

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Chahuán, señora Ebensperger, y señores Cruz-Coke, Kusanovic y Kuschel, que regula la suspensión y el cumplimiento alternativo de penas privativas de libertad, para condenados que indica.

Exposición de motivos.

1.- Ha transcurrido un año desde la presentación del Proyecto de ley que regula el cumplimiento alternativo de penas privativas de libertad para condenados que padezcan enfermedad terminal o menoscabo físico grave, o que hayan cumplido determinada edad (Boletín 16.036-17), el cual fue finalmente desestimado por este Honorable Senado.

Hoy, existen tres motivos que ameritan el estudio de este Proyecto. El primero -que es de carácter netamente jurídico- es elevar a la categoría de ley los principios fundamentales establecidos en los seis primeros artículos del Decreto n° 518-1998, que aprueba el “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, particularmente, la reinserción social de todos los presos de Chile, proclamada en el artículo primero, y con el objeto preciso de hacerlos realmente exigibles en sede judicial. En efecto, aun cuando nuestra Carta Magna guarde silencio en esta precisa materia, la existencia de preceptos como los artículos 1, 5 inciso 2°, 6, 7 y 19 n°s. 1, 2, 3, 7 y 26, exige una regulación a nivel legal en un asunto tan delicado como este, donde se ven comprometidos valores esenciales de nuestra sociedad dentro de una relación asimétrica de dependencia.

A propósito de lo anterior, lo que pretende este proyecto en el fondo es que se considere al privado de libertad como un sujeto de derechos que debe ser protegido e incentivado en la inserción social y no como un súbdito de la Administración que solo tiene obligaciones. En este sentido, **no debe olvidarse que para el Derecho internacional de los DDHH la regulación penitenciaria basada en Reglamentos infringe el principio de legalidad**, toda vez que las limitaciones de derechos de las personas presas son decididas por autoridades administrativas y no por el Congreso. En efecto, el tenor literal del artículo 30 de la Convención Americana de DDHH no admite dudas en este tema, al preceptuar: “*Las restricciones permitidas...al goce y ejercicio de los derechos y libertades... no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes*”. A su turno, la Corte

Interamericana de DDHH ha interpretado el concepto “ley” en sentido formal, esto es, como norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el “Poder Ejecutivo”¹.

El segundo fundamento para abocarse al análisis de este Proyecto, es uno de índole fáctico, y que está relacionado a las condiciones carcelarias de ciertos presos, particularmente, aquellos reos ancianos y/o discapacitados y/o gravemente enfermos que, en el último año, han sufrido una progresiva y sistemática desmejora en su hábitat penitenciario, a una velocidad inversamente proporcional al “tiempo de la política”.

La doctrina penitenciaria unánimemente está de acuerdo en que no son comparables la progresividad degenerativa de un anciano enfermo en la cárcel, que la de aquel que vive en el medio libre. Estas son temáticas que han sido tratadas profusamente, a propósito del **“problema geriátrico”** al interior de las cárceles. Así, la eximia jurista argentina Aida Kemelmajer, señala que la cárcel incrementa y acelera el proceso degenerativo (de carácter físico y psicológico) que los reos experimentan de forma natural, pues “*el aislamiento, la soledad, el no ejercitar las capacidades y la autonomía propia generan más incapacidad*”. Agrega esta profesora trasandina, “*la cárcel provoca un*

¹ Al respecto, vid. Rodríguez, Gabriela. (2013), “Artículo 30. Alcance de las Restricciones”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, Christian Steiner, Patricia Uribe (coord.); Konrad Adenauer Stiftung, pp. 715-718.

Este último aspecto cobra especial relevancia cuando actualmente se discuten en sede judicial el otorgamiento de beneficios penitenciarios como por ejemplo, los de la **Ley n° 19.856 que “Crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Observación de Buena Conducta”**, y que en el caso de sentenciados por causas de DDHH, han sido denegados sistemáticamente en función de lo que establece el artículo 110 del Estatuto de Roma, aun cuando el potencial beneficiado haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos objetivos establecidos en la citada ley chilena. Así, no solo se ha producido una “derogación” tácita de una ley especial por parte de la jurisprudencia sino, además, una flagrante infracción al principio de igualdad ante la ley, estableciéndose una suerte de condenados de “primera y segunda categoría”.

Y aun cuando apelar a la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional pudiera ser admisible durante el procedimiento penal que concluye con la dictación de la sentencia, jamás lo sería en la fase de ejecución de las condenas, momento procesal en donde primaría siempre la ley especial chilena, en el ejemplo aludido, la Ley n° 19.856; **una solución jurídica que por cierto, guarda perfecta armonía con lo preceptuado en los artículos 5.3 y 5.6 de la Convención Americana de DDHH; artículos 10.1 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículos 10 y 13 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas Mayores.**

“envejecimiento mayor”, pues el encierro carcelario constituye per se un régimen degenerativo. Lo dicho excede el plano propio de la “desocialización” en tanto también provoca incidencia en el plano físico” (Kemelmajer, 2006). La literatura especializada en esta materia destaca en este sentido que quienes han cumplido un largo tiempo en prisión presentan diferencias en su estado físico con respecto a su definición cronológica, efecto que suponen desface de hasta 10 años en promedio (Gubler/Petersilla, 2006). Otros autores indican que el solo cumplimiento del régimen ordinario carcelario se encuentra plagado de “*lesiones ocultas*” que llevan a sostener que a dicho respecto “*se magnifican los dolores del encarcelamiento*” (Crawley y Sparks, 2005).

Es más, por la edad y condición de salud de los reos provectos, la sensación de abandono que experimentan se explica también porque resulta normal que los amigos y familiares se alejen, por ejemplo, porque empieza a morir a una edad avanzada, por lo que cualquier actividad que mitigue en algo ese dolor, es vista como algo deseable para la persona privada de libertad (Adams, 1994-1995, Chu, 2009, Howse, 2003, Ramírez, 2009, Abaunza, 2014).

Y por último, existe una razón de índole simbólica (y política) para aproximarse a este examen, ya que en noviembre del año 2025, fecha aproximada en que supuestamente se votaría el presente Proyecto, se cumplirán veinte años desde el emblemático **fallo “Palamara Iribarne vs. Chile”**², de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que

² Refiriéndose a este caso -en relación a las garantías procesales del antiguo sistema inquisitivo- nuestro **Tribunal Constitucional (Rol n° 2.492-13-INA, de 17/06/2014)**, señaló: **Considerando 20°:** “*En relación al derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el párrafo 145 de la CIDH/N° 135/2005 sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso. Lo anterior exige que quienes juzgan no estén involucrados en la controversia*” (Párrafo 146 de la CIDO/N° 135/2005), (...), *En cuanto al derecho a un proceso público*, el Párrafo 166 de la CIDH/N° 135/2005 nos indica que la Convención Americana, en el artículo 8.5, establece que “*El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*”. En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/N° 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que *el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) de la CADH* (Párrafo 171 de la CIDH/N° 135/2005). En esa perspectiva, *no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa* (Párrafo 178 de la CIDH/N° 135/2005); **Considerando 21°:** “*Que la evolución de estos estándares y su incorporación al ordenamiento interno es parte de una decisión del legislador. Sin embargo, en esta tarea se ha ido más lento que lo necesario, opinión que no es propia de esta Magistratura sino que de la propia Corte encargada de velar*

obligó a Chile a ajustar su legislación procesal antigua (en esta causa, el procedimiento penal de justicia militar, que se rige por el Código de Procedimiento Penal de 1906), a los estándares modernos de un sistema acusatorio, oral y público.

Así, la aprobación de este proyecto sería un significativo avance en el cumplimiento de este compromiso internacional, permitiendo que la normativa obsoleta del Código de Procedimiento Penal -al igual que lo que sucedió con el Código Procesal Penal- reciba el influjo del derecho internacional de los DDHH, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de DDHH). Así, por ejemplo, podría hacerse extensivas al primero de estos textos las garantías procesales y judiciales que consagra el segundo, y que los dos instrumentos internacionales citados garantizan de manera expresa.

El Proyecto está destinado a la población penal general, y sólo nos referiremos a las personas condenadas por causas de DDHH, porque ellas estadísticamente representan más de dos tercios del total de la población proyecta del país -y dentro de ese grupo, los más ancianos y deteriorados- y porque a diferencia de otros condenados por delitos comunes que tienen edad avanzada, su juzgamiento no ha sido realizado al alero de un sistema inquisitivo, ni sus condenas cargan con el estigma de la “lesa humanidad”.

por el cumplimiento de la sentencia Palamara Iribarne vs. Chile”; Considerando 23º: “Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este articulo tiene su correspondencia en el orden constitucional chileno a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución”. (énfasis agregado) A la fecha de hoy -y según da cuenta el propio afectado Humberto Palamara Iribarne en carta a El Mercurio (05/05/2024), a propósito de la discusión sobre las RUF- aún no existe una compatibilización de la justicia militar (procedimiento penal antiguo) con lo que debiera ser el “debido proceso”. El entonces Ministro de Justicia y DDHH Luis Cordero señaló -a propósito de esta discusión acerca de las RUF- que: “*la justicia militar no es ni imparcial ni independiente*” (La Tercera, 16/05/2024).

En el mismo sentido se han pronunciado diversos fallos posteriores de esta máxima judicatura constitucional, reconociendo: “*(...), que no puede existir incompatibilidad entre el viejo procedimiento penal con respecto a todos aquellos preceptos del nuevo Código que se ajusten a las garantías constitucionales de un justo y racional procedimiento, debiendo el juez del crimen aplicarlos sin dilación ni habilitación especiales. El desconocimiento de los derechos y garantías judiciales penales de aquellos inculpados o procesados de acuerdo al viejo sistema, importa una vulneración a los derechos esenciales de la persona, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*” (énfasis agregado) (así, p. ej. STC roles n°s. 2.902-15 de 27/12/2016; 3.285-16 de 07/11/2017, etc.).

Estos condenados adultos mayores comparten serias enfermedades crónicas o discapacidades, siendo una situación que, si bien ha sido recogida por nuestra jurisprudencia (a todo nivel), lamentablemente no ha tenido la eficacia fáctica esperada, develándose, incluso, un abierto desacato por parte de Gendarmería de Chile, que escudándose en razones presupuestarias o de otra índole, incumplen los mandatos que su Reglamento y la justicia le exige, todo lo cual -en aras al respeto irrestricto al valor supremo de la dignidad del ser humano- gatilla la necesidad de una solución definitiva a nivel legislativo, que permita materializar los principios que rigen el Derecho penitenciario.

2.- Ahora bien, no existe actualmente en el Derecho occidental una restricción jurídica o moral para que un determinado grupo vulnerable de la población penal pueda acceder a cumplir su pena fuera de la cárcel, atendiendo a los factores señalados en el punto anterior³.

No obstante, ha sido la tónica a través de los años que nuestro poder legislativo haya optado sistemáticamente por una postura contraria a lo que exige el Derecho. Diversos motivos de índole “político” se han esgrimido para fundar el rechazo a estas salidas alternativas a la pena de cárcel, los cuales podríamos circunscribir a tres ideas centrales: **delitos de lesa humanidad, búsqueda de la verdad y proscripción de la impunidad.**

3.- Estos tres conceptos surgen y cobran vida jurídica a partir de una concepción retribucionista de la pena (devolver el mal causado)⁴, apoyada en un contexto histórico

³ Vid. artículos 1, 5 inciso 2º y 19 n° 1 de la Constitución Política; artículos 1, 4.1, 5.1, 5.2, 5.3, 5.6, 11.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Principio I. Trato Humano y Principio X. Salud, de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (OEA); artículos 6.1, 7 y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 17 del Protocolo de San Salvador; artículos 3, 5, 6, 10 y 13 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; y el artículo 1 de la Ley n° 19.828 (Ley SENAMA), por mencionar algunas normas.

⁴ Se trata de una conceptualización que pretende legitimar la pena sobre la base de la justicia (el mal del delito se retribuye con el mal de la pena), fundada en la igualdad y libertad naturales de todos los hombres, prescindiendo de factores externos (preventivos), que se agota en el mantenimiento del sistema (validez del Derecho), mediante el reforzamiento de la conciencia jurídica. Un planteamiento de este tipo es falso, porque la premisa en que se sustenta es una mera metáfora, sin base fáctica. Como acertadamente señala el profesor Juan Bustos -refiriéndose al retribucionismo- “(...) *si la fundamentación es falsa, queda completamente en el vacío el planteamiento legitimador, la justicia queda sin contenido, pasa a ser una mera etiqueta impuesta desde el poder. En suma, el retribucionismo se convierte en un planteamiento*

ocurrido hace medio siglo durante el Gobierno Militar, y pese a los esfuerzos que en materia de “justicia transicional” se iniciaron el año 1991 con el Gobierno del ex Presidente Patricio Aylwin y a pesar de las innumerables causas por violaciones a los DDHH falladas en los últimos 30 años.

La aplicación de estas tres nociones y sus consecuencias en el orden jurídico-social se mantienen incólumes al transcurso del tiempo, perdurando como ideas pétreas que traspasan las capas de la institucionalidad chilena, prescindiendo de razones preventivo-especiales (pese al transcurso del tiempo y sus efectos en los reos), y finalmente posponiendo indefinidamente la materialización de la tan anhelada “justicia transicional”.

4.- El tiempo no se detuvo el año 1973, sin embargo, la ficción jurídica del secuestro permanente ha permitido sostener de manera irracional e ilógica que los criminales militares de antaño incluso hoy -presos, ancianos, enfermos o discapacitados- mantienen conductas contrarias a Derecho, favoreciendo la “impunidad”, negando a las personas

ideologizante, falseador de la realidad, cuya función es dar una apariencia de legitimidad al control penal del Estado. Poder y control penal quedan así tan perfectamente imbricados, que no es posible concebir el derecho penal como un control más, de carácter formalizado, sino que se identifica derecho penal con poder y, por eso, la relación se da entre los demás controles y el derecho penal (el Poder). El derecho penal aparece como símbolo del poder y juega un rol puramente simbólico (ajeno a la utilidad)”. (Cfr. Bustos, Juan (1995), “Aspectos filosóficos-jurídicos. Introducción”, en “Prevención y Teoría de la Pena”, Ed. Jurídica Conosur, pp. 21 y 22).

En el contexto de la crítica al retribucionismo, Winfried Hassemer dice: “Además, en este tipo de Estado «moderno» hay que conservar las conquistas que nos ha dejado la filosofía política de la Ilustración.¹⁴ Un derecho penal «postmoderno» no preventivo, conforme al cual las consecuencias del actuar del derecho penal no tienen peso —porque no pertenecen al contexto de la legitimación del derecho penal, pues la crítica, fundada empíricamente, que se formula a la realidad del derecho penal no tiene objeto, ya que esta realidad no tiene conexión con la corrección de las normas y su interpretación—, no sólo sería un retroceso histórico, sino también ético-social y político”. (Cfr. Hassemer, Winfried (1995), “Prevención en el Derecho Penal”, en “Prevención y Teoría de la Pena”, Ed. Jurídica Conosur, p. 110).

Finalmente, a este respecto, Claus Roxin nos previene: “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”. (Roxin, Claus (2007), en “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Thomson-Civitas, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, p. 137).

investigadas, procesadas y condenadas la posibilidad de defenderse en base a prueba actualmente existente en el Servicio Médico Legal (osamentas), y en los que nos interesa en este Proyecto, permitir que condenados por causas de DDHH puedan solicitar la revisión de sus sentencias; los datos que arroja el sistema jurídico penal son indesmentibles en cuanto a la cantidad de presos por causas de DDHH que han fallecido en tal calidad (por edad o enfermedad) o que están siendo investigados y procesados actualmente, o que cumplen pena (según indicamos, colmando mayoritariamente la población penal anciana de nuestro país), sin perjuicio de agregar también al análisis de esta problemática las cuantiosas indemnizaciones que el Estado de Chile -con la anuencia tácita del CDE- ha pagado a las víctimas de violaciones de DDHH.

5.- Según se indicó al principio de este Proyecto, en noviembre del año 2025 se cumplirán dos décadas desde el emblemático **fallo “Palamara Iribarne vs. Chile”**, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Chile no ha ajustado su legislación a los estándares modernos de un sistema procesal penal garantista, aun cuando no existe incompatibilidad lógica entre el Código de Procedimiento Penal de 1906 y el Código Procesal Penal de 2000.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado expresamente la compatibilidad lógica existente entre el antiguo sistema y el nuevo, particularmente, en lo que se refiere a la aplicación del principio pro reo a la hora de cautelar las garantías procesales del imputado⁵.

⁵ En cuanto a esta compatibilidad entre el sistema procesal chileno antiguo y el nuevo, el **Tribunal Constitucional (Rol n° 2.991-16-INA, de 14/03/2017)**, dijo: **Considerando 13º**: “*Que como se ha podido observar en la práctica y lo ha explicado uniformemente la doctrina, el modelo inquisitivo constituía un procedimiento de escasas garantías para el imputado ante la persecución penal ejercida por el Estado en virtud de su ius puniendi, transformando a aquel en un simple objeto de este último, es decir, de castigo. A diferencia del modelo acusatorio en el cual rigen determinados principios que permiten equilibrar el poder del Estado y los derechos y garantías del imputado.* Así resultaba evidente la absoluta disconformidad entre la legislación procesal penal del viejo modelo inquisitivo y la actual Constitución Política de la República y el reconocimiento del derecho a la igual protección de los derechos, en los términos del artículo 19 N° 3”;

Considerando 15º: refiriéndose a la disposición Octava Transitoria de la Carta y los artículos 483 y 484 del Código Procesal Penal, indica: “*esta circunstancia no podría obstar a que los jueces del crimen del viejo sistema procedural, puedan aplicar aquellas garantías del nuevo Código evidentemente más favorables para los afectados, víctimas o culpados y procesados de aquél sistema,* cuestión que el juzgador deberá armonizar con las disposiciones e instituciones de este último cuerpo legal;

Considerando 16º: en relación a la “competencia del juez del crimen”, añade como “deber”:

“comprobar que las garantías del viejo sistema pudieran resultar insuficientes para impedir la afectación de los derechos de un justo y racional procedimiento de un inculpado o procesado, no debiera tener impedimento para ponderar la aplicación de las nuevas garantías, pues, se encuentra obligado a respetar y dar cumplimiento a la Constitución, de acuerdo al mandato expreso del artículo 6º así como a las facultades de los artículos 10 y 11 del Código Procesal Penal, esto es, a adoptar las medidas y cautelas necesarias a los derechos de los imputados que no puedan ejercerlos y, asimismo, aplicar las nuevas leyes procesales a los procedimientos ya iniciados si fueren más favorables a tales sujetos; Considerando 17º: en relación al principio de igualdad, declara: “Así entendida la disposición constitucional, resulta coherente con el principio de unidad de la Constitución y los principios de razonabilidad y congruencia, pues, no podría entenderse que los derechos y garantías del debido proceso no pudiesen ser ejercidos por todas las personas, más aún cuando, como se ha expresado anteriormente, los modelos procesales difieren sustancialmente, al extremo que el modelo inquisitivo carece de la mayoría de las que contempla el nuevo Código; Considerando 18º: “Que, de acuerdo a lo precedentemente dicho, la citada disposición Octava Transitoria en nada obsta a la plena aplicación de las garantías judiciales penales del nuevo Código Procesal Penal a las causas que se estuvieren tramitando o que se pudieran iniciar con posterioridad a su entrada en vigencia por corresponder a hechos ocurridos antes de ésta. Ello es consecuencia de una garantía del debido proceso, derivado del principio pro homine e in dubio pro reo, que no podría ser eludido respecto de los casos regidos por el viejo sistema inquisitivo sin provocar una grave discriminación arbitraria, vulnerando el núcleo esencial de la igualdad ante la ley y la igual protección de los derechos, permitiendo que existan ciudadanos privilegiados; Considerando 19º: “(...), Como se comprenderá entonces, no pudiendo existir conflicto o contradicción en el mismo texto, necesariamente debe entenderse que, respecto de los inculpados o procesados por los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código, le pueden ser aplicables aquellas disposiciones más favorables que garanticen sus derechos, ya sea del sistema procesal penal antiguo o del nuevo, según califique el juez que sustancie el proceso; Considerando 20º: Que, en efecto, no puede existir incompatibilidad entre el viejo procedimiento penal con respecto a todos aquellos preceptos del nuevo Código que se ajustan a las garantías constitucionales de un justo y racional procedimiento, debiendo el juez del crimen aplicarlos sin dilación ni habilitación especiales. El desconocimiento de los derechos y garantías judiciales penales de aquellos inculpados o procesados de acuerdo al viejo sistema, importa una vulneración a los derechos esenciales de la persona, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; Considerando 21º: “(...) Asimismo, ocurre con otras normas sustantivas procesales que contemplan garantías judiciales penales, tales como la presunción de inocencia, el derecho del imputado a guardar silencio, el conocimiento previo y completo de lo obrado en la investigación y la libertad en la apreciación o valoración de la prueba; Considerando 22º: “Que, en fin, las normas del nuevo Código que pudieren ser más favorables y garantizadoras de los derechos de los imputados o procesados sujetos al antiguo sistema procedural, perfectamente podrían ser aplicadas por los jueces del crimen en la resolución de esas causas, (...) no resultaría comprensible que aquellas normas de naturaleza sustantivas, consustanciales al debido proceso, solo fueren aplicables a los hechos posteriores a la

Este menoscabo jurídico al que ha sido expuesta la mayoría de la población penal de adultos mayores se explica palmariamente a través de los Considerandos de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional contenidas en las notas al pie números dos y cinco de este Proyecto, y que dan cuenta de la total indefensión procesal en que actualmente se encuentran estas personas.

Y si a esta carencia de garantías procesales se le suma el manto de inmunidad que la apelación al concepto de “lesa humanidad”⁶ le otorga al juez, y las deplorables condiciones carcelarias de cumplimiento de condena así como la escasez de recursos materiales y humanos destinados a salvaguardar la seguridad y salud de los internos más viejos, la situación de estas personas es de una vulnerabilidad que resulta incompatible

entrada en vigencia del nuevo Código, en circunstancias que precisamente se han establecido para cautelar los derechos reconocidos a todas las personas, tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales ratificados por Chile. Considerando 23º: “Que, siguiendo con el razonamiento y fundamentación previos, el mandato constitucional del artículo 19 N° 3 relativo a la igual protección en el ejercicio de los derechos y su tutela judicial efectiva, se reconoce a todas las personas (erga omnes) y, en virtud del alcance relativo del principio constitucional de igualdad ante la ley, esto es, que ella debe aplicárseles a todos quienes se encuentran en la misma situación y, que su plena observancia importa la interdicción de toda discriminación arbitraria, no pueden existir personas ni grupos privilegiados, (...). La discriminación en el trato no podría significar otra calificación que una grave negación del principio de igualdad ante la ley e igual protección de los derechos, y, por lo tanto, la lesión de la misma Constitución Política de la República. Una situación de esta naturaleza y entidad necesariamente tendría que ser revisada ante esta Magistratura Constitucional”. (énfasis agregado)

⁶ La ley penal, en virtud del **principio de legalidad**, es la única fuente directa del Derecho penal, siendo un principio que nuestra Constitución Política consagra expresamente en los incisos 8º y 9º del n° 3 del artículo 19, y que nuestro Código Penal recoge en su artículo 18. Estas normas consagran -dentro del principio de legalidad- los **principios de tipicidad e irretroactividad**, los que, a su vez, se circunscriben dentro de un principio general del **derecho penal del hecho**.

Son justamente estos principios los que han sido soslayados por la justicia en materia de DDHH, particularmente, teniendo en consideración que la Ley n° 20.357-2009, que “Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra”, y que incorpora a la legislación interna el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, fue publicada recién el 18 de julio de 2009.

Tiene razón el jurista Carlos Künsemüller cuando señala que “(...), el divorcio entre la imposición de la pena en la sentencia y su ejecución efectiva abrió “un portillo vacío de legalidad y presto a colmarse con los ribetes discretionales de la Administración” (Künsemüller, 2005). Tal diferenciación “cualitativa”, señala la profesora María Inés Horvitz, “(...), ha permitido levantar un muro de contención y de exclusión de los principios y garantías propios del Derecho penal de un Estado democrático de derecho en la fase de ejecución penitenciaria” (Horvitz, 2016).

con la dignidad del ser humano, transformando la resocialización del reo en una quimera y la prohibición internacional humanitaria de que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, en una ¡triste y cruda realidad⁷.

6.- Con todo, según se adelantó, es durante el año 2024 que la situación carcelaria de los condenados provectos ha devenido en una especial crudeza -particularmente a raíz del **hacinamiento** que está siendo objeto el sistema penitenciario- derivando no solo en deficiencias en el cumplimiento del objetivo de Gendarmería de Chile de “*velar por la vida, integridad y salud de los internos*”⁸, sino además, ocasionando el fallecimiento de varios reos, producto de la falta de atención médica oportuna y/o por enfermedades crónicas mal cuidadas, como es el caso de accidentes cerebro vasculares o peritonitis (diagnosticados originalmente como meras cefaleas o dolores estomacales, por el personal TENS del penal), y cuyo desenlace fatal -en pleno Siglo XXI- resulta absolutamente **evitable**.

En efecto, hay tres patrones -propios de reos ancianos condenados por este tipo de causas- que el Honorable Congreso debiese tener presente al discutir el proyecto de ley que se presenta:

A.- La enfermedad crónica de la persona;

B.- La falta de atención médica individualizada;

C.- La inhumanidad básica que es objeto.

7.- Así las cosas, uno de los aspectos que indudablemente han influido en el mal estado de salud de los internos, no es solo su avanzada edad y el número y gravedad de enfermedades crónicas que padecen, sino la pérdida de toda esperanza, y **saber que morirán en la cárcel, lejos de los suyos, y muy probablemente, en la soledad de su celda, sufriendo**, padeciendo condiciones carcelarias de cumplimiento de condena que son denigrantes en esa situación de vulnerabilidad. Y si bien la culpabilidad de estas personas ha sido determinada por sentencia firme, y dictada por un órgano del Estado, no se trata de imponer un castigo draconiano cuya fuente sea un retribucionismo puro.

⁷ Cfr. los artículos 5.3 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica).

⁸ Cfr. artículo 6 inciso 3º del Decreto n° 518-1998, que aprueba “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”.

Bajo el prisma de un derecho penal liberal moderno y garantista, la pena no puede ser aplicada al margen de consideraciones preventivas, aun cuando la retribución lleve incorporada (al menos tácitamente) una finalidad de justicia en materia de DDHH.

Así, el cumplimiento efectivo de la condena -sin consideración a la edad, discapacidad y enfermedades del condenado- si bien puede ser una legítima aspiración para quienes deseen justicia en materia de violaciones de DDHH, no debería ser satisfecha -teniendo al Estado como testigo- sólo con la materialización de la muerte del reo en la cárcel, prescindiendo de consideraciones que están basadas en el respeto irrestricto de la persona humana.

8.- En este sentido, la doctrina penal liberal más autorizada del mundo, está conteste en que, en la ejecución de la pena, ya no existe prevención general (y menos retribución), sino que pasa "*totalmente a primer plano la prevención especial*", la cual pone su foco en la reinserción social del delincuente (p. ej. Muñoz Conde, 1975, Roxin, 1976, 1996, 2006, Schünemann, 1991)⁹.

⁹ La noción central de que **una “pena inútil” no es susceptible de legitimación**, ya aparece tempranamente en “*El Protágoras*”, 324 a-c , de Platón, y de ahí mismo citado por Séneca, en “*De la Ira*”: “... *nan ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur: reuaocari enim praetereita non possunt, futura prohibentur*” (Como dice Platón: ningún hombre prudente castiga porque se ha cometido una infracción, sino para que no se vuelva a cometer: no se puede eliminar el pasado, se evita lo que puede suceder en el futuro”. (Cfr. Séneca (1986), “*De la Ira*”, Trad. Enrique Otón Sobrino, Ed. Alianza, Madrid, Cap. XIX, p. 63).

Hoy en día, este principio es recogido por el Derecho internacional, así la Convención Americana de DDHH en su artículo 5.6 prescribe: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”. El juez Ricardo Pérez Manríquez, ex Presidente de la Corte Interamericana de DDHH, señaló: “*El Estado debe hacer un esfuerzo para recuperar al recluso, esa es la finalidad de la pena, y una pena que no persigue la resocialización de la persona privada de libertad, es una pena violatoria de los DDHH y contraria a la Convención Americana*” (26/04/2023, CNN Chile).

El ex Ministro de la Excma. Corte Suprema don Carlos Künsemüller, refiriéndose al principio de que la pena no puede trascender a la persona del delincuente, dijo respecto a este tipo de “pena”: “(...), que opera como un fin en sí misma, absolutamente retributiva, y en el que la debe expiar es considerado una suerte de desecho social, resultando una evidente utopía su rehabilitación”. Añade este autor más adelante, citando al profesor Manuel De Rivacoba, quien, a su vez, recoge la opinión de Karl Binding: “(...), la ejecución representa mucho más que la medición de la pena, la verdadera culminación y remate de la teoría de la pena, (...), el fin jurídico de toda pena se alcanza plenamente con la ejecución penal. **Fuera**

Estas ideas, que estos insignes autores construyen -entre otros elementos- en la dignidad del preso y su derecho inherente al ser humano de reinsertarse en la sociedad (que por cierto incluye la posibilidad de morir fuera de una cárcel), tiene recibo en contextos diversos al jurídico. Así el **Papa Benedicto XVI** dijo: “*la dignidad humana es el único capital que merece la pena salvar...*”; el Premio Nóbel de la Paz en 1986, y sobreviviente de los campos de concentración nazi, **Eliezer Wiezel**, señaló: “*Juré nunca mantenerme en silencio cuando los seres humanos soportan sufrimiento y humillación. Siempre debemos tomar parte. La neutralidad ayuda al opresor, nunca a la víctima. El silencio aliena al torturador, nunca al torturado...*”; finalmente, **Nelson Mandela** expresó: “*Privar a las personas de sus derechos humanos, es poner en tela de juicio su propia humanidad...*”.

9.- En el entendido anterior, y aplicada esta conceptualización a la situación de los reos vetustos, diremos que por ser todos personas adultos mayores, y la mayoría, de la cuarta edad (según art. 1º Ley n° 19.828 o “Ley SENAMA”), con enfermedades crónicas, y algunos terminales, no podemos señalar que la prevención general se vería vulnerada frente a una salida alternativa a la pena efectiva, como por ejemplo, una reclusión domiciliaria total, ya que sólo se trataría de una modalidad de cumplimiento de pena (solo algo menos intensiva que la cárcel) y no de un estado de libertad propiamente tal.

10.- Que, en la hipótesis anterior, la amenaza contenida en la norma penal no vería afectada su eficacia (fidelidad al Derecho), ya que la humanización de la pena sería vista como necesaria, atendida las circunstancias de los condenados, el principio *pro homine* y el hecho que la sociedad chilena de hoy no es la misma que la existía hace medio siglo atrás, y ello es un factor sociológico que conecta con el dinamismo propio que tiene el Derecho.

Así, las finalidades de **prevención general positiva**, esto es, el respeto por los bienes jurídicos fundamentales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica, no corre peligro frente a una salida alternativa a la cárcel para los reos por causas de DDHH. Por el contrario, **no existe un valor más grande en una sociedad que el respeto irrestricto a la dignidad humana**.

“de la ejecución, no hay fin de la pena, (...), siendo la regulación de la pena una parte del Derecho penal”
(Künsemüller,2016).

En lo que respecta a la **prevención general negativa**, más de 50 años transcurridos desde la comisión de los hechos por los cuales estas personas han sido condenadas, sumado a la existencia de una respuesta implacable de la justicia, con decenas de años de investigación, juzgamiento y condena, al alero de un proceso inquisitivo, carente de garantías, sin duda representa un factor disuasivo para quienes pretendan incurrir en conductas ilícitas atentatorias contra los DDHH o incluso, en verse expuestos a realizar actos -no necesariamente dolosos- que pudiesen conllevar violaciones de DDHH de la población civil (este factor se ha mostrado por ej. en la sugerencia que las FFAA han realizado al Ejecutivo este último tiempo en cuanto al no empleo de personal militar que reemplace a Carabineros de Chile o a la Policía de Investigaciones en sus labores propias de controlar el orden público dada la crisis de seguridad que actualmente atraviesa el país, y que por la falta de capacitación en esas funciones que se apartan de la naturaleza propiamente castrense, podría derivar posiblemente en acciones lesivas de los DDHH, con la consecuente responsabilidad penal para el personal de las FFAA que interviene frente a esos hechos delictuales).

Finalmente, en lo que dice relación a la **prevención especial**, existe certeza que el transcurso del tiempo -en calidad de inculpados, procesados, acusados y condenados- ha convertido a estas personas en **ciudadanos absolutamente inofensivos**.

En resumen, y **entendiendo que la pena se dirige en contra de personas y no de delitos** -por lo que no puede prescindirse en su imposición de “consideraciones humanas” del sujeto activo- por lo menos desde un punto de vista doctrinario, no existe motivo racional para que un proyecto de cumplimiento acorde a la vida biológica del interno como el que se presenta no sea aprobado por este Honorable Congreso, no solo porque desde el punto de vista retributivo no existiría impunidad respecto del delito (porque finalmente hay castigo y por el tiempo ordenado por la justicia), sino porque a su vez, estamos satisfaciendo necesidades “preventivo-especiales”, respecto de un ser humano que por edad y/o condición de salud, se encuentra vulnerable.

Con las medidas propuestas, creemos, tampoco se vulnera **el principio del hecho y el principio de proporcionalidad**, que exigen que la pena guarde una cierta relación de correspondencia con la gravedad objetiva del hecho, porque finalmente la pena es satisfecha en su totalidad por el condenado, sólo que, en un lugar distinto a la cárcel, y esto ocurre no por un simple capricho sino por razones humanitarias aceptadas en el Derecho, nacional e internacional.

En efecto, y para quienes insistan en la existencia de esta violación a los dos principios mencionados con esta solución legislativa que se propone al problema humano-carcelario existente, cabe señalar que la cuantía y naturaleza de la pena no se está determinando exclusivamente en base a la necesidad de rehabilitación o inserción social del reo -con absoluta independencia de la mayor o menor gravedad del hecho- cuestión que efectivamente pondría en peligro la consecución de dichos principios, sino que por el contrario, se está dejando a salvo este último factor, e incluso, se está soslayando la prevención especial (en casos donde la muy probable irrepetibilidad del delito y la inocuidad del delincuente anciano hacen que la pena no tenga fundamento), porque nos guste o no, por ejemplo, recluir domiciliariamente 24/7 a un adulto mayor, a un discapacitado grave o a un enfermo terminal, y que salvo por las salidas médicas (que serán estrictamente controladas por Gendarmería de Chile y la judicatura) no tienen un real y “libre” acceso al medio libre, representa igualmente un castigo bastante severo (de por vida), que al final resulta ser más cercano dogmáticamente al retribucionismo penal que a la prevención.

Por último, aceptar una salida legislativa como la propuesta, tampoco mermaría **el principio de culpabilidad**, ya que las finalidades de prevención especial -en el caso de proyectos, enfermos terminales o discapacitados graves- no exige una determinación *a priori* y con exactitud de cuánto tiempo se requerirá para “resocializar” al condenado, porque simplemente, él, por edad o condición de salud, ya está socializado, en el sentido de ser completamente inofensivo o no representar un peligro real para la sociedad.

Al margen de lo señalado, y en lo que dice relación específicamente al requisito de imposición de la pena y a la medida de la misma, para los posibles detractores de esta propuesta legislativa, debiesen -antes de esgrimir sus reparos- reflexionar en cuanto al significado de la pretensión contenida en dicha idea, en consideración a que el castigo penal y su medida no se ven alterados sino en lo que respecta a la **forma de su cumplimiento**.

11.- De igual manera, las paupérrimas condiciones carcelarias que experimentan los condenados que sufren algún tipo de vulnerabilidad (por edad o salud), y que las hacen incompatibles con su situación vital, han sido objeto de diversas acciones cautelares acogidas por nuestros tribunales de alzada -según detallaremos en el numeral quince-los que modificando la pena efectiva de cárcel por una modalidad de reclusión domiciliaria.

Otros fallos de nuestra Excmo. Corte Suprema han reconocido la vulnerabilidad de este tipo de presos, pero ahora condenados por causas de DDHH, específicamente, la inermidad de los presos de Punta Peuco y Colina I, y las reclusas del CPF de San Joaquín, acogiendo los motivos humanitarios esgrimidos por las defensas en las distintas acciones cautelares presentadas, así, por ejemplo, **SCS Rol n° 2.193-2024, de 08 de febrero de 2024; SCS Rol n° 16.535-2024, de 28 de mayo de 2024; SCS Rol n° 17.856-2024, de 10 de junio de 2024; SCS Rol n° 20.426-2024, de 09 de julio de 2024; y SCS Rol n° 249.389-2023, de 25 de septiembre de 2024.**

12.- Empero, esta jurisprudencia no ha producido una mejora real en las condiciones carcelarias de los internos, y Gendarmería de Chile -en abierto desacato- simplemente no ha cumplido con lo ordenado por la judicatura, aduciendo problemas presupuestarios. Los más perjudicados con esta situación han sido los reos más ancianos y aquellos con serias enfermedades crónicas o terminales, que han visto empeoradas las condiciones bajo las cuales cumplen su privación de libertad en el recinto carcelario.

13.- Desafortunadamente, la **inexistencia en Chile de una ley de ejecución penal**, no solo ha sido un obstáculo para la adecuada protección de los derechos de las personas privadas de libertad, sino también, para ejercer la facultad de imperio en esta materia y mejorar así las condiciones carcelarias de los reos; y aun cuando el “rol” de los jueces de ejecución lo han asumido los ministros de fuero, en materia de mejoras carcelarias, esta judicatura ha derivado el problema a Gendarmería de Chile, desincentivando, por un lado, el cumplimiento del deber estatutario de este órgano y, por el otro, gatillando la presentación de acciones cautelares por los internos. Y en lo que respecta a la discusión sobre una posible “salida alternativa”, el hecho que quien decida la suerte del condenado, sea la misma persona que lo investigó y lo juzgó, torna la sustitución de la cárcel por una reclusión domiciliaria en una fantasía, expresándose en la denegación de plano de la misma, o en su tramitación burocrática, haciéndola, por ejemplo, dependiente de una multiplicidad de oficios entre Gendarmería y el Servicio Médico Legal o entre ese órgano y los hospitales institucionales, cuyo tiempo de resolución jamás se ajusta a la duración de la emergencia médica o situación de indefensión del reo, quien en algunos casos, termina falleciendo sin haber obtenido una respuesta a su solicitud.

Eso sí, cabe mencionar que existen honrosas excepciones a esta dilación excesiva en los ministros de fuero, como la sentencia Rol n° 2.182-1998, Episodio “Jaime Eltit Spielmann”, de fecha 10 de julio de 2024, dictada por la Sra. Ministra de Fuero doña

Paola Plaza González y la sentencia Rol n° 113.969, de fecha 30 de julio de 2024, pronunciada por la Sra. Ministra de Fuero doña Cecilia Aravena López.

14.- Y en lo que respecta a la jurisprudencia de alzada, es frente a este vacío legal en la fase de cumplimiento de la pena y por la palmaria falta de recursos fiscales destinados a mejorar las condiciones de los presos, que nuestra jurisprudencia de cortes -aplicando el Derecho nacional e internacional- ha considerado expresamente la posibilidad de que reos en situación de especial vulnerabilidad, terminen cumpliendo la condena en su domicilio.

15.- Ejemplos de esta jurisprudencia de alzada, son las siguientes sentencias:

15.1.- La **Excma. Corte Suprema** sustituyó el cumplimiento de una condena de privación de libertad en régimen carcelario por un cumplimiento en modalidad domiciliaria, cuando existen circunstancias graves y excepcionales que así lo ameritan. Por ejemplo, **SCS rol n° 17.322-2024** (condenado de 48 años, cáncer de colon con metástasis en tórax y abdomen); **SCS rol n° 20.6854-2023** (mujer condenada con hijo lactante); **SCS rol n° 9.886-2024** (mujer condenada embarazada); **SCS n° 236.977-2023** (condenado que sufre de paraplejia espástica, incapacidad motora de extremidades inferiores, la falta de cuidados en recinto penitenciario le ha provocado graves escaras y e infecciones cronicadas); **SCS rol n° 87.474-2023** (condenada de 65 años que padece nefropatía diabética que requiere hemodiálisis, hipertensión severa, diabetes mellitus tipo 2, artrosis generalizada).

En el mismo sentido se han pronunciado distintas **Cortes de Apelaciones** de nuestro país: **ICA Talca rol n° 174-24**, sustituye saldo de condena por reclusión domiciliaria a mujer de 61 años portadora de tuberculosis; **ICA Rancagua rol n° 559-23**, sustituye saldo de condena por reclusión domiciliaria a hombre con cáncer y postrado a consecuencia de dicho padecimiento; **ICA Temuco rol n° 1.347-24**, sustituye la condena por reclusión domiciliaria total, respecto de un hombre de 90 años con serias enfermedades crónicas de base, **y condenado por causas de DDHH**.

15.2.- En un reciente fallo de la Excma. Corte Suprema (Rol n° 249.389-2023), de fecha 25 de septiembre de 2024, el Excmo. Tribunal -acogiendo una acción de protección de reos proyectos condenados por causas de DDHH y recluidos en el Pabellón Asistir del CCP de Colina I y que exigen atención médica de planta y una ambulancia para sus traslados en casos de urgencia, declaró: “*1.- Gendarmería de Chile deberá establecer un Protocolo para casos de urgencias médicas, que incluya dar aviso oportuno a la familia*

y posibilidades de traslado expedito. Para tal fin, podrá celebrar convenios con hospitales institucionales, centros de salud cercanos, y otras entidades.

2.- Gendarmería de Chile deberá dar estricta aplicación, en lo que fuera pertinente, a las disposiciones del Decreto Supremo N° 14 de 2010 del Ministerio de Salud sobre Establecimientos de Larga Estadía del Adulto Mayor, con respecto al Pabellón Asistir, al constituir, en la práctica, un centro de residencia de adultos mayores de tercera y cuarta edad”.

3.- Gendarmería de Chile dispondrá de la realización, en un breve plazo, de la práctica de un chequeo médico a todos los internos del Pabellón Asistir, cuyos resultados deberán consignarse en una ficha clínica creada para cada persona recluida en él, la que deberá estar actualizada mensualmente para tener presente en caso de emergencias”.

16.- La sentencia anterior consagra una verdadera “**regla de trato geriátrico**” para los reos adultos mayores, homologando el recinto carcelario a un Establecimiento de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM), existentes en el medio libre, y esto para los efectos del cumplimiento -en la especie- de sus condenas por causas de DDHH. En el fondo, lo que hace este dictamen es **evitar un “geriatricidio carcelario”, que muy probablemente -dada la avanzada edad y las condiciones de salud de muchos presos- comenzará a ocurrir a partir de este año 2025, de no tomarse en serio este fallo.**

Con todo, si bien este pronunciamiento se encuentra en armonía con el Derecho nacional e internacional, y representa un avance sustancial en el camino de mejorar las condiciones carcelarias de los reos proyectos, enfermos y discapacitados, su implementación está supeditada inevitablemente a la existencia de recursos fiscales destinados a tal objeto, y que actualmente -como es de conocimiento público y notorio- no existen. Ciertamente, todos hemos sido testigos durante el mes de noviembre de la difícil situación económica que atraviesa nuestro país y que golpea las arcas fiscales, a propósito de la discusión y aprobación de la Ley de Presupuesto el año 2024.

17.- Es por este motivo que una solución legislativa que permita desahogar las cárceles de personas respecto de las cuales -por edad y condición de salud- no existen razones preventivas para mantenerlas encerradas, desde el punto de vista de la finalidad de la pena, representa una salida válida que se percibe no solo como “humanitaria”, sino, además, como un **remedio eficiente**.

18.- En lo que dice relación a los factores “políticos” que podrían entorpecer el camino hacia una solución de esta índole, ya casi 35 años de “justicia transicional” representan

un elemento a considerar, habida cuenta que no existe en el mundo una experiencia similar a la chilena, en donde personas ancianas y enfermas todavía se van presas por delitos cometidos hace medio siglo. Las realidades de países como Alemania o Argentina, difiere diametralmente de la nuestra: en el **tipo de juicio o proceso** por estas causas de DDHH, las que son juzgadas bajo un sistema acusatorio y no inquisitivo; se distinguen también en cuanto a la **duración de la condena**, la que no supera los cinco años en promedio, a diferencia de Chile, que llega hasta el presidio perpetuo, inclusive; e igualmente se diferencian en lo relativo al **lugar de cumplimiento de condena**, privilegiándose el domicilio del condenado, en cambio, en nuestro país, sabemos que la cárcel efectiva constituye la regla general.

19.- Pero quizás el incentivo más relevante para avanzar en esta materia legislativa, es el hecho que lo que se plantea no es la impunidad, sino una forma de castigo diferente para este tipo de reos vulnerables por razones etarias y de salud, y que básicamente consiste en reemplazar la pena de cárcel por una reclusión domiciliaria total.

Esta mutación también tiene efectos positivos para el sistema procesal, favoreciendo su eficiencia en fase ejecución, lo cual tiene mucho que ver con la cantidad de acciones cautelares que se dejarán de presentar por las malas condiciones carcelarias, o por problemas relacionados a la salud de los internos ancianos. La reclusión domiciliaria representa *per se* una mejora en las condiciones de cumplimiento, y traslada la labor de cuidado a los familiares de los reos, quienes ciertamente, se preocuparán por la salud del condenado. La eficiencia también brota en este punto, ya que se traslada el costo (de cuidar al recluso) a quien puede asumirlo de mejor manera y aun menor precio. La intervención privada repercute positivamente en el “costo social” del preso.

Este cambio positivo en la forma de cumplir el castigo penal tampoco debiera afectar a las víctimas de los delitos, ya que como se indicó, no existe impunidad porque hay sanción penal, viendo igualmente satisfechas su pretensión punitiva. Existencia de castigo penal e impunidad son conceptos contrapuestos.

Y finalmente, en lo que se refiere al aspecto civil-indemnizatorio, la reclusión domiciliaria total no impide el cobro de las indemnizaciones con cargo al erario público, por lo que tanto víctimas como abogados querellantes, verán siempre cumplidas sus pretensiones monetarias. Es más, respecto de estos últimos, el hecho que el reo que cumple en su domicilio vea mejoradas sus condiciones de vida (y salud), permite una sobrevivencia mayor, lo que incide en los procesos actuales que se llevan por causas de DDHH y la posibilidad de arribar a una condena con el encartado “vivo”.

20.- Honorable Congreso, las personas beneficiadas con este Proyecto de ley en su mayoría en la década de los setenta eran jóvenes conscriptos, suboficiales u oficiales subalternos, con funciones secundarias a lo propiamente “operativo” o se trataba de personal militar carente de todo poder de mando definitorio al momento de los hechos por los cuales se les condenó y que tenían nulo o escaso conocimiento de las decisiones de sus superiores jerárquicos y que ahora, luego de medio siglo transcurrido, cumplen su pena en el cuerpo de un viejo enfermo. No se puede juzgar hoy, con los ojos del pasado, pasando por alto esta realidad humana.

La muerte digna de un preso viejo y enfermo -fuera de la cárcel- no es sólo el deber de un Estado de Derecho, sino un derecho humano básico en sí mismo, que no puede ser conculado precisamente por aquel órgano garante de la integridad física y mental de la persona privada de libertad.

Los condenados proyectos no buscan eludir la justicia. Ellos solo quieren morir dignamente, como un ser humano, ojalá junto a sus familiares, no en paz, porque ellos abjurian de sus acciones pasadas y están dispuestos a sufrir el castigo divino.

21.- Honorables senadores, no existe mejor rehabilitación social para los ancianos y enfermos condenados que recibir del Estado algo de indulgencia; con ello no solo se reafirma el valor de la esperanza, sino, además, se legitima la dignidad de la persona humana.

Hace siglos Hegel acuñó el concepto de *aufheben*, que hoy permitiría unir “conservación” con “elevación”, en una síntesis dialéctica que, aplicada al derecho penal de ejecución, permitiría la creación de un modelo (dentro del sistema penal-penitenciario) más justo, más humano y más efectivo, que combina elementos retributivos y preventivos, y que hace reverberar el concepto de justicia.

El derecho matriz para construir una buena solución legislativa a este evidente problema humano-penitenciario, ya está, y sólo falta que los parlamentarios tengan la voluntad y la razón para crearlo, y que quienes deben lealtad a ese nuevo derecho, lo apliquen, ¡nada más!

En mérito a estas consideraciones, sometemos a la aprobación del Senado de la República, el siguiente

PROYECTO DE LEY:

“Artículo primero: Principios. Los siguientes cinco principios deberán seguirse en el cumplimiento de la pena penal:

- a) la pena penal ofrece la respuesta para los responsables de hechos ilícitos culpables y tiene una función eminentemente preventiva;
- b) la prevención general o la retribución no deben tomarse en cuenta en la fase de ejecución de la pena;
- c) la vida en prisión debe ser lo más parecida posible a las condiciones generales de vida existentes en el medio libre;
- d) Los efectos dañinos del encarcelamiento deben ser contrarrestados por la autoridad penitenciaria;
- e) La ejecución de la pena deberá orientarse hacia una eventual reintegración del prisionero en la sociedad libre, incluyéndose en esta, la posibilidad de tratar adecuadamente, en tiempo y forma, su enfermedad, ya sea por el sistema público o privado, y el derecho inalienable a recuperar la salud, y si ello no fuese posible, a morir fuera de la cárcel.

Artículo segundo: Suspensión de la pena. El Tribunal, deberá a petición de parte o de oficio disponer la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, y mientras dure el impedimento:

- a) Al condenado que presente una enfermedad mental;
- b) Al condenado que padezca otras enfermedades, cuando fuese de temer un peligro próximo por la ejecución en la cárcel para la vida del condenado;
- c) Al condenado que se encuentre en un estado físico incompatible con la ejecución en la cárcel o con la organización o infraestructura del establecimiento penitenciario.

Artículo tercero: El Tribunal, deberá a petición de parte o de oficio disponer el cumplimiento de la pena penal impuesta en una modalidad de reclusión domiciliaria total, por el tiempo que reste de condena:

- a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario, por cualquier motivo, le impida recuperarse o tratar adecuadamente su enfermedad crónica;
- b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) Al interno mayor, cumplido 80 (ochenta) años o más, como resultado de la suma de su edad real, más los años que efectivamente ha estado privado de libertad en un recinto penal, teniendo una edad mínima de 70 (setenta) años.

Artículo cuarto: Para el objeto de cumplir con lo dispuesto en los artículos anteriores, el Tribunal deberá a petición de parte o de oficio acompañar al proceso los antecedentes médicos que certifiquen la enfermedad, discapacidad o deterioro físico y mental que justifiquen la suspensión de la pena o la sustitución de la misma por la pena de reclusión domiciliaria total, los que deberán comprender aquellos emitidos por el Ministerio de Salud; así como los antecedentes que acrediten el aplazamiento transitorio de la pena o la sustitución de la misma, en el caso de la letra d) del artículo cuarto.

La reclusión domiciliaria total importa la privación total de libertad en el domicilio del interno, y con las condiciones que establezca el Tribunal, y bajo el monitoreo constante de la autoridad penitenciaria, sin perjuicio de las autorizaciones que a petición de parte o de oficio, se otorguen para que el interno acuda a sus controles médicos, y dejando siempre a salvo los casos de urgencia médica vital, las que deberán ser informadas al tribunal al día siguiente hábil de ocurrido el infortunio.

Mientras dure la reclusión domiciliaria total, será también competente para conocer en los términos de los artículos 10, 95 y 466 del Código Procesal Penal, el Juzgado de Garantía correspondiente al domicilio del interno.

La resolución acerca de la concesión, denegación o revocación de cualquiera de las medidas contempladas en los artículos segundo y tercero de esta ley, será apelable en ambos efectos, dentro del plazo de cinco días. El recurso gozará de preferencia para su vista y fallo”.