinarios y convincentes", informes de Derechos Humanos han confirmado que la única causal plausible de liberación compasiva para la Administración de Prisiones es la enfermedad terminal, con un límite de esperanza de vida de un año.

La **legislación italiana** por su parte permite la suspensión de penas privativas para reclusos aquejados de enfermedades graves cuyo estado y cuidados sean incompatibles con la reclusión. En el **Reino Unido** en tanto, la Ley de Justicia Penal **faculta al Ministro del Interior a conceder la libertad condicional de un recluso por razones humanitarias en cualquier momento de su reclusión**, siempre que la pena sea de duración determinada; algo que fue potenciado años más tarde al permitirse este tipo de beneficios incluso a aquellos sujetos condenados a cadena perpetua." (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

Como podemos apreciar, en el derecho comparado existe legislación que regula que los enfermos terminales no cumplan sus penas privativas de libertad en un recinto penitenciario, atendido en general el estado de salud, razones humanitarias y los fines de la pena.

ii.- **Personas condenadas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.**

Más allá de los casos de aquellas personas que padecen una enfermedad en fase terminal, el reconocimiento expreso de la situación de aquellas condenadas que han perdido su autonomía física en los aspectos más básicos y cotidianos que requieren para valerse por sí mismas, debe ser regulado conforme a un trato digno y humano. En efecto, si bien la normativa de los sistemas procesales penales vigentes regula la situación de los condenados que caen en enajenación mental durante la ejecución de la sentencia, no establece un mecanismo que resuelva la situación de aquellos condenados que se encuentran afectados físicamente de una manera tal, que les impide recibir un trato digno y humano para el cumplimiento de su condena.

Teniendo presente lo anterior, se introduce el caso de estas personas, en base a tres elementos: (i) menoscabo físico grave e irrecuperable por cualquier motivo, (ii) dependencia severa y (iii) una relación de causalidad entre ambas.

La norma propuesta dispone que la persona debe tener en primer lugar un menoscabo físico. Este menoscabo debe ser grave e irrecuperable y puede ser por "cualquier causa", es decir, el origen de este menoscabo no sólo se limita a una enfermedad física, sino que también contempla situaciones como un accidente o una discapacidad o enfermedad mental, entre otras, pero cualquiera sea el motivo debe manifestarse físicamente.

El referido menoscabo debe generar en la persona condenada una dependencia calificada como severa, es decir, que padezca de forma permanente y sin posibilidades de rehabilitación, una pérdida de su autonomía o de su capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma, tales como, alimentarse, asearse, vestirse o trasladarse.

Finalmente, el espíritu de esta disposición ha sido recogido en algunas de las mociones que se tuvieron a la vista en la elaboración del presente proyecto, así por ejemplo, se proponía la sustitución de la pena en caso de enfermedad grave invalidante (Boletín N°10.746-07) o de grave deterioro físico o mental irreversible (Boletín N°11.020-07).

Ambos proyectos de ley señalados en el párrafo anterior, iniciados por moción parlamentaria, consideran esta circunstancia con cierta variación en su denominación.

En efecto, el boletín N° 10.746-07 correspondiente al proyecto de ley denominado “Que modifica el artículo 86 del Código Penal, con el objeto de establecer el cumplimiento alternativo de la pena para las personas que padecen de una enfermedad grave, invalidante o terminal.” y el boletín N° 11.020-07 correspondiente al proyecto de ley titulado “Que modifica el Código Procesal Penal permitiendo, por razones humanitarias, que se le aplique a la persona que se encuentra con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible, una medida de seguridad distinta a la privación de libertad”, consideran modificaciones legislativas en distintos cuerpos legales al siguiente tenor:

El boletín N° 10.746-07 propone la siguiente modificación legal al Código Penal:

“Artículo único: **Modifíquese el artículo 86 del Código Penal**, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero nuevos:

“El condenado que padezca una enfermedad grave invalidante o terminal, podrá cumplir la pena impuesta en la modalidad de arresto domiciliario total, por resolución fundada del tribunal competente, cuando mediare solicitud de un pariente, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previa emisión de informes médico, psicológico y social que lo justifique.

El tribunal revocará la pena de arresto domiciliario cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

Por su parte el boletín N° 11.020-07 propone la siguiente modificación al **Código Procesal Penal**:

“Artículo único: Agréguese un **nuevo artículo 482 bis al Código Procesal Penal** en los siguientes términos:

"Artículo 482 bis. Condenado con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible. En caso de que un condenado se encuentre con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible que le haga imposible desenvolverse con la mínima autonomía razonable, debidamente acreditada, el tribunal de oficio o a petición de persona interesada, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada disponiendo la reclusión domiciliaria y las demás medidas de seguridad que correspondieren. El tribunal

velará por el inmediato cumplimiento de su resolución." (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

iii.- Personas condenadas que tengan setenta y cinco años o más que hubieren cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta.

El trato digno y humano se manifiesta, respecto de estas personas, en el "derecho a vivir con dignidad en la vejez", reconocido por el artículo 6° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, promulgado en nuestro país mediante el Decreto Supremo N° 162 de 1 de septiembre de 2017. Dicho instrumento reconoce la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos, entre otras materias. En específico, sobre las personas mayores privadas de libertad, la referida Convención, en su artículo 5 señala que *"Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas [...] las personas privadas de libertad"*. Por su parte, en su artículo 13, mandata que *"Los Estados Parte [...] promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos"*.

En este sentido, las mínimas condiciones de humanidad que deben considerarse dicen relación con evitar que estas personas convivan en un ambiente que pueda acelerar su deterioro físico, psíquico y social, que no les permitan enfrentar esta etapa de la vida con dignidad.

Además del derecho internacional de los derechos humanos, también en las legislaciones penales y procesales penales comparadas se contemplan reglas especiales aplicables a las personas adultas mayores sancionadas a penas privativas de libertad. Así ocurre en Uruguay, Argentina, Brasil, México, España, entre otros. Por ejemplo, en el primer país mencionado, el juez puede disponer "la prisión domiciliaria de personas procesadas o condenadas mayores de setenta años, cuando ello no involucre riesgos considerando especialmente las circunstancias del delito cometido" (art. 127 del Código del Proceso Penal). Asimismo, en Argentina "a criterio del juez competente", las personas mayores de setenta años condenadas a penas de reclusión o prisión pueden cumplirlas en "detención domiciliaria" (artículo 10 literal d) del Código Penal). Por su parte, en España, las personas condenadas que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la ejecución de la condena, pueden optar a la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional, aun cuando no hayan cumplido con el requisito de cumplimiento previo de un determinado tramo de pena, valorándose especialmente a su respecto su "dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto" (art. 91 del Código Penal).

Sin perjuicio de lo señalado, el presente proyecto establece que la persona de setenta y cinco años o más deberá haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta antes de poder estar habilitada para solicitar la sustitución de la pena, evitando así que una persona, por ejemplo, a los setenta y cuatro años, cometa un delito con la expectativa de no cumplir a modo de sanción una privación de libertad. Además, se establece expresamente que las personas condenadas a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, deberán cumplir un determinado tiempo de pena efectiva antes de poder solicitar la sustitución de la pena.

Por último, las personas condenadas mayores de cierta edad también han sido consideradas como beneficiarias de medidas alternativas a la privación de libertad, en las mociones estudiadas para la elaboración del presente proyecto, a saber, los Boletines N° 3.554-07, N°5.367-07, N° 5.874-07, y N° 10.745-07.

Como se puede apreciar de las normas del derecho comparado que cita el proyecto de ley respecto las personas adultas mayores, esta iniciativa legal es más restrictiva en el sentido

que el beneficio de cumplir el saldo de la sentencia bajo arresto domiciliario total es a partir de los 75 años y no de los 70 años como se establece en las legislaciones de los países indicados.

Por otra parte, se establece el requisito adicional de cumplimiento en privación de libertad de la mitad de la condena impuesta, lo que hace aún más restrictiva la posibilidad de acceder a esta pena sustitutiva y para los casos de condenados a presidio perpetuo simple o presidio perpetuo calificado, solo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

En relación a los proyectos de ley citados en el mensaje que proponen regular este tema, cabe destacar el proyecto de ley ingresado al Senado de la República el 14 de junio de 2016, correspondiente al boletín N° 10.745-07, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Chahuán, Moreira y Prokurica “que modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores”.

En primer término cabe destacar que dicho proyecto de ley se refiere a los adultos mayores, en consecuencia a una edad inferior a los 75 años que propone el proyecto de ley en estudio.

En segundo término es importante hacer presente en esta oportunidad, en razón que más adelante se abordará con mayor profundidad, el tema de los delitos de lesa humanidad en esta materia, a los cuales hace referencia este proyecto en sus fundamentos, al señalar textualmente en su parte pertinente que: “La no exclusión de los adultos mayores condenados por los denominados “crímenes de lesa humanidad” constituye un legado para las generaciones futuras, en pos de la paz y de la reconciliación, que tiene como fin último un Chile en que todos asumamos la realidad de lo vivido, mirando hacia adelante para no volver a cometer los errores y horrores del pasado, dando una clara y fuerte señal de la existencia de la igualdad ante la Ley y del respeto a los derechos humanos de todos los chilenos.”

El texto legal propuesto por el proyecto corresponde al siguiente:

Artículo único: Modifíquese el artículo 87 del Código Penal, agregándose los siguientes incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto nuevos:

"El condenado calificado como de bajo compromiso delictual, que durante el cumplimiento de la pena alcance la condición legal de adulto mayor, continuará cumpliendo la pena impuesta bajo arresto domiciliario y custodia de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado hasta completar la condena impuesta.

El condenado o su apoderado deberá elevar una solicitud de conmutación de pena por arresto domiciliario ante el Jefe del Establecimiento Penitenciario, indicando los datos personales de la persona que se encargará de su custodia, quien en ningún caso podrá tener antecedentes penales, lo que deberá acreditarse acompañando un certificado de antecedentes vigente, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile.

La persona a cargo de la custodia deberá registrarse fijando domicilio ante Gendarmería de Chile, acreditando ante dicha institución que cuenta con condiciones socioeconómicas suficientes para cumplir la citada labor. Asimismo deberá informar cualquier cambio de domicilio.

El condenado deberá solicitar, por intermedio de la persona a su custodia, autorización para asistir a un centro asistencial si su condición de salud lo requiere, debiendo presentar a Gendarmería de Chile el certificado que acredite la necesidad de la atención médica. En caso de que el condenado deba concurrir ante la autoridad, el encargado de su custodia será el responsable de hacerlo comparecer.

La medida será revocada por el sólo ministerio de la ley cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando su custodia dejase de contar con irreprochable conducta, lo que deberá encontrarse debidamente acreditado". (Lo subrayado es del suscrito).

b.- Dificultad para cumplir con los fines propios de las penas privativas de libertad.

La reinserción, como una de las finalidades esenciales de la pena, ha sido reconocida tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en la normativa internacional. Así, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que las penas privativas de libertad tienen como propósito esencial la reforma y la readaptación social de las personas condenadas.

El presente proyecto reconoce que la privación de libertad en un recinto penitenciario, en los escenarios señalados, pierde sentido desde el punto de vista de los fines preventivos especiales de la pena, puesto que, dadas las especiales condiciones en que se encuentran estas personas, se hace prácticamente imposible o se dificulta enormemente su participación en los programas de reinserción social del establecimiento penitenciario. Así, mantenerlas en un establecimiento penal haría que la sanción tuviese un fin puramente retributivo de carácter inhumano, atendidas las especiales condiciones en las que se encuentran estas personas, lo cual es impropio de un Estado democrático, defensor y promotor de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos.

Con todo, en el presente proyecto se propone que las penas sean sustituidas y no remitidas, esto para evitar eventuales situaciones e interpretaciones de impunidad.

Este segundo fundamento que plantea el proyecto de ley para la sustitución de la pena, desde el punto de vista criminológico tiene todo el sentido, ello por cuanto hace muchas décadas que tanto el ordenamiento jurídico internacional como el interno reconocen que la pena tiene fines preventivos especiales, que dicen relación con la reinserción del condenado y no con fines preventivos generales intimidatorios o de carácter retributivos.

En consecuencia no se condice el fin de la pena de reinserción social de un condenado de 75 años, sin que ello como lo señala el proyecto signifique la impunidad, sino que la sustitución a una restricción de libertad domiciliaria.

c.- La sustitución de la pena privativa de libertad es conforme a la igualdad ante la ley.

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los Estados pueden adoptar medidas especiales para proteger los derechos de determinados colectivos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el ya referido instrumento “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, al regular la igualdad y no discriminación (Principio II), ha reconocido que *“no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos [...] de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones [...]; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial. [...] Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial.”*.

Asimismo, en dicho instrumento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mandata a los Estados a adoptar medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, entre los que considera a las personas con enfermedades en fase terminal, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad, entre otras (Principio X). Así, los principios mencionados reconocen a este grupo de personas, como uno en especial condición de vulnerabilidad, por lo que, conforme al principio de no discriminación arbitraria, es posible establecer respecto de ellas condiciones especiales.

Además, por las razones señaladas en el presente proyecto, el reconocimiento normativo de la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad de las personas condenadas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irreparable que les provoque una dependencia severa; o, que tengan setenta y cinco años o más, es una determinación fundada y no arbitraria, teniendo en consideración el especial estado de vulnerabilidad en el que se encuentran dichas personas, por lo que es totalmente conforme con la igualdad ante la ley.

Tal como se justifica en este tercer fundamento, el derecho internacional de los derechos humanos permite que las personas que se encuentren en las condiciones especiales que se consideran en la iniciativa legal se les puedan aplicar medidas especiales, como lo sería la reclusión domiciliaria para la protección de sus derechos, no debiendo ser ellas consideradas discriminatorias y cumpliéndose en consecuencia el principio jurídico esencial de igualdad ante la ley de todas las personas.

d.- Los tribunales de justicia son los competentes para hacer ejecutar lo juzgado.

Los tribunales de justicia son los órganos competentes para conocer las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Además, son estos órganos jurisdiccionales los que en el actual Sistema de Justicia Penal ejecutan todas las sentencias condenatorias en materia criminal, razón por la cual cuentan con todas las herramientas, conocimientos y habilidades para resolver las cuestiones que sobrevienen en la fase de cumplimiento de la pena. Por todo lo anterior, el presente proyecto radica en los tribunales de justicia la facultad de sustituir tal sanción por la de reclusión domiciliaria total.

Además, para resolver la solicitud de sustitución de pena privativa de libertad, el tribunal contará con información objetiva y de calidad respecto a la persona solicitante, a fin de resolver la petición de sustitución de la pena, como se explica a continuación.

Por una parte, Gendarmería de Chile proporcionará informe psicológico y social con su opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante.

Por otra, el Servicio Médico Legal, órgano público caracterizado por su competencia técnica e imparcialidad, cuestión que a nivel normativo se refleja especialmente, entre otras disposiciones, en el deber de la Dirección Nacional de velar por la corrección técnica, legal y ética de las pericias médico-legales (artículo 7 literal d) de la Ley N° 20.065), participará informando acerca del estado de salud de la persona condenada respecto de la cual se solicita la sustitución de la pena privativa de libertad.

Además, dada la dificultad de establecer una definición de enfermedad en fase terminal o aquella que, por cualquier causa, produzcan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa, por ser cuestiones propias de la *lex artis médica* y en constante evolución¹¹, se propone contar con normas de aplicación general establecidas por la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, que serán actualizadas periódicamente, que entregaran orientaciones técnicas y uniformes para la elaboración de los informes de estado de salud. Sin perjuicio de lo anterior, el presente proyecto propone parámetros para la identificación de una enfermedad en fase terminal, a saber, que se trate de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tenga tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo. En el mismo sentido, respecto del menoscabo físico grave e irrecuperable y la dependencia severa, se establece como parámetro las razones que justifican que se trate de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoque a la persona solicitante una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

Este cuarto y último fundamento que justifica la sustitución de la pena es muy relevante, por cuanto establece para su aplicación la intervención y decisión del tribunal de justicia competente además de la intervención de Gendarmería de Chile que deberá evacuar un informe psicológico y social con su opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante y del Servicio Médico Legal quien deberá informar acerca del estado de salud del condenado solicitante para que el tribunal pueda contar con los antecedentes médicos especializados para resolver la petición.

Radizando la decisión en el órgano jurisdiccional, con todas las prevenciones técnicas señaladas en el proyecto de ley, se evita la discrecionalidad que podría constituir conceder una facultad de esta naturaleza en otro órgano del Estado, haciendo de esta manera más objetivo la decisión de sustitución de la pena.

2.- Deber de solicitar informe para determinar la situación de las personas enajenadas mentales que cometen delitos o que caen en dicho estado durante la tramitación del proceso o la ejecución de la sentencia.

La enajenación mental, que impide que una persona comprenda el injusto de su conducta y se comporte conforme a dicho entendimiento, puede producirse en tres momentos, estos son: antes de la comisión del delito, durante la sustanciación del procedimiento penal, o finalizado éste.

En este contexto, se observa que la normativa de los sistemas procesales penales vigentes en nuestro país, respecto a la obligación del tribunal de requerir informe al médico legista previo a resolver estas cuestiones, no es del todo coherente, toda vez que existen diferencias en esta materia entre el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal. Por lo anterior, el presente proyecto propone la obligatoriedad

¹¹ Respecto al concepto de enfermedad en fase terminal, esta cuestión que fue tratada con ocasión de la tramitación de la referida ley N° 20.584, instancia en que “se valoró la idea de no definir en la ley la expresión “estado de salud terminal”, a fin de que sea interpretada técnicamente por quienes ejercen la medicina, en atención a la dificultad de incluir en dicho concepto todas las situaciones en que efectivamente la persona está cercana a la muerte y, también, al riesgo que supone considerar en él casos que en definitiva puedan tener una solución satisfactoria para el paciente, gracias a los avances de la ciencia” (Historia de la Ley N° 20.584, p.118).

del informe psicológico a fin de dar certeza a la certificación de la enfermedad, uniformando la regulación en esta materia entre el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal.

El proyecto de ley, en su numeral 2º propone modificar el artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, abordando una materia distinta a la que nos hemos referido previamente.

En efecto, la propuesta tiene por objetivo homologar las normas del Código Procesal Penal con las normas del Código de Procedimiento Penal, proponiendo para estos efectos modificar el artículo referido del procedimiento penal antiguo, en el sentido que ya no sea una facultad del juez pedir informe al “médico legista” cuando el imputado caiga en enajenación mental durante la tramitación del proceso, sino que sea una obligación por parte del Magistrado solicitar dicho informe al Servicio Médico Legal.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

1. **Sustitución de la pena privativa de libertad de las personas que indica, en base a un trato digno y humano.**
 - a. **Casos en que se permite la referida sustitución de la pena privativa de libertad y procedimiento ante el juez competente.**

Mediante este proyecto se proponen modificaciones al Código Procesal Penal y al Código de Procedimiento Penal, de manera de incorporar una normativa aplicable a tres casos específicos en los que se puede encontrar una persona condenada privada de libertad, cuales son: (i) haber sido diagnosticada con una enfermedad en fase terminal; (ii) tener, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; o (iii) tener setenta y cinco años o más y haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta. En este último caso, si la persona ha sido condenada a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, solo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, es preciso hacer presente que tal como también se puede apreciar de la parte normativa del proyecto de ley que analizaremos más adelante, el contenido de las normas de la sustitución de la pena para los tres casos que hemos abordado, son las mismas para el Código Procesal Penal como para el Código de Procedimiento Penal, correspondiendo en el primer caso la adición a dicho Código de un nuevo artículo 468 bis y en el caso del Código de Procedimiento Penal adicionando un nuevo título IV al libro IV el cual contiene un solo nuevo artículo correspondiente al 697.

Se establece que solo en estas tres circunstancias determinadas, las personas condenadas que se encuentren en alguna de dichas situaciones, podrán solicitar al tribunal correspondiente la sustitución de la pena privativa de libertad por la reclusión domiciliaria total. Para resolver, el juez pedirá informe psicológico y social a Gendarmería de Chile, el que deberá contener una opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona interesada.

Además, deberá pedir informe al Servicio Médico Legal, tanto para el caso de las personas que padezcan una enfermedad en fase terminal, como de aquellas que tengan, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa. Estos informes deberán ajustarse a las normas de

aplicación general que establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° literal b) de la ley N°20.065, las que serán actualizadas periódicamente.

Sin duda que cobra un papel esencial el Servicio Médico Legal en su opinión médica respecto dos de las tres circunstancias respecto las cuales el proyecto de ley establece su intervención, cuales son los casos de los condenados que padezcan una enfermedad en fase terminal y aquellos con un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.

Como veremos más adelante, la norma propuesta en este sentido señala que los informes del Servicio Médico Legal **“se deberán ajustar a las normas de aplicación general que para estos efectos establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, las que tendrán que ser actualizadas periódicamente”**.

En efecto, como señala el proyecto en esta parte, dichas normas de aplicación general las dicta la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal en virtud de las funciones que tiene asignadas por ley, específicamente en este caso por lo dispuesto en la letra b) del artículo 3° de la ley N° 20.065, que corresponde a la ley titulada “Modernización, regulación orgánica y planta del personal del Servicio Médico Legal”.

Dicha norma establece textualmente que:

“Artículo 3°.- Al Servicio Médico Legal le corresponderá, especialmente, el desarrollo de las siguientes funciones:

b) Ejercer la tuición técnica de los organismos y del personal profesional o de otra índole que participen en la realización de peritajes médico-legales, en el ámbito público o privado, **a través de la dictación de normas de aplicación general que regulen los procedimientos periciales que efectúen, o los que sirvan de base para ellos**; (Lo subrayado y destacado en negrilla es del suscrito).

Finalmente, en conformidad a los estándares de la ética clínica, en la norma se precisa que la certificación médica de la enfermedad en fase terminal, deberá contener, a lo menos, las razones que justifiquen que se trata de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz en el estado actual de los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo. En el mismo sentido, el informe que certifique el menoscabo físico grave e irrecuperable y la dependencia severa, deberá contener, a lo menos, las razones que justifiquen que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoca a la persona solicitante una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

b. Regulación de la reclusión domiciliar total.

El presente proyecto propone la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la reclusión domiciliar total, esto es, el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada, por todo el tiempo que le falte para cumplir la condena que se le impuso. Estableciéndose que se entiende por domicilio la residencia regular que la persona condenada utilice para fines habitacionales, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 7° de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Además, para computar claramente el plazo que resta para cumplir la condena impuesta, se establece una regla expresa.

En relación a lo señalado previamente en el proyecto, es menester hacer una precisión respecto la naturaleza del arresto domiciliario total con el fin que no se preste para confusiones con la cita que hace el proyecto de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Para dicho efectos, enseguida citaré en lo pertinente lo señalado en el informe del suscrito evacuado al Senador Cruz-Coke el pasado día 23 de agosto del presente año, denominado “Análisis proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal, en materia de cómputo del tiempo de privación de libertad en el domicilio, para su abono a la pena impuesta”.

“El arresto domiciliario es una medida restrictiva que implica restringir la libertad de movimiento de una persona, pero que, en lugar de ser detenida en una instalación penitenciaria, se le permite permanecer en su residencia o en un lugar específico autorizado. Durante el arresto domiciliario, la persona está sujeta a ciertas condiciones y restricciones establecidas por la autoridad competente.

Por su parte el arresto domiciliario concebido como una medida cautelar de carácter personal, considerando tanto el arresto domiciliario total como el arresto domiciliario parcial, se encuentran contemplados en la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, norma que se encuentra ubicada en el párrafo 6º “Otras medidas cautelares personales”, del título V “Medidas cautelares personales”, del libro Primero “Disposiciones Generales”, al siguiente tenor:

“Artículo 155.- Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;”

Luego el artículo se refiere a una serie de otras medidas cautelares personales, tales como la sujeción a la vigilancia de la autoridad, el arraigo nacional, la obligación de presentarse ante el juez periódicamente, distintas prohibiciones tales como acercarse al ofendido o su familia, de comunicarse con personas determinadas y de asistir a ciertos lugares o reuniones, etc.

Como podemos apreciar el Código Procesal Penal considera la posibilidad de dos tipos de arresto domiciliario para imponerlo como medida cautelar, esto es el arresto domiciliario total y el arresto domiciliario parcial, a diferencia de la ley N° 18.216, que solamente considera el arresto domiciliario parcial como forma de imponerlo de manera sustitutiva a la pena privativa o restrictiva de libertad en una sentencia condenatoria.”

En consecuencia, el arresto domiciliario total que propone el proyecto de ley no está contemplado en nuestra legislación como una pena sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad, sino que como una medida cautelar de carácter personal, proponiendo el proyecto en consecuencia crear una nueva pena de arresto domiciliario total.

Para el caso de los solicitantes diagnosticados con una enfermedad en fase terminal, y dada la urgencia de que se trata, se establece que una vez recibidos los informes referidos en el acápite anterior, el tribunal deberá resolver el asunto dentro de las 24 horas siguientes. Por esta misma razón, se establece un régimen recursivo que asegure la celeridad del proceso, disponiéndose que la resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de la reclusión domiciliaria total será apelable en un plazo breve y que este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo.

También se consigna que, estando firme la resolución acerca de la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total, el tribunal deberá notificarla inmediatamente a Gendarmería de Chile.

Además, se establece que el control del cumplimiento de reclusión domiciliaria total estará a cargo de Carabineros de Chile, en el caso de aquellas personas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal o que tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; y de Gendarmería de Chile, en el caso de las personas de setenta y cinco años de edad o más. En este último caso se preferirá como medida de control el sistema de monitoreo telemático, aplicándose, en lo pertinente, lo establecido en las disposiciones de la ley N° 18.216.

Asimismo, se fijan las siguientes reglas especiales para el cumplimiento de la pena:

- En caso de que la persona requiera salir de su domicilio para alguna atención, control o tratamiento, deberá contar con la autorización del tribunal. En ella, se indicará expresamente el establecimiento determinado de salud al que la persona acudirá por el tiempo estrictamente necesario, y las medidas necesarias que se dispongan para resguardar el cumplimiento de la pena.
- En casos de incumplimiento o quebrantamiento de las condiciones impuestas para la reclusión domiciliaria total, se establecen reglas para la revocación de la sustitución. De verificarse la revocación, la resolución que le dé lugar someterá a la persona condenada al cumplimiento del saldo de la condena impuesta, abonándose a su favor el tiempo que haya permanecido en reclusión domiciliaria total.
- Atendidas las especiales condiciones de salud en que se encuentran estas personas, se establece que, en caso de que salgan de su domicilio para recibir atención médica de emergencia o urgencia, no procederá la revocación de la sustitución de la pena. Para justificar este incumplimiento se exige la certificación del médico cirujano de la emergencia o urgencia. Se debe tener presente que la emergencia o urgencia, su atención médica y su certificación, son todos conceptos objetivos y regulados en nuestra normativa vigente, en particular en el Decreto Supremo N°369, de 1985, del Ministerio de Salud, que establece el “Reglamento del régimen de prestaciones de salud”.

2.- Deber de solicitar informe para determinar la situación de las personas enajenadas mentales que cometen delitos o que caen en dicho estado durante la tramitación del proceso o la ejecución de la sentencia.

El proyecto modifica el artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, a fin de establecer que el juez deberá pedir informe al médico legista, a fin de resolver las cuestiones que regula la referida disposición respecto de personas enajenadas mentales.

En mérito de lo anteriormente expuesto, someto a vuestra consideración, el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Modifícase el Código Procesal Penal, en el siguiente sentido:

1) Incorpórase a continuación del artículo 468 el siguiente artículo 468 bis nuevo:

“Artículo 468 bis. Sustitución de la pena privativa de libertad por reclusión domiciliaria total. Durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, las personas condenadas que se encontraren en alguna de las situaciones que se indican en el inciso segundo, podrán solicitar al tribunal competente, la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total.

Podrán solicitar la sustitución de la pena, las siguientes personas condenadas:

- a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.
- b) Aquellas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.
- c) Aquellas de 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.

Para resolver la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total, se deberá contar con los siguientes informes:

- (i) Informe psicológico y social de Gendarmería de Chile, que contenga una opinión técnica favorable, en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante.
- (ii) Para el caso del literal a) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo.
- (iii) Para el caso del literal b) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoca a la persona una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

Cumpliendo con lo señalado en los incisos anteriores, el tribunal dispondrá la sustitución de la pena privativa de libertad de la persona condenada solicitante por la de reclusión domiciliaria total.

Los informes referidos anteriormente deberán evacuarse, por la vía que se estime más rápida y efectiva, dentro de un plazo breve que el tribunal fije para tales efectos. Asimismo, los informes del Servicio Médico Legal referidos en los literales (ii) y (iii) anteriores, se deberán ajustar a las normas de aplicación general que para estos efectos establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, las que tendrán que ser actualizadas periódicamente.

Se entenderá por reclusión domiciliaria total el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada. La ejecución de esta pena se sujetará, en lo pertinente, a lo establecido en los incisos segundo y final del artículo 7°, el título III y los artículos 28, 36 y 39, todos de la ley N°18.216.

El período de la reclusión domiciliaria total durará todo el tiempo que le falte a la persona para cumplir la condena impuesta.

Para los efectos señalados en el literal c) del inciso segundo y en los incisos séptimo y final, si la persona condenada estuviere privada de libertad cumpliendo dos o más penas, o si durante el cumplimiento de éstas se le impusiere una nueva, se considerará como la condena impuesta la suma total de los periodos de todas las penas que se encuentre cumpliendo.

En el caso del literal a) del inciso segundo, el tribunal fallará la solicitud en un término de veinticuatro horas desde que reciba el último de los informes referidos en los incisos precedentes.

La resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de la reclusión domiciliaria total solo será apelable en la misma audiencia en que se dicte y se deberá conceder en ambos efectos. Este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil.

El tribunal, desde que se encuentre firme y ejecutoriada, deberá notificar inmediatamente a Gendarmería de Chile de su resolución acerca de la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total. Además, ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

En el caso de los literales a) y b) del inciso segundo, el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total se sujetará a la supervisión de Carabineros de Chile. Para tal efecto, el tribunal, una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia, oficiará a la comisaría más cercana del domicilio de la persona condenada, a fin de que, dentro los plazos que el mismo disponga, remita informes periódicos acerca de la supervisión.

En el caso del literal c) del inciso segundo, el tribunal preferirá establecer como mecanismo de control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares, en la forma que determine el tribunal. Si se debiese instalar un mecanismo de monitoreo telemático para controlar el cumplimiento de la reclusión domiciliaria total, personal de Gendarmería de Chile realizará la instalación en el domicilio de la persona condenada, dentro del plazo de 15 días desde recibida la comunicación del tribunal.

Durante la ejecución de la reclusión domiciliaria total, el tribunal, bajo las medidas que el mismo disponga, podrá autorizar que la persona condenada salga de su domicilio el tiempo que sea necesario para su atención, control o tratamiento en un establecimiento determinado de salud. En dicho caso, el tribunal deberá comunicar la referida autorización a quien tenga a su cargo el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total.

En caso de incumplimiento de la reclusión domiciliaria total, el tribunal podrá revocar la sustitución de la pena. Si el incumplimiento fuere grave o reiterado el tribunal deberá revocar la sustitución. Con todo, no procederá la revocación si la persona abandona su domicilio para recibir atención médica en caso de emergencia o urgencia, debidamente certificada por un médico cirujano de la unidad de urgencia correspondiente.

La reclusión domiciliaria total se considerará quebrantada por el solo ministerio de la ley y dará lugar a su revocación, si durante su cumplimiento la persona condenada cometiere un nuevo crimen o simple delito y fuere condenada por sentencia firme.

La resolución que dé lugar a la revocación de la reclusión domiciliaria total, sea como consecuencia de su incumplimiento o de su quebrantamiento, someterá a la persona condenada al cumplimiento del saldo de la condena impuesta, abonándose a su favor el tiempo que haya permanecido en reclusión domiciliaria total.”.

La norma anterior se propone incorporarla en un nuevo artículo 468 bis del Código Procesal Penal.

En este sentido es menester hacer presente, que la ley N° 21.595 de delitos económicos, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2023, en su artículo 49 N° 1, incorporó un nuevo artículo 468 bis al Código Procesal Penal relativo a la ejecución del comiso de ganancias.

En consecuencia, en el evento que avance en su tramitación legislativa este proyecto de ley, se hace estrictamente necesario modificar la redacción de lo señalado al comienzo del N° 1 del proyecto de ley que establece: “Incorpórase a continuación del artículo 468 el siguiente artículo 468 bis nuevo:”

ARTÍCULO SEGUNDO.- Modifícase el Código de Procedimiento Penal, en el siguiente sentido:

- 1) Sustitúyese en el inciso primero del artículo 684 el verbo “podrá” por “deberá”.

Esta primera modificación al Código de Procedimiento Penal, como ya lo adelatará previamente en el informe, dice relación con modificar la **facultad** de los jueces de solicitar informe al médico legisla al **deber** de solicitarlos al Servicio Médico Legal para determinar la situación de las personas enajenadas mentales que cometen delitos o que caen en dicho estado durante la tramitación del proceso o la ejecución de la sentencia, homologando las normas sobre esta materia con las establecidas en el Código Procesal Penal

2) **Incorpórase en el libro cuarto “Del cumplimiento y ejecución”, el siguiente título IV “De las personas condenadas con enfermedad en fase terminal, con un menoscabo físico que les provoque dependencia severa o de setenta y cinco años de edad o más” nuevo:**

Por su parte esta segunda norma que se propone introducir en un nuevo artículo 697 del Código de Procedimiento Penal, mediante la incorporación de un nuevo título IV en el libro IV, coesponde a la misma norma que el proyecto propone introducir al Código Procesal Penal, haciendo de esta manera que la regulación del proyecto de ley sea la misma en ambos Códigos y en consecuencia las mismas normas aplicables tanto en el procedimiento penal antiguo como en el nuevo.

“TÍTULO IV

DE LAS PERSONAS CONDENADAS CON ENFERMEDAD EN FASE TERMINAL, CON UN MENOSCABO FÍSICO QUE LES PROVOQUE DEPENDENCIA SEVERA O DE SETENTA Y CINCO AÑOS DE EDAD O MÁS

Artículo 697. Durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, las personas condenadas que se encontraren en alguna de las situaciones que se indican en el inciso segundo, podrán solicitar al tribunal competente, la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total.

Podrán solicitar la sustitución de la pena, las siguientes personas condenadas:

- a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.
- b) Aquellas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irreparable que les provoque una dependencia severa.
- c) Aquellas de 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.

Para resolver la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total, se deberá contar con los siguientes informes:

- (i) Informe psicológico y social de Gendarmería de Chile, que contenga una opinión técnica favorable, en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante.
- (ii) Para el caso del literal a) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de una enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un tiempo próximo.
- (iii) Para el caso del literal b) del inciso segundo, informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación, que provoca a la persona una pérdida de la autonomía o de la capacidad para desarrollar las actividades básicas de su vida diaria por sí misma.

Cumpliendo lo señalado en los incisos anteriores, el tribunal dispondrá la sustitución de la pena privativa de libertad de la persona condenada solicitante por la de reclusión domiciliaria total.

Los informes referidos anteriormente deberán evacuarse, por la vía que se estime más rápida y efectiva, dentro de un plazo breve que el tribunal fije para tales efectos. Asimismo, los informes del Servicio Médico Legal referidos en los literales (ii) y (iii) anteriores, se deberán ajustar a las normas de aplicación general que para estos efectos establezca la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, las que tendrán que ser actualizadas periódicamente.

Se entenderá por reclusión domiciliaria total el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada. La ejecución de esta pena se sujetará, en lo pertinente, a lo establecido en los incisos segundo y final del artículo 7° y el título III, todos de la ley N°18.216.

El período de la reclusión domiciliaria total durará todo el tiempo que le falte a la persona para cumplir la condena impuesta.

Para los efectos señalados en el literal c) del inciso segundo y en los incisos séptimo y final, si la persona condenada estuviere privada de libertad cumpliendo dos o más penas, o si durante el cumplimiento de éstas se le impusiere una nueva, se considerará como la condena impuesta la suma total de los periodos de todas las penas que se encuentre cumpliendo.

En el caso del literal a) del inciso segundo, el tribunal fallará la solicitud en un término de veinticuatro horas desde que reciba el último de los informes referidos en los incisos precedentes.

La resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de la reclusión domiciliaria total solo será apelable en un plazo de veinticuatro horas desde que se notifique y se deberá conceder en ambos efectos. Este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil.

El tribunal, desde que se encuentre firme y ejecutoriada, deberá notificar inmediatamente a Gendarmería de Chile de su resolución acerca de la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total. Además, ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

En el caso de los literales a) y b) del inciso segundo, el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total se sujetará a la supervisión de Carabineros de Chile. Para tal efecto, el tribunal, una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia, oficiará a la comisaría más cercana del domicilio de la persona condenada, a fin de que, dentro los plazos que el mismo disponga, remita informes periódicos acerca de la supervisión.

En el caso del literal c) del inciso segundo, el tribunal preferirá establecer como mecanismo de control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares, en la forma que determine el tribunal. Si se debiese instalar un mecanismo de monitoreo telemático para controlar el cumplimiento de la reclusión domiciliaria total, personal de Gendarmería de Chile realizará la instalación en el domicilio de la persona condenada, dentro del plazo de 15 días desde recibida la comunicación del tribunal.

Durante la ejecución de la reclusión domiciliaria total, el tribunal, bajo las medidas que el mismo disponga, podrá autorizar que la persona condenada salga de su domicilio el tiempo que sea necesario para su atención, control o tratamiento en un establecimiento determinado de salud. En dicho caso, el tribunal deberá comunicar la referida autorización a quien tenga a su cargo el control del cumplimiento de la reclusión domiciliaria total.

En caso de incumplimiento de la reclusión domiciliaria total, el tribunal podrá revocar la sustitución de la pena. Si el incumplimiento fuere grave o reiterado el tribunal deberá revocar la sustitución. Con todo, no procederá la revocación si la persona abandona su domicilio para recibir atención médica en caso de emergencia o urgencia, debidamente certificada por un médico cirujano de la unidad de urgencia correspondiente.

La reclusión domiciliaria total se considerará quebrantada por el solo ministerio de la ley y dará lugar a su revocación, si durante su cumplimiento la persona condenada cometiere un nuevo crimen o simple delito y fuere condenada por sentencia firme.

Previo a resolver la revocación, sea por incumplimiento o quebrantamiento, el tribunal deberá oír a la persona sujeta a reclusión domiciliaria total.

La resolución que dé lugar a la revocación de la reclusión domiciliaria total, sea como consecuencia de su incumplimiento o de su quebrantamiento, someterá a la persona condenada al cumplimiento del saldo de la condena impuesta, abonándose a su favor el tiempo que haya permanecido en reclusión domiciliaria total.”.

ARTÍCULO TRANSITORIO.- Las normas de aplicación general a las que aluden los artículos primero y segundo de esta ley, deberán dictarse dentro del plazo de 90 días contado desde su publicación.”.

Fuentes del capítulo: Proyecto de ley denominado “Que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.”, boletín N° 12.345-07; Programa de Gobierno 2018-2022, “Construyamos Tiempos Mejores para Chile”, Sebastián Piñera Echenique, p. 143; Proyecto de ley denominado “Que modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad”, boletín N° 11.569-07; “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; Proyecto de ley boletín N° 11.024-07, denominado “Modifica la ley N°18. 216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, para aplicar un nuevo régimen de cumplimiento de condena, en favor de personas que padezcan una enfermedad terminal”; Proyecto de ley boletín N° 10.746-07, denominado “Que modifica el artículo 86 del Código Penal, con el objeto de establecer el cumplimiento alternativo de la pena para las personas que padecen de una enfermedad grave, invalidante o terminal.”; Proyecto de ley boletín N° 11.020-07, denominado “Que modifica el Código Procesal Penal permitiendo, por razones humanitarias, que se le aplique a la persona que se encuentra con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible, una medida de seguridad distinta a la privación de libertad”; Proyecto de ley boletín N° 10.745-07, denominado “que modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores”; Ley N° 20.065, denominada “Modernización, regulación orgánica y planta del personal del Servicio Médico Legal”; Informe jurídico-legislativo del suscrito evacuado al Senador Cruz-Coke el pasado día 23 de agosto del presente año, denominado “Análisis proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal, en materia de cómputo del tiempo de privación de libertad en el domicilio, para su abono a la pena impuesta”; Artículo 49N° 1 de la ley N° 21.595 de delitos económicos, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2023.

III. Tramitación legislativa.

Como se anunciara en la introducción, en este capítulo III corresponde abordar la tramitación legislativa del proyecto de ley, el cual corresponde a un mensaje del ejecutivo correspondiente al segundo mandato del presidente Sebastián Piñera, ingresado al Senado de la República el 28 de diciembre de 2018 y encontrándose hasta la fecha en la tabla de la Cámara Alta para ser votada la idea de legislar.

Como veremos se han evacuado dos informes, el primero correspondiente a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y luego el de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, siendo rechazada la idea de legislar en ambas instancias por tres votos contra dos.

Tal como lo consigna el informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, durante la discusión en general del proyecto de ley, concurrieron a esta Comisión a exponer sobre el contenido de la iniciativa legal las siguientes personas:

- “1.- Por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: el Ministro señor Hernán Larraín y el Asesor, señor Sebastián Valenzuela.
- 2.- Por la Subsecretaría de Derechos Humanos la Subsecretaria, señora Lorena Recabarren.
- 3.- Por la Defensoría Penal Pública: la Defensora Nacional Subrogante, señora Viviana Castel; el Jefe de la Unidad de Derechos Humanos, señor Tomás Pascual, y el Asesor Legislativo, señor Francisco Geisse.
- 4.- Por la Fundación Paz Ciudadana: el Director Ejecutivo, señor Daniel Johnson y el Abogado Investigador, señor Ulda Figueroa.
- 5.- El Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Chile, señor Silvio Cuneo.
- 6.- La académica de la Universidad de Chile, señora Claudia Cárdenas.
- 7.- Por la Biblioteca del Congreso Nacional, los Analistas, señor Matías Meza-Lopenhadía y señora Chistine Weidenslaufer.
- 8.- Por la Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional ex Prisioneros Políticos, la Presidenta, señora Wally Kunstmann.
- 9.- Por la Corporación de Familiares de ex Prisioneros Políticos, Fallecidos, la Directora señora Haydeé Oberreuter.
- 10.- Por la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, la Presidenta señora Lorena Pizarro.
- 11.- Por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos AFEP-CHILE, la Presidenta señora Alicia Lira.
- 12.- La Abogada de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, señora Carolina Cubillos.
- 13.- Por la Fundación Jaime Guzmán, al Asesor Legislativo, señor Carlos Oyarzún.”

Enseguida me referiré a las intervenciones que presentan un mayor nivel de interés en relación con el objeto del presente informe, que no es otro, que entregar los principales antecedentes de esta iniciativa legal tanto en su contenido como en su tramitación legislativa.

El primer invitado que se consigna en el informe de la Comisión corresponde al **Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la época, señor Hernán Larraín**, de cuya exposición podemos destacar lo siguiente: “Señaló que una preocupación primordial del Ejecutivo es garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, y así avanzar hacia una sociedad más compasiva y humanitaria. En este contexto, indicó que una de las propuestas del Programa de Gobierno del Presidente de la República, señor Sebastián Piñera, es permitir que las personas de avanzada edad, o con enfermedades terminales graves o que tengan un menoscabo que les impida valerse por sí mismas, y que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, puedan pedir la sustitución de la pena por la de arresto domiciliario total.”.

Continúa el informe dando cuenta que el ex Ministro hizo presente que: “Esta idea también es el fundamento de diversas iniciativas presentadas ante el Congreso Nacional, desde hace más de una década, como consta en los Boletines N°s 3.554-07, 5.367-07, 5.874-07, 10.740-07, 10.745-07, 10.746-07, 11.020-07, 11.024-07 y 11.569-07. Acotó que estas iniciativas constituyen en su mayoría mociones presentadas entre los años 2004 y 2016 **por parlamentarios de diversos sectores políticos**, entre ellos, **Jorge Burgos, Juan Bustos, Patricio Hales, Edgardo Riveros, Eduardo Saffirio, Rodolfo Seguel, Exequiel Silva**, Gonzalo Arenas, Julio Dittborn, Enrique Estay, Marcelo Forni, Alejandro García-Huidobro, Javier Hernández, Juan Lobos, Iván Norambuena, Felipe Salaberry, Gastón Von Mühlenbrock, **Pedro Araya, Gabriel Ascencio**, Eduardo Díaz, **Alvaro Escobar, Jaime Mulet, Alejandra Sepúlveda, Esteban Valenzuela**, Manuel Ossandón, Lily Pérez, **Eugenio Tuma**, Francisco Chahuán, Iván Moreira, Baldo Prokurica, Andrés Allamand, Alberto Espina, José García, Víctor Pérez, **Miguel Alvarado**, Germán Becker, Gonzalo Fuenzalida, Cristián Monckeberg, Diego Paulsen, **Ricardo Rincón**, y **Jorge Sabag**. Incluso, comentó el Mensaje del año 2018 de la ex Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet Jeria, en los mismos términos. (Se destacan en negrilla parlamentarios de partidos políticos históricamente de colaciones de centro-izquierda e izquierda).

Resaltó que **este proyecto actualiza la legislación nacional conforme a los estándares internacionales, con miras a garantizar los derechos relativos a un trato digno y humano de las personas privadas de libertad**. En esta misma línea, señaló que se funda en el reconocimiento del trato humano y digno a las personas privadas de libertad, el que se traduce según los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** en la obligación del Estado de “tratar humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a las personas privadas de libertad”. (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Con respecto a las personas adultas mayores privadas de libertad, señaló que nuestro país tiene varios compromisos internacionales que nacen de la **“Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”**, que imponen al Estado desarrollar enfoques específicos en las legislaciones internas sobre envejecimiento y vejez, incluidas las personas privadas de libertad, como lo prescribe su artículo 6°.

Asimismo, destacó que en las legislaciones comparadas se contemplan reglas especiales aplicables a las personas adultas mayores privadas de libertad, como ocurre en Uruguay, Argentina, Brasil, México y España, entre otros.

Por otro lado, hizo notar **que se pierde el sentido de la pena, en los casos que se regulan en este proyecto de ley desde el punto de vista de sus fines**, puesto que su privación de libertad en un recinto penitenciario, desde la perspectiva de los fines preventivos especiales de la pena, pierde considerablemente sentido, ya que se dificulta enormemente su participación en los

programas de reinserción social del establecimiento penitenciario, dadas las especiales condiciones en que se encuentran.

Asimismo, señaló que este proyecto de ley **crea una nueva pena de reclusión domiciliaria total, que consiste en el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada,** por todo el tiempo que le falte para cumplir la condena que se le impuso.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Luego explicó el contenido de las normas del proyecto de ley y llamó a los miembros de la Comisión a aprobar el proyecto de ley.

Enseguida se consigna la exposición del **Subsecretario de Justicia de la época, señor Sebastián Valenzuela**, quien de acuerdo al informe de la comisión: “Explicó que la ley N° 21.124 exige a los condenados por delitos de lesa humanidad haber cumplido dos tercios de la condena. Con todo, apuntó, en caso de haber sido condenado a una pena de presidio perpetuo deberán haber cumplido, al menos, veinte años de la sanción y si fueron condenados a presidio perpetuo calificado se le exige como mínimo cuarenta años de privación de libertad. (Ley N° 21.124 modificó el DL 321 que establece la libertad condicional).

Comentó que el proyecto de ley que dio origen a la citada ley, exigía además dos requisitos copulativos para que el condenado por un delito de lesa humanidad pudiera acceder a este beneficio, a saber: colaboración en el esclarecimiento del delito y arrepentimiento. No obstante, indicó que el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su control preventivo eliminó el arrepentimiento, por estimar que vulnera el principio de inocencia. **De este modo, reseñó que la ley vigente para conceder el beneficio de la libertad condicional a los condenados por delitos de lesa humanidad exige el haber cumplido, al menos, dos tercios de la condena y haber colaborado con la justicia en el esclarecimiento de los hechos en que tuvo participación.**

Por otro lado, señaló que la Excelentísima Corte Suprema en el informe que emitió, a solicitud de esta Comisión, valoró la presentación de este proyecto de ley, especialmente en el caso de que el condenado tenga setenta y cinco años de edad, puesto que para evitar la impunidad se le exige, por lo menos, haber cumplido la mitad de la condena, salvo que haya sido condenado a una pena de presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, en cuyo caso debe haber cumplido veinte o cuarenta años de presidio, dependiendo la sanción. Además, aprobó que la solicitud siempre deberá ir acompañada de un informe psicológico y social de Gendarmería de Chile que contenga una opinión favorable en relación con los factores de riesgo de reincidencia del solicitante.

Luego, informó que el universo de las personas que podrían acceder al beneficio de la sustitución de la pena es el siguiente: veintidós personas que tienen setenta y cinco años de edad y que han cumplido la mitad de la condena; ocho personas con enfermedades terminales, y quince personas con menoscabo físico. Por tanto, apuntó, que se trata de un total de cuarenta y cinco condenados.

Asimismo, hizo presente que nada obsta para que estas personas puedan optar entre la sustitución de la pena por reclusión domiciliaria total o por la libertad condicional del decreto ley N° 321. (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Posteriormente intervino **El Senador Latorrre**, quien “valoró el sentido humanitario del proyecto, pero señaló su aprensión con los condenados por violaciones a los Derechos Humanos que se podrían beneficiar con este proyecto de ley”.

Por su parte **la Defensora Nacional Subrogante de la época, señora Viviana Castel**, habiendo realizado un profundo análisis de las implicancias del proyecto de ley, consideró como una “señal positiva” la iniciativa legal para las personas que se encuentran en alguna de los tres supuestos ya referidos que contempla la ley para acceder la nueva pena de arresto domiciliario total sustituyendo de esta manera la pena privativa de libertad.

Por su parte, el **Director Ejecutivo de Fundación Paz Ciudadana, señor Daniel Johnson**, “resaltó la importancia del equilibrio que debe existir entre el daño generado con la pena asignada al condenado. En este caso en particular, expresó que se genera un notorio desequilibrio por la condición de salud del condenado y destacó que, justamente, este proyecto de ley busca reponer este equilibrio con la sustitución de la pena de presidio por reclusión domiciliaria total.”

Por su parte, **el Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Chile, señor Silvio Cuneo**, en su parte pertinente señaló que: “aprueba el beneficio que establece el presente proyecto de ley para los condenados por delitos comunes, y en el caso de los delitos de lesa humanidad, resaltó que para validarlo se requiere exigir requisitos adicionales, como que el solicitante hubiere estado privado de libertad, por lo menos, durante diez años.”

Además señaló la necesidad de subir los estándares de todas las cárceles al nivel que tiene la cárcel de Punta Peuco.

En el turno de la **la Académica de la Universidad de Chile, señora Claudia Cárdenas**, luego de hacer un exhaustivo análisis del proyecto de ley, llega a una conclusión contraria a la iniciativa legal señalando al final de su exposición que: “para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, es decir, para lograr el objetivo de fondo de este proyecto de ley, es necesario que la nueva legislación no solamente aborde lo relativo al cumplimiento de la pena en ciertos casos, sino integralmente la ejecución penitenciaria y, en particular, lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada.”

Luego la intervención de la **Abogada de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Chistine Weidenslaufer**, hace un acabado análisis de las normas sobre la materia en el derecho internacional y de las legislaciones de los países a que se refiere el proyecto de ley, llegando a la siguiente conclusión que consta en el texto del informe de la Comisión: “que el derecho internacional de los derechos humanos exige que el Estado proteja y garantice los derechos de

los privados de libertad, en particular, su integridad física, psíquica y salud. Para ello, indicó que debe proveer los tratamientos y las condiciones que sean necesarios. Por tanto, si bien no existe la obligación de entregar determinadas alternativas de reclusión, como la detención domiciliaria, a las personas de avanzada edad o a los enfermos, sí existen recomendaciones en tal sentido, contenidas en las guías internacionales y en las opiniones de los organismos especializados de las Naciones Unidas.

En relación con la aplicabilidad de este tipo de medidas a los condenados por delitos de lesa humanidad, consideró necesario hacer una ponderación caso a caso de los derechos en juego, pues sus requisitos especiales ponen en evidencia la tensión entre la reinserción del condenado y su dignidad, y entre los derechos de las víctimas y la paz social”.

Luego en el informe se consignan las exposiciones de la Presidenta de la Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional ex Prisioneros Políticos, señora Wally Kunstmann y la Directora de la Corporación de Familiares de ex Prisioneros Políticos, Fallecidos, señora Haydeé Oberreuter, quienes manifestaron terminantemente oponerse al proyecto de ley, en virtud que mediante el se podrían beneficiar condenados de delitos de lesa humanidad cometidos durante el gobierno militar encabezado por Augusto Pinochet, pero que no se oponen a que el proyecto de ley sea aplicable a los reos comunes.

Ante la consulta del Senador Latorre de si estarían dispuestas a establecer requisitos más exigentes para acceder al beneficio de la sustitución de la pena respecto los condenados por delito de lesa humanidad, señalaron que por ningún motivo, ya que los violadores de derechos humanos deben cumplir la totalidad del tiempo de la pena en la cárcel.

Posteriormente el informe consigna las exposiciones de **la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro, la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos AFEP-CHILE, señora Alicia Lira y la Abogada de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, señora Carolina Cubillos,** todas ellas se mostraron categóricamente en contra del proyecto de ley, relatando diversos episodios ocurridos durante el gobierno militar en los cuales se violaron los derechos humanos, argumentando que ante dichos hechos no es posible conceder ninguna clase de beneficio a los partícipes de delitos de lesa humanidad.

Además argumentaron los beneficios que tienen los condenados por dichos delitos al estar reclusos en una cárcel como Punta Peuco que cuenta con mejores condiciones que los recintos penitenciarios comunes y además que muchos de ellos que se encuentran enfermos son atendidos en hospitales de las fuerzas armadas cuando se requiere.

Por último cerró la ronda de exposiciones, el Asesor Legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Carlos Oyarzún, quien se manifestó a favor del proyecto de ley con unas sugerencias de menor relevancia.

Podemos destacar de su intervención las siguientes alocuciones que consigna el informe al siguiente tenor: “Resaltó que esta iniciativa recoge una serie de mociones parlamentarias transversales que van en la misma dirección. Asimismo, hizo notar que este proyecto de ley no altera la aplicación de la pena, puesto que sólo la sustituye por otra, también privativa de libertad, y como tal se trata de un supuesto que se justifica plenamente en función de la vulnerabilidad del reo.”

“En cuanto a las razones humanitarias y al trato digno que se debe dar a toda persona, indicó que el proyecto de ley plantea la sustitución de una pena privativa de libertad por otra pena de carácter más atenuada. Dejó en claro que no existe indulto, ni extinción de la pena ni del delito, sino un mero cumplimiento alternativo.”

“Comentó que Chile tiene un compromiso por el respeto y protección de los derechos humanos con la ratificación de una serie de tratados internacionales, tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Con todo, resaltó que es fundamental tener claro que se trata de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Además, dio cuenta que el derecho comparado se hace cargo de esta situación a través de una serie de instituciones. A modo ilustrativo, se refirió a los siguientes casos:

España, que en su Código Penal establece la libertad condicional para los mayores de setenta años con expresa exclusión del tiempo de la condena que tenga o lleve cumplido.

Gran Bretaña, que faculta al Ministro de Interior para conceder, tras una consulta al Consejo de Liberación Condicional, la libertad incluso en caso de condenas perpetuas por razones humanitarias.

Francia, en que se autoriza al Presidente de la República a conceder la libertad por gracia, teniendo en especial consideración la edad del reo.

Estados Unidos, en donde existe una serie de instituciones que se hacen cargo de los mayores de edad como el "*Projects for older prisoner (POPS)*" y el programa para los reos con problemas de salud o enfermedades, conocido como el "*Hospice program*".

Luego de las exposiciones referidas, las cuales se llevaron cabo en las sesiones que la Comisión trató el proyecto de ley, correspondiente a las sesiones de los días 11 y 18 de marzo; 1, 8, 15 y 22 de abril de 2019 y 13 de abril de 2020, se puso en votación la idea de legislar el proyecto de ley.

Luego de fundamentar su voto cada uno de los cinco miembros de la Comisión, la idea de legislar fue rechazada por tres votos a dos.

Votaron en contra los H. Senadores señora Adrian Muñoz D'Albora y señores Juan Ignacio Latorre y Alejandro Navarro, y a favor los Honorables Senadores señores Iván Moreira y Kenneth Pugh.

Al día siguiente de la votación de la idea de legislar en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, esto es el 14 de abril de 2020, se comenzó a discutir el proyecto de ley en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Enseguida daré cuenta de los antecedentes más relevantes que constan en el informe de dicha Comisión de fecha 16 de junio de 2020.

El informe de la Comisión comienza indicando las autoridades e invitados que participaron en las sesiones de la Comisión en la cual se discutió el proyecto de ley, que corresponden a las siguientes personas.

“El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín; el Subsecretario de Justicia, señor Sebastián Valenzuela; la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Recabarren, y la Jefa de la División Jurídica de esa Secretaría de Estado, señora Mónica Naranjo.

Asimismo, expusieron ante la Comisión el abogado penalista señor Claudio Nash; la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD), señora Lorena Pizarro; la Presidenta de la Corporación Londres 38, señora Erika Henning, quien fue acompañada por la abogada del mismo organismo, señora Magdalena Garcés; el Representante para América del Sur de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señor Jan Jarab, quien fue acompañado por su asesora, señora Camila Acevedo; el Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, señor José Miguel Vivanco, y el Director del Instituto Chileno de Derechos Humanos, señor Sergio Micco.”

Agrega el informe, que la Comisión recibió un informe jurídico del profesor de derecho penal, el destacado abogado penalista don Alfredo Etcheberry, del cual daremos cuenta más adelante en el presente informe.

Luego cabe destacar que el informe de la Comisión hace referencia al oficio de la Excm. Corte Suprema de fecha 7 de febrero de 2019, mediante el cual dio respuesta al oficio remitido por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía a propósito de este proyecto de ley, en el cual se le consultaba específicamente su opinión respecto del inciso décimo del artículo 468 bis que propone incorporar el número 1) del artículo primero, así como el inciso décimo del artículo 697, que agrega el número 2) al artículo segundo, ambos del proyecto de ley en estudio, puesto que corresponden a disposiciones que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

En el análisis que hace el máximo tribunal del país, además de contestar las preguntas específicas de la Comisión, **manifiesta su posición favorable al proyecto de ley, argumentando básicamente dicha posición en los fines de la pena de prevención especial o reinserción y en la historia de las reformas que se han pretendido hacer al Código Penal en las que los mayores de 70 años tanto en la Comisión redactora del Código Penal como luego en la reforma del año 1945 se pretendían establecer como atenuantes el ser mayor de 70 años.**

Además aduce argumentos doctrinarios, entre ellos el proyecto de Código Penal del profesor don Alfredo Etcheberry, el cual señalaba que los mayores de 75 años cumplirían sus penas privativas de libertad en reclusión domiciliaria.

Más adelante el informe de la Comisión, da cuenta de la discusión general del proyecto de ley, la cual comenzó con la exposición del **Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín**, la cual por tener un contenido muy similar a su exposición en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, no tiene sentido referirse a ella en esta oportunidad.

Una vez que terminó de exponer el ex Ministro, el Presidente de la Comisión, Senador Alfonso De Urresti, le preguntó al Ministro Larraín la cantidad de personas mayores de 75 años que se encuentran privadas de libertad y cuántos de ellos se encuentran en la cárcel de Punta Peuco.

Cabe destacar lo señalado por el Senador Andrés Allamand quien “se mostró de acuerdo en que se lleve a cabo un análisis riguroso y se reciba la opinión de especialistas en materia de derechos humanos, tales como, el profesor de derecho penal, señor Alfredo Etcheberry; El Director del Instituto Chileno de Derechos Humanos, Sergio Micco; los abogados especialistas en derechos humanos señores José Miguel Vivanco y Claudio Grossman y la ex Presidenta Bachelet, que actualmente ocupa el cargo de Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Agregó que también debería escucharse al Presidente de la Excma. Corte Suprema, señor Guillermo Silva y a agrupaciones de derechos humanos chilenas.”

Solicitándole al final de su intervención al Presidente de la Comisión, realizar las gestiones necesarias para concretar ello.

Luego en sus intervenciones tanto el Senador Huenchumilla como Harboe se mostraron reticentes a aprobar un proyecto de ley de estas características, mientras que el Senador De Urresti fue enfático en señalar su oposición a este proyecto, lo que se da cuenta al reproducir el comienzo de su intervención al siguiente tenor: “el objetivo que persigue el proyecto de ley en discusión consiste en conferir la libertad a los violadores de derechos humanos, revestido de normas de trato humanitario”.

Luego en la siguiente sesión de la Comisión se comenzaron a escuchar una serie de exposiciones de conformidad a lo acordado por la Comisión previamente, comenzando con la **Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro**, quien ya había presentado el parecer de su organización en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, manifestándose nuevamente contraria al proyecto de ley presentado por el ejecutivo.

También se manifestaron en contra del proyecto de ley en sus exposiciones, la **Presidenta de la Corporación Londres 38, señora Erika Hennings y la abogada de dicha Corporación, señora Magdalena Garcés.**

Luego le tocó el turno al **profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, señor Claudio Nash** quien se manifestó de manera muy fechaciente contrario al proyecto de ley, lo que se puede apreciar desde el comienzo de su exposición al consignar textualmente el informe de la Comisión que: “le 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.”

Luego el Presidente de la Comisión, solicitó dar lectura al documento solicitado a propósito de este proyecto de ley al destacado profesor de derecho penal, don Alfredo Etcheberry.

Como se puede apreciar del texto de su documento, que enseguida se reproduce, se concluye su conformidad con el proyecto de ley, e incluso, propone hacer menos exigente ciertos requisitos para la sustitución de la pena.

“Señor Presidente:

Ante todo, agradezco a Ud. y a los miembros de esa H. Comisión la honrosa invitación que se me ha hecho para participar en la sesión de hoy, en que se debatirá el proyecto que sustituye el cumplimiento de penas privativas de libertad para ciertas personas por razones humanitarias.

Lamento que por razones personales no me sea posible tomar parte personalmente del debate, pero por la presente quiero al menos hacer presente mi punto de vista sobre las materias en discusión como una contribución al debate.

1. El año 2016 publiqué un Proyecto de Código Penal para Chile, cuyo artículo 86 dispone a la letra:

“86. Las personas mayores de setenta y cinco años y las valetudinarias cumplirán todas las penas privativas de libertad en reclusión domiciliaria y por la duración que hubiere dispuesto la sentencia para tales penas, con los debidos resguardos para evitar la fuga. En caso de quebrantamiento podrá decretarse por el tribunal penitenciario el ingreso o retorno del infractor al establecimiento que corresponda y con las modalidades propias de cada pena, hasta enterar el cumplimiento efectivo de la pena original...” (siguen dos incisos más relativos a las mujeres condenadas que estén embarazadas y al cómputo de tiempo que se haya pasado en hospitalización como cumplimiento efectivo de la pena).

2. Puede advertirse la coincidencia fundamental entre mi pensamiento y la idea que inspira el proyecto en análisis. Sólo desearía formular algunas observaciones que a mi juicio, de ser acogidas en todo o en parte, contribuirían al perfeccionamiento del proyecto de ley.

3. Personas condenadas que podrán solicitar la sustitución:

“a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal”.

No nos parece necesario aguardar a que, según especifica el propio texto del proyecto, se requiera un informe médico conforme al cual haya un “pronóstico fatal en tiempo próximo”.

Es decir, el solicitante o su abogado deberán esforzarse en convencer al juez de que aquél se va a morir con certeza en breve plazo, exigencia a nuestro juicio macabra y poco compatible con las “razones humanitarias” que sirven de título al Proyecto.

A nuestro juicio bastaría con exigir que por una enfermedad o condición física o mental padezcan de un grave menoscabo para valerse por sí mismos o estén sometidos a sufrimientos graves en forma crónica o recurrente, sólo susceptible de tratamientos paliativos.

“b) Aquellas que, por cualquier causa tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa”.

Esta causal nos parece bien, sólo con las siguientes consideraciones:

1) El menoscabo a que se alude puede ser también psíquico además de físico, siempre que produzca la misma consecuencia: una dependencia grave. 2) Reemplazaría la expresión “severa” por “grave”, “importante” u otra semejante. 3) Si se acepta reemplazar la exigencia de “terminalidad”, podrían refundirse en un solo literal los actuales (a) y (b) del Proyecto.

“c) Aquellas de 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”.

Estamos de acuerdo con la fijación de los setenta y cinco años pero no estimamos que deba agregarse ninguna exigencia de cumplimiento efectivo previo de la pena, porque esas se formulan normalmente para acceder a beneficios como la libertad condicional (sujeta además a otras exigencias, como buena conducta, etc.). Así, una persona que delinquirió a los 25 años y fue condenada a presidio perpetuo puede pedir su libertad condicional (mucho más benigna que la reclusión domiciliaria) después de veinte años, o sea, cuando tenga 45 años de edad, por lo que esta ley no le serviría de nada.

Esta ley, en cambio, se inspira en razones humanitarias. Una pena que sea dura y rigurosa, pero soportable, para un individuo relativamente joven y sano, puede resultar “cruel o inhumana” para un anciano.”. (Lo destacado en negrilla es del suscrito)

Enseguida cabe destacar parte de los comentarios que registra el informe de la Comisión de los Senadores Huenchumilla y De Urresti.

El **senador Huenchumilla**, señaló que: “existe un compromiso que el señor Presidente de la República asumió con la llamada “familia militar”. Consideró imposible acceder a una iniciativa desde el punto de vista jurídico, si estamos en presencia de un tema pendiente en nuestro país, herida que no ha sido cerrada, ni reconocida por los culpables y tampoco por la derecha.”

Luego, **el Presidente de la Comisión, Senador De Urresti** manifestó que: “este proyecto es repudiable para los tiempos que corren, razón por la que anunció que votará en contra de la idea de legislar. Agregó que es un proyecto que no debería estar discutiéndose.”

En la siguiente sesión que se discutió el proyecto de ley, cabe destacar en primer término la intervención del **representante para América del Sur de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señor Jan Jarab**, quien en su intervención manifestó su disconformidad con el proyecto de ley, siendo pertinente en este sentido reproducir ciertas partes relevantes de su exposición que dan cuenta de dicha posición:

“Recordó que, hace algunas semanas, la Alta Comisionada Sra. Michelle Bachelet señaló lo siguiente: “Las personas condenadas por delitos reconocidos por el derecho internacional después de un juicio justo y público por un tribunal independiente e imparcial deben considerarse para la liberación temporal de la custodia solo en circunstancias excepcionales”. Por lo tanto, se puede concluir que los beneficios excepcionales permisibles tienen un carácter distinto a los ofrecidos por el proyecto de ley que hoy se discute. Añadió que la iniciativa no hace la distinción entre condenados por delitos comunes y por delitos de lesa humanidad, por otra parte, permitiría sustituir la pena privativa de libertad de condenados por crímenes de lesa humanidad por reclusión domiciliaria, sin un carácter temporal.

Luego, observó que las condiciones del centro penitenciario en el Penal de Punta Peuco son particularmente privilegiadas en el contexto nacional. Las condiciones de habitabilidad y acceso al alimento, el abrigo, la salud no se acercan a los riesgos a los que están expuestos los presos comunes en otros recintos penitenciarios del país, cuestión que refuerza la necesidad de evaluar de manera individual e independiente de cada caso a ser beneficiado por esta ley. Recordó que la edad por sí misma, no parece justificación suficiente para dar lugar a la sustitución en el caso de los violadores de derechos humanos, sobre todo en esta hipótesis contenida en el proyecto. Sostuvo que es fundamental hacer la distinción entre delitos comunes y lesa humanidad, a fin de no burlar la justicia.”

Posterior a su intervención, ella fue cuestionada por los senadores Allamanda, Pérez y por el **ex Ministro de Justicia don Hernán Larraín**, señalando este último que **obviamente con el ánimo de darle viabilidad al proyecto de ley, que el ejecutivo sería partidario “que los requisitos para optar a la sustitución de la pena sean mayores en caso de aquellos que han cometido crímenes de lesa humanidad.”** (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito)

En la siguiente sesión de la Comisión que se trató el proyecto de ley, cabe destacar la información dada a conocer por **la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Recabarren**, quien en el marco de una pregunta que se le hiciera en la anterior sesión, indicó que: **“el universo de personas mayores de 75 años con la mitad de la condena cumplida, asciende a 33 personas. Y de ellas, 14 se encuentran condenadas por delitos de lesa humanidad. Agregó**

que el total de las personas condenadas por estos últimos delitos alcanza alrededor de 180.”

(Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Luego expuso en la Comisión **el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de la época, señor Sergio Micco**, quien comienza aclarando que su exposición se “centrará en el Informe que fue aprobado por el Consejo del Instituto que representa, del día 25 de mayo del presente, a propósito de la iniciativa en discusión.”

Dicho informe señala estar de acuerdo con el proyecto de ley, pero que los requisitos para los condenados por delitos de lesa humanidad deben ser más exigentes para optar a la sustitución de la pena, debiendo en consecuencia distinguirse en la iniciativa legal aquellas condenados por delitos comunes y por lesa humanidad.

En virtud de lo anterior, señaló los siguientes criterios y requisitos que a juicio del organismo que representa se deben exigir a los condenados por delitos de lesa humanidad para que puedan acceder a la sustitución de la pena:

- “1.- Se debe escuchar a las víctimas o a sus familiares, previa a la concesión del beneficio;
- 2.- Debe existir un control judicial, no administrativo para concederlo;
- 3.- Constatar que el condenado ha cooperado o expresado su voluntad de cooperar con la investigación, y
- 4.- Que la conducta del condenado revele arrepentimiento.”

A propósito del cuarto y último requisito que plantea el INDH, es importante recordar lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional a propósito del control preventivo de la ley N° 21.124 que modificó el DL. 321 que establece la libertad condicional, mediante la cual se exige a los condenados por delitos de lesa humanidad haber cumplido dos tercios de la condena, eliminando dicho Tribunal el requisito del arrepentimiento a los condenados por delitos de lesa humanidad por estimar que vulnera el principio de inocencia.

Luego le correspondió el turno de exponer al último de los invitados, **el Director de la División de las Américas de Human Rights Watch, señor José Miguel Vivanco**, que como veremos a propósito de su exposición, se produjo un debate muy interesante en relación con el contenido del proyecto de ley, pudiendo relevar de su exposición los siguientes dichos:

“Lo cierto es que con arreglo al derecho internacional, actualmente en vigencia, incluyendo dos de los tratados más importantes en la materia, indicó que los Estados tienen la obligación jurídica de garantizar que las penas por las mencionadas violaciones sean proporcionales a la gravedad de los abusos. **Por otra parte, remarcó que negar la liberación a un violador de derechos humanos cuando a un criminal común se le concede, viola el principio de igualdad ante la ley.**

En efecto, manifestó que todos los reclusos, incluidos los responsables por las más graves atrocidades, merecen un trato justo y digno durante su detención, incluyendo la

posibilidad de ser liberados cuando las circunstancias lo ameritan y en particular si padecen enfermedades graves.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Más adelante en su exposición sostuvo que: **“siempre que verdaderamente se imparta justicia, no hay ninguna disposición vigente en el derecho internacional de los derechos humanos que prohíba beneficios como la libertad condicional o el arresto domiciliario a los condenados por graves violaciones a los derechos humanos cuando estos beneficios se otorguen mediante un proceso justo y transparente.** Agregó que son muchas las situaciones en las cuales las autoridades tienen la obligación de liberar de forma anticipada a presos que cumplan largas penas de prisión cuando sufren enfermedades graves.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Enseguida tomó la palabra el Senador Allamand, quien luego de destacar la trayectoria en el ámbito de los derechos humanos de los señores Micco y Vivanco, indicó que “ambas exposiciones coincidieron en señalar que la iniciativa en estudio estaría alineada con los estándares internacionales de los derechos humanos y en el caso de las personas condenadas por delitos de lesa humanidad, éstos deberían tener un trato diferenciado. Es decir, se debiese generar una discriminación razonable entre el trato que reciben los sancionados por delitos comunes y aquellos que han incurrido en los graves delitos de lesa humanidad.

Luego, indicó que el señor Vivanco señaló que no existía una norma, en el ámbito de los tratados internacionales, que prohíba otorgar estos beneficios a los condenados por delitos de lesa humanidad sobre la base de que éstos deben tener un tratamiento diferente a los sancionados por delitos comunes. Dado lo anterior, solicitó la opinión del señor Vivanco sobre esta materia.”

Luego intervinieron los demás Senadores miembros de la Comisión, en un sentido similar al del Senador Allamand el Senador Pérez, pero cuestionando el proyecto de ley los Senadores Huenchumilla, De Urresti y Araya, básicamente por la falta de cooperación de los condenados por delito de lesa humanidad no configurándose en consecuencia el cumplimiento del requisito de la cooperación de dichos condenados para acceder a alguna clase de beneficio penitenciario o de sustitución de la pena, además de señalar que este proyecto representa un compromiso de parte del Presidente de la República Senastían Piñera con la “familia militar”.

Luego se le ofreció la palabra al **Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, señor José Miguel Vivanco**, quien a propósito de los comentarios a su exposición, relató como la organización que representa fue pieza fundamental en el proceso penal seguido contra Augusto Pinochet en Londres, con el fin de lograr su extradición a España.

Además se consigna en el texto del informe textualmente a propósito de su intervención lo siguiente: “que la regla general hasta los años 90’ en materia de violaciones a los derechos humanos fue la impunidad, ya que se dictaron muchas leyes de amnistía y los indultos. Ello prevaleció hasta la transición política en Sudáfrica, país que exigió como condición para rebajar

o no aplicar penas, la confesión de aquellos que estaban acusados por violaciones a los derechos humanos.

Posteriormente, con la creación de la Corte Penal Internacional y el precedente de Augusto Pinochet en Londres, se rompe la regla antes mencionada, y se impone una nueva, que consiste en sancionar proporcionalmente a los culpables de estos ilícitos, de acuerdo con la gravedad de los delitos.

Indicó que este desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es reciente. Ello incluye la idea de exigir rendición de cuentas y de castigar a los responsables. Agregó que lo que aún no cuenta con un desarrollo consolidado, es qué hacer con los condenados por delitos de lesa humanidad que estén sufriendo enfermedades terminales, o que están a punto de morir. Sobre esa materia, el único texto que existe es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fujimori. Este fallo indica que a la luz de los principios generales en materia de derechos humanos es posible concebir que la persona condenada pueda salir anticipadamente en libertad, en la medida que se cumplan algunos requisitos y se tomen en consideración algunos criterios, ya referidos precedentemente.”

Más adelante agregó: “que los mencionados parámetros deben buscar conciliar dos valores, a saber, los derechos de las víctimas a una genuina justicia, proporcional al daño causado y, por otro lado, los derechos de un condenado a su dignidad. Es decir, que este último no esté condenado a morir en condiciones indignas y crueles en prisión, si es que existe un diagnóstico serio, imparcial, contundente que acredite las condiciones de salud, y se tome además en consideración, la conducta del condenado respecto de los hechos; si ha participado en el esclarecimiento de los mismos, es decir, que cumpla con los criterios enumerados en el fallo de la Corte Interamericana.

Recordó enseguida, al abogado señor José Zalaquett, quien tenía un principio básico sobre estas materias, que consistía en señalar: “Ellos fueron muy crueles, cometieron delitos atroces, pero nosotros no tenemos que ser crueles con ellos”. Una cosa es la crueldad de aquellos que gobernaron a sangre y fuego durante diecisiete años de dictadura y cometieron todo tipo de atrocidades, que deben ser investigadas, procesadas y sancionadas, y otra cuestión distinta es lo que uno puede esperar y exigirle a un estado de derecho, a una sociedad democrática moderna conforme a los principios jurídicos actuales.

Por todo lo anterior, sostuvo que no existe estándar alguno en derecho internacional que prohíba beneficiar a los condenados por crímenes de lesa humanidad que estén, por ejemplo, sufriendo problemas gravísimos de salud.

Finalmente, recalcó que esa prohibición no existe, al contrario, lo que sí existe en derecho internacional es la sentencia reciente de la Corte Interamericana, que le exige a los Estados hacer una ponderación de valores jurídicos en tensión, en primer lugar, los derechos

de las víctimas en sociedad a una justicia genuina, pero también el derecho de aquel condenado que está al borde de la muerte, en una prisión.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Por último tomó la palabra al **Ministro de Justicia y Derechos Humanos señor Hernán Larraín**, intervención de la cual podemos destacar que se abrió a la posibilidad de incorporar al proyecto de ley “los criterios establecidos por el Estatuto de Roma o por el fallo en el caso Fujimori. Lo anterior, aseguró, vendría a perfeccionar la iniciativa y adecuarla de manera más estricta a los estándares internacionales.”

Más adelante el informe da cuenta que “Manifestó su más absoluta disposición para perfeccionar esta iniciativa, asegurando el mejor control jurisdiccional posible, revisando los criterios para poder alcanzar el beneficio, especialmente en el caso establecido en la tercera causal antes mencionada. (La tercera causal es la relativa a los 75 años)

Agregó que está interesado en el tema de fondo, es decir, cómo lograr que la sociedad busque la justicia dura, fuerte y rigurosa cuando se trata de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, constató que, de acuerdo con las exposiciones escuchadas, lo anterior debe conciliarse con la dignidad del condenado.

Finalmente, consignó que la iniciativa, en ningún caso, persigue la impunidad del condenado sino que, en situaciones muy calificadas, los condenados puedan optar por sustituir la pena.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Como podemos apreciar de la última intervención antes que se votará la idea de legislar, el ejecutivo representado por el Ministro de Justicia de la época, se abrió a la posibilidad de modificar el proyecto de ley en los aspectos que se refirió tanto el señor Vivanco como el señor Micco.

Luego el Presidente de la Comisión declaró cerrado el debate y sometió a votación en general el proyecto de ley, el cual en definitiva fue rechazado por tres votos a dos, pasando a la tabla de la sala para su votación en general.

Los cinco Senadores miembros de la Comisión al momento de votar fundamentaron su voto y creo relevante citar íntegramente cada una de sus intervenciones, las cuales a juicio del suscrito constituyen un antecedente relevante a considerar una vez que a la Sala de la Cámara Alta le corresponda pronunciarse sobre la idea de legislar.

En consecuencia enseguida reproduzco textualmente lo que consignó el informe de la Comisión de la votación de los Senadores de la Comisión

“En primer lugar, intervino el Honorable Senador señor Allamand, quien señaló que se pronuncia a favor de la idea de legislar en esta materia.

Manifestó que tanto la exposición del Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos, como la del Representante de *Human Rights Watch* para América, han coincidido

en la idea de que el proyecto de ley, en general, se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos que se deben aplicar en esta materia.

Agregó que ambos expositores coincidieron que los condenados por delitos de lesa humanidad deben tener un tratamiento diferenciado al interior de la legislación que se impulse.

Asimismo, sostuvo que no está en discusión si las personas que han sido condenadas por delitos de lesa humanidad cometieron actos atroces, sino que lo que se debate es si dichos condenados pueden optar a la sustitución de su pena, siempre que se reúnan ciertas condiciones que fija la ley, situación que verificarán los jueces.

Luego, recalcó las palabras del abogado señor Vivanco, en el sentido que no existe norma alguna en el ámbito internacional que prohíba otorgar beneficios a las personas condenadas por delitos de lesa humanidad, cuando existan razones justificadas que así lo respalden.

Expresó que es difícil comprender a aquellos que manifiestan su rechazo, en general, a la presente iniciativa, especialmente tomando en consideración que el Ejecutivo manifestó su disposición a perfeccionarla. Añadió que estamos ante una norma que se aplica a los condenados por delitos comunes y a aquellos que se encuentran privados de libertad por delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, sostuvo que negarse a legislar implica que el beneficio de la reclusión domiciliaria tampoco se aplicará respecto a los primeros.

Dado lo anterior, recalcó que no existen razones válidas para rechazar, en general, una iniciativa legal de esta naturaleza.

Consignó que, si el Presidente de la República ejerce la facultad de indultar, éste sería objeto de críticas, por estar ejerciendo una atribución de manera arbitraria. **Estimó razonable, que una determinación de esta naturaleza debe tener un control jurisdiccional que pondere, caso a caso, si se cumplen los requisitos para optar a la sustitución de la pena.**

Finalmente, hizo presente que, por todas las razones señaladas, votaba a favor de la idea de legislar.

Seguidamente, **el señor Presidente de la Comisión** ofreció la palabra al **Honorable Senador señor Víctor Pérez, quien al fundamentar su voto favorable**, manifestó que esta iniciativa constituye el camino adecuado para resolver un tema complejo, como es la situación de las personas condenadas por distintos delitos y cuya condición de salud hace indigno que continúen privados de libertad en los recintos carcelarios.

Indicó que el proyecto de ley, al establecer un control jurisdiccional, da certeza jurídica respecto a los requisitos que deben cumplir quienes podrán acceder al cambio de pena.

Asimismo, expresó que el proyecto de ley no altera las condenas, sino que solo viene a sustituir la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria.

Igualmente, precisó que un Estado democrático debe estar dispuesto a conferir una alternativa a aquellos que cumplan con los requisitos que esta iniciativa establece.

Recordó las palabras del abogado y profesor universitario señor Zalaquett, en el sentido de no repetir especialmente con las personas que van a morir por una enfermedad terminal, la crueldad con la que actuaron los condenados por delitos de lesa humanidad.

Finalmente, valoró la disposición manifestada por el Ejecutivo para perfeccionar esta iniciativa, ya que ella abre el camino para una discusión razonable y democrática, en que las razones de carácter humanitario deben primar.

Luego, intervino **el Honorable Senador señor Huenchumilla**, quien **al fundamentar su voto en contra de la iniciativa**, señaló que se remitía a lo que ya expresó en intervenciones anteriores.

En todo caso, recalcó que estamos discutiendo este proyecto en una institución política y bajo ese punto de vista, hay razones para estimar que este proyecto de ley no es necesario, porque el Presidente de la República tiene facultades para indultar.

Hizo presente que la política es un arte difícil, sin embargo, consiste, entre otras cosas, en tomar decisiones, aunque éstas sean duras y difíciles. Añadió que, si la más Alta Autoridad de la República está convencida de la bondad de la iniciativa y de la necesidad de abordar un pronunciamiento del Estado en esa dirección, debe tomar una resolución y está dotado de las facultades para hacerlo. Lo anterior, implica asumir una responsabilidad política frente al país y la familia militar con la que se comprometió. Agregó que S.E. el Presidente de la República no puede eludir su responsabilidad política, haciendo partícipe de su compromiso al Congreso Nacional.

Reiteró que la iniciativa en discusión no es necesaria, puesto que el Presidente de la República está dotado de la facultad de conceder indultos. Dado lo anterior, indicó que votaba en contra de la idea de legislar.

Seguidamente, intervino **el Honorable Senador, señor Pedro Araya**, **quien indicó que votaba en contra de la idea de legislar, dado que el Presidente de la República posee las atribuciones para dictar los indultos particulares y él debe asumir la responsabilidad en estos casos.**

Sostuvo que el actual Mandatario desea compartir con el Congreso Nacional la responsabilidad de un compromiso asumido con un ex grupo de militares.

Finalmente, agregó que estamos ante un proyecto de ley que no es necesario, ya que existe la herramienta del indulto.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti, **al fundamentar su voto en contra**, señaló que en esta materia se debía tener especial consideración y preocupación por las víctimas de los delitos de lesa humanidad que durante años han buscado

a sus parientes o amigos detenidos desaparecidos y hacer justicia, con la finalidad de poder cerrar la herida aún abierta en nuestro país en materia de derechos humanos.

Hizo presente que no corresponde que se lleve a cabo un esfuerzo legislativo para favorecer a los condenados por crímenes de lesa humanidad. Añadió que la ciudadanía se tiene que formar una convicción y determinar dónde están las prioridades, a saber, con los represores, los genocidas o con las víctimas.

Reconoció que, como Senador del Partido Socialista, siempre estará abogando por mayor justicia, por alcanzar la verdad y por conseguir la reparación de las víctimas de estos delitos tan graves.

Seguidamente, manifestó que el presente proyecto, tal como lo señalaron las organizaciones de derechos humanos, revictimiza a todos aquellos familiares y víctimas directas y colaterales de los delitos de lesa humanidad. Agregó que con este tipo de iniciativas tampoco se asegura la no reiteración de estos ilícitos.

Por otra parte, aseguró que existen antecedentes nefastos respecto a la seriedad de ciertos informes médicos, especialmente si se recuerda los que se emitieron en el caso de Augusto Pinochet.

Finalmente, consignó que el esfuerzo se debe concentrar en la obtención de verdad y justicia, en obtener señales claras de que en Chile no se volverán a cometer delitos de lesa humanidad.” (Lo destacado en negrilla y subrayado es del suscrito).

Fuentes del capítulo: Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de fecha 16 de junio de 2020; Informe Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de fecha 26 de abril de 2020.

IV. Consideraciones finales

En este capítulo final expondré los principales antecedentes consignados en el presente informe, que a juicio del suscrito fundamentan tanto la pertinencia del proyecto de ley como la necesidad de legislar esta materia en nuestro ordenamiento jurídico.

1.- Tal como podemos inferir del texto del proyecto de ley, se ha intentando legislar esta materia hace dos décadas y hasta la fecha no ha sido posible, dando como ejemplo nueve proyectos de ley, la mayoría mociones parlamentarias, suscritas por parlamentarios de diversas corrientes políticas.

En este sentido cabe destacar, el último proyecto de ley previo a la presentación de la iniciativa legal materia de este informe, que fuera ingresado por el ejecutivo al Senado el 16 de enero de 2018, al finalizar el segundo período de la ex Presidente Bachelet, boletín N° 11.569-07, el cual fundamenta en el derecho internacional otorgar beneficios a los condenados por delitos de lesa humanidad, señalando en su parte pertinente lo siguiente: “En cuanto a si es posible o no que los condenados por crímenes y delitos de lesa humanidad, genocidio o guerra, accedan a estas medidas, se debe considerar que, desde la perspectiva del derecho

internacional, si bien se exige el cumplimiento de requisitos especiales, de todas formas no existe una prohibición sobre el particular, como sí ocurre para las eximentes de responsabilidad penal, como lo son la prescripción o la amnistía.”

2.- En el derecho comparado existe legislación que regula que los enfermos terminales no cumplan sus penas privativas de libertad en un recinto penitenciario, atendido en general el estado de salud, razones humanitarias y los fines de la pena.

En este sentido, cabe destacar legislaciones penales y procesales penales que contemplan reglas especiales aplicables a las personas adultas mayores sancionadas a penas privativas de libertad, en términos generales a partir de los 70 años, es decir con una exigencia de edad menor a la del proyecto que nos ocupa, tales como Uruguay, Argentina, Brasil, México, España, entre otros.

3.- Como hemos visto en el informe, se citan una serie de instrumentos internacionales que sirven de fundamento al proyecto de ley, entre ellos cabe destacar el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión” adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual específicamente en el principio 5º N° 2 se consagra textualmente lo siguiente: “Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.”

Por su parte, cabe también destacar, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, promulgado en nuestro país mediante el Decreto Supremo N° 162 de 1 de septiembre de 2017, su artículo 13, mandata que “Los Estados Parte [...] promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos”.

En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos permite que las personas que se encuentren en las condiciones especiales de salud y edad que señala el proyecto de ley, se les pueda aplicar medidas especiales para la protección de sus derechos, como es la sustitución de una pena privativa de libertad por la nueva pena que se propone de reclusión domiciliaria total, no siendo discriminatoria y cumpliendo el principio de igualdad ante la ley.

4.- Otro argumento que cobra especial fuerza para legislar en esta materia, dice relación con los fines de la pena, ya que partiendo de la premisa que hace muchas décadas existe consenso en la doctrina que los fines de la pena son de carácter preventivos especiales, y no retributivos ni de prevención general o intimidatorio, esto es, su finalidad es la reinserción social del

condenado, no tiene sentido que tanto los enfermos terminales como aquellos que padezcan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa y las personas mayores de 75 años que hayan cumplido la mitad de su condena permanezcan en un establecimiento penitenciario, en los cuales dada su condición no puedan participar de los programas de reinserción social que existen en dichos establecimientos.

5.- Sin duda que la facultad de sustituir la pena se proponga radicarla en los tribunales de justicia, los cuales deberán resolver con antecedentes técnicos proporcionados tanto por el Servicio Médico Legal como Gendarmería de Chile, da una mayor objetividad en la decisión que se adopte, evitando de esta manera la discrecionalidad en este tipo de decisiones tan relevantes.

6.- Otro antecedente relevante se refiere al informe de la Excm. Corte Suprema de 7 de febrero de 2019, remitido a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, en el cual además de informar las consultas técnicas planteadas por dicha Comisión, se pronunció a favor sobre el proyecto en general.

En efecto, luego de hacer presente una serie de razones de dogmática penal, de los fines de la pena, de derecho internacional, de doctrina nacional, de antecedentes tanto de la Comisión redactora del Código Penal como del proyecto de modificación de dicho Código de 1945, en su parte pertinente señaló lo siguiente: “Ha de darse la bienvenida a una iniciativa de ley destinada a poner a nuestra legislación a tono con las tendencias, ya muy antiguas, de la dogmática y del Derecho Comparado, recogidas, incluso, en instrumentos jurídicos internacionales, que se mencionan en el proyecto”.

7.- Por último, además de relevar la opinión favorable sobre el proyecto de ley que diera en su informe el destacado profesor y abogado penalista don Alfredo Etcheverry, tal como se aborda en el capítulo anterior, es menester destacar también las opiniones de dos autoridades en materia de derechos humanos que asistieron a exponer a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

En efecto, de las exposiciones del Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos de la época don Sergio Micco y la del Representante de Human Rights Watch para América, don José Miguel Vivanco, ambos coincidieron que el proyecto de ley se ajusta a los estándares internacionales sobre derechos humanos, con la prevención que los condenados por delitos de lesa humanidad deben tener un tratamiento diferenciado al de los reos comunes, haciendo más exigente los requisitos para la obtención de la sustitución de la pena de los primeros, atendida la especial gravedad que revisten los delitos de lesa humanidad.

En vista de lo anterior, cobra especial relevancia lo señalado por el ex Ministro de Justicia, don Hernán Larraín, quien luego que expusiera el señor Micco y Vivanco, se abrió a la posibilidad de introducir modificaciones al proyecto de ley para dar cumplimiento al trato

diferenciado planteado por dichos expositores que se les debe dar a los condenados por delitos de lesa humanidad, sin embargo pese a ello, dicha Comisión al igual que la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, rechazó la idea de legislar por tres votos contra dos.

Es todo cuanto puedo informar, 18 de diciembre de 2024.

Carlos Lobos Mosqueira

Abogado