



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**RÉGIMEN PUNITIVO PARA ANCIANOS, ENFERMOS TERMINALES Y PERSONAS QUE
PADECEN ENFERMEDADES GRAVES, CRÓNICAS E INCURABLES. DERECHO
INTERNO Y COMPARADO.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

SUSANA ANDREA CASTRO PÉREZ

Profesor guía: Javier Arévalo Cunich

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO PRIMERO. NOCIONES PRELIMINARES.	9
1. La Pena.....	9
2. Los Fines de la pena.	10
2.1. Teorías Absolutas o “retribucionistas”.....	11
2.2. Teorías Relativas o “prevencionistas”.....	12
2.2.1. Prevención general negativa o intimidatoria.	12
2.2.2. Prevención general positiva o integradora.	13
2.2.3. Prevención especial o “individual”.	14
3. Las penas privativas de libertad en Chile.....	15
4. Sistema penitenciario chileno.....	17
4.1. Normativa aplicable.	17
4.2. Caracterización del sistema de cárceles: Sistema cerrado, semi abierto y abierto.	18
4.3. Progresividad y Modelo general de tratamiento penitenciario.....	19
5. Principios informadores del sistema penitenciario chileno.	21
5.1. Principio de reinserción o resocialización.....	21
5.2. Principio de legalidad.....	24
5.3. Principio de proporcionalidad.	26
5.4. Principio de control jurisdiccional.	28
5.5. Principio de humanidad.....	29
CAPÍTULO SEGUNDO. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y SITUACIÓN ACTUAL DE ANCIANOS Y ENFERMOS EN EL RÉGIMEN CARCELARIO. 32	
1. Evolución de los Sistemas Penitenciarios.	32
1.1. De la Prisión como medida cautelar a la prisión como pena.....	32
1.2. Humanización del sistema penitenciario.....	33

2.	Situación y problemas actuales de los ancianos y enfermos en el régimen carcelario.....	35
2.1.	Hacinamiento.....	35
2.2.	Problemas de acceso a la salud.....	39
2.3.	Violencia.....	45
2.4.	Exclusión social.....	47
CAPÍTULO TERCERO. NORMATIVA VIGENTE E INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN LA MATERIA.....		52
1.	Legislación Nacional.....	52
1.1.	Situación de ancianos.....	52
1.2.	Situación de enfermos terminales.....	53
1.3.	Situación de personas que padecen enfermedades graves, crónicas e incurables.....	55
1.4.	Beneficios penitenciarios y libertad condicional.....	55
1.5.	Amnistía e indulto como medios de enfrentar el problema.....	58
2.	Instrumentos internacionales.....	60
2.1.	Ancianos.....	60
2.1.1.	Tratados internacionales.....	60
2.1.2.	Guías Internacionales.....	63
2.2.	Enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables. 65	
2.2.1.	Tratados internacionales.....	65
2.2.2.	Guías Internacionales.....	66
3.	Proyectos de ley en la materia.....	68
3.1.	Permite la aplicación de la libertad vigilada intensiva por motivos humanitarios a favor de personas condenadas gravemente enfermas (Boletín N° 10.740-07).....	69
3.2.	Modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores (Boletín N° 10745-07).....	70

3.3. 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 (Boletín N° 10746-07).	71
3.4. 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 (Boletín N° 11.020-07). 71	
3.5. 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 (Boletín N°11024-07).	72
3.6. Modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad (Boletín N° 11.569-07).	73
3.7. Regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica (Boletín N° 12.345-07).	75
CAPÍTULO CUARTO. SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO.	77
1. Soluciones en Latinoamérica.	77
1.1. Argentina.	77
1.2. Brasil.	79
1.3. Uruguay.	79
2. Soluciones en Europa.	80
2.1. España.	80
2.2. Alemania.	82
CONCLUSIÓN.....	84
BIBLIOGRAFÍA.....	89

RESUMEN

El presente trabajo realiza un acercamiento desde una mirada humanitaria al régimen punitivo de ancianos, enfermos terminales y enfermos que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables, tema que no ha recibido la suficiente preocupación del legislador, siendo prácticamente inexistentes las normas que se refieran a la situación particular de estos grupos. En condiciones que constituyen la población penal más vulnerable, pues presentan necesidades más complejas que el resto de la población penal, que en la práctica no son ni pueden ser satisfechas al interior de los establecimientos penitenciarios, y son susceptibles a vivir de manera más intensa los problemas típicos de estos, como la violencia o exclusión, entre otros, todo lo cual contribuye a generar un deterioro físico y mental, sufrimientos adicionales que transforman la pena a su respecto en desproporcionada e inhumana.

Por ello, se pretende analizar los problemas que viven estos grupos al interior de las cárceles, las deficiencias del derecho interno en la materia y algunas soluciones dadas en el derecho comparado. Particularmente, aquellas legislaciones que contemplan una liberación compasiva, en tanto, los fines de la pena por lo general ya no son posibles, esta solución tiende a garantizar la dignidad al condenado y parece ser la medida más viable a corto plazo para el Estado en términos económicos.

INTRODUCCIÓN

Como es conocido, con posterioridad a la segunda guerra mundial se ha producido un auge por la preocupación respecto de los derechos humanos, que ha permeado el derecho penitenciario, trayendo consigo una mayor preocupación por la dignidad de la población penal, lo que ha significado a nivel internacional la dictación de diversos instrumentos que fijan condiciones o reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, incluyendo algunas reglas o principios referidos a la población que se encuentra en un estado de salud deficiente. Destaca la reciente dictación en el año 2015 y posterior ratificación por el Estado de Chile el año 2017 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Nos encontramos en una época en que la prisión ya no debiera ser una máquina para imponer tormentos y en que diversos instrumentos prohíben los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Nuestro país, reconoce la dignidad de la persona humana, y el respeto y protección de los derechos humanos como uno de los principales fundamentos y bases de nuestra institucionalidad y del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que no resulta extraño que nuestra Constitución Política de la República reconozca en su Artículo 1° que: *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

Es debido a esto que, como consecuencia de lo antes señalado, y en consonancia con las tendencias internacionales y los tratados ratificados y actualmente vigentes, se ha avanzado en la protección de ciertos grupos vulnerables, como la protección de los adultos mayores, legislando respecto del maltrato a estos, mediante la Ley N° 21.013. Mientras que para la protección de los enfermos, existe 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. No obstante lo anterior, estas leyes fueron pensadas para la población común, y no para la población penitenciaria, menos para condenados reos rematados a condenas de mayor cuantía, por lo que no son tratadas las necesidades y exigencias propias de ciertos grupos, como los tratados en este trabajo, es decir, personas ancianas, enfermos terminales, y personas gravemente enfermas. Situación que se explica en el hecho de que son vistos como algo ajeno, como un otro, de manera que en la práctica son vulnerados los derechos antes esbozados para estos últimos. La violencia y abandono de un adulto mayor, las exigencias de tratamiento médico respecto de un enfermo terminal pueden despertar el descontento colectivo, no obstante aquello, día a día ancianos y enfermos padecen penurias al interior de las cárceles sin encontrar eco, o un pronunciamiento al respecto.

Tradicionalmente la población penal ha sido una preocupación secundaria para el legislador y para la ciudadanía, para la generalidad de la población es más importante aumentar las penas, acortar los plazos de los procedimientos, no obstante lo que ocurre después de la condena no merece mayores reparos, cuestión que se evidencia por ejemplo en la falta de una ley de ejecución penal y en la consecuente “administrativización” de la fase de ejecución de las penas. De modo que no sorprende que nuestro ordenamiento jurídico, apartándose de naturales consideraciones de naturaleza humanitaria, no contemple una regulación especial para los condenados ancianos, enfermos terminales y personas que padecen enfermedades graves, crónicas e incurables.

Así las cosas, la situación que enfrentan día a día los reclusos, y, particularmente, en el caso de los ancianos y enfermos privados de libertad demanda una regulación específica y genera una serie de cuestionamientos respecto de la idoneidad de las cárceles chilenas para mantener a la población más vulnerable, dudas en torno a los fines de la pena, pues aun si reformáramos el sistema carcelario ¿qué sentido tendría mantener a un anciano o a un enfermo en prisión hasta el fin de sus días?; el Estado puede hacerse cargo de alguna manera de mantener a un ser humano condenado a estar privado de libertad, pero ¿ha de fallecer preso?; no sería acaso desvirtuar el fin mismo de la pena privativa de libertad, y en el caso de estudio llevarla hasta las últimas consecuencias. Este análisis implica el respeto del efectivo del cumplimiento de los principios que permean todo el derecho penal y que, por lo tanto, alcanzan al derecho penitenciario, especialmente respecto de la proporcionalidad y humanidad.

Por lo que el objetivo de este trabajo será analizar las deficiencias del derecho interno en cuanto al régimen punitivo para ancianos, enfermos terminales y personas que padecen enfermedades graves, crónicas e incurables, en tanto grupos particularmente vulnerables y las soluciones dadas en el derecho comparado. Particularmente, aquellas legislaciones que contemplan una liberación compasiva.

De esta manera, el presente trabajo se estructura en cuatro capítulos y un apartado dedicado a las conclusiones que se extraen de los mismos, en este sentido de ideas, podemos señalar que:

El capítulo primero titulado “Nociones Preliminares” abordará aspectos generales en relación a la pena y el sistema penitenciario chileno, y desarrollará los principios informadores del sistema penitenciario chileno, concretamente, la resocialización, legalidad, proporcionalidad, control jurisdiccional y humanidad.

Por otra parte, el capítulo segundo titulado “Evolución de los sistemas penitenciarios y situación actual de ancianos y enfermos en el régimen carcelario”, se dividirá en dos secciones, la primera se abocará a la evolución de los sistemas penitenciarios, mostrando el paso de la prisión como medida cautelar a la prisión como pena propiamente tal, tras la superación de los suplicios, y el proceso de humanización de los sistemas penitenciarios a partir del siglo XVIII. Mientras que la segunda sección, abordará la situación y principales problemas de los ancianos y enfermos en el régimen carcelario, identificados como el hacinamiento, problemas de acceso a la salud, violencia y exclusión social, para lo cual se utilizarán una serie de informes emitidos por universidades, organismos nacionales e internacionales, y se evidenciará cómo esto implica una vulneración a los tratados internacionales pertinentes.

Respecto de capítulo tercero titulado “Normativa vigente e iniciativas legislativas en la materia”, se dividirá en tres secciones, en la primera relativa a la legislación nacional, se revisará por separado la legislación aplicable a ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables. Además, se expondrá brevemente por qué los beneficios intrapenitenciarios, libertad condicional e indulto no son la solución adecuada para ellos.

La segunda sección, relativa a instrumentos internacionales, examinará los tratados y guías internacionales aplicables a ancianos, con un énfasis en lo señalado por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, para luego realizar el mismo examen respecto de los enfermos, como un grupo general.

Y la tercera sección, servirá para analizar los proyectos de ley más recientes en la materia, presentados desde el año 2016 a la fecha (Boletines número 10.740-07, 10.745-07, 10.746-07, 11.020-07, 11.024-07, 11.569-07 y 12.345-07).

Luego, el capítulo cuarto titulado “Soluciones en el derecho comparado”, efectuará una revisión de legislaciones extranjeras que contemplan vías para la liberación compasiva de los grupos objeto de este trabajo. Para esto, se divide en dos secciones, en primer lugar, una relativa a países latinoamericanos, en la cual se revisará la situación de Argentina, Brasil y Uruguay, y, en segundo lugar, una relativa a la legislación europea, donde se revisará el caso de España y Alemania.

Finalmente, se expondrán las conclusiones obtenidas a lo largo del desarrollo de este trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO. NOCIONES PRELIMINARES.

1. La Pena.

La estructura de la norma penal encierra una expectativa respecto a la intervención del Estado en el supuesto de que la norma llegara a ser violada. En el caso de que aquella situación se produjese el mecanismo estatal pondría en movimiento sus mecanismos de ejecución y podría (eventualmente) imponer una pena. Dicha pena es ajena a la norma, ella está referida a los comportamientos lesivos de bienes jurídicos y por lo tanto se produce un efecto disvalorativo socialmente, por lo que la sanción penal es la consecuencia de la infracción de las normas penales que protegen precisamente bienes jurídicos de relevancia social.¹

A nivel legal, nuestra carta fundamental y Código Penal no se preocupan de definir el concepto de pena, lo que conduce a formular definiciones mediante el análisis de una serie de normas y principios que permean el Derecho Penal, por ejemplo, tras la lectura del Artículo 1º, inciso primero del Código Penal que señala que “*Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”, se concluye que la pena es la consecuencia jurídica del delito.

En doctrina las teorías de la pena han intentado responder la pregunta ¿qué es la pena? sin gran éxito, acercándose mayormente al problema la teoría retributiva, mientras que las preventivas han tendido a eludir el problema, refiriéndose a los fines de la pena misma. Así, a su turno GROCIO señaló “*Poena est malum passionis, quod inflingitur propter malum actionis*”² GARCÍA-PABLOS manifiesta que “*Conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional al que ha cometido un delito*”³. En un intento de dar una definición que comprenda ambos puntos de vista, JESCHECK Y WEIGEND señalan que “*La pena es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imposición de un mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del Derecho. Además, la pena debe desarrollar para el autor mismo un efecto positivo, puesto que aquella debe favorecer su socialización o, por lo menos, no debe obstaculizarla*”⁴.

¹ Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (Madrid: Editorial Trotta, 2006), 58.

² Hugo Grocio, *De iure belli ac pacis*, Libro II, Capítulo XX, 1.1.

³ Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2009), 189.

⁴ Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Granada: Comares 2002), 14.

Así también, en nuestro país, ETCHEBERRY entiende por pena “*la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión*”⁵.

BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL hacen notar que si bien es cierto que la pena es un mal o expresión de la coerción estatal, no es una respuesta al problema del concepto de pena porque con ello no se agota su contenido ni se da el real significado de la pena. Para ellos, la respuesta solo es posible en la medida en que se plantee claramente la insolubilidad absoluta entre Estado y pena, de modo que la pena aparezca como un instrumento de aseguramiento del Estado. Pues con ella el Estado reafirma su existencia, se autoconstata de forma general y simbólica dentro de la relación social. Así, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger el sistema social, proteger los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado, la fuente de validez de la pena es la protección de bienes jurídicos.⁶ Sin embargo, en un Estado democrático existe posibilidad de revisión crítica de los bienes jurídicos, la pena validada por la protección de bienes jurídicos no se convierte en un principio absoluto, sino en posibilidad constante de revisión democrática del sistema penal.⁷

2. Los Fines de la pena.

El fundamento y el fin de la pena ha sido objeto de diversas y extensas discusiones teóricas dentro de la dogmática penal, generándose diversas teorías que, en el fondo, buscan legitimar el derecho penal, justificando mediante explicaciones racionales la imposición del castigo que puede afectar tanto el patrimonio, la libertad o la vida. Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y relativas de la pena.

Como adelanto, se señala que las teorías absolutas de la pena parten de un axioma en particular, que corresponde a valores absolutos anteriores a la existencia misma del hombre, como la justicia, de manera que la pena buscaría alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho. Mientras que las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención, no hacen uso de elementos trascendentes filosóficamente para obtener la legitimización del castigo y lo fundamental en la utilidad concreta de la pena.⁸

⁵ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General Tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 30.

⁶ Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 68.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., 58.

2.1. Teorías Absolutas o “retribucionistas”.

En este sentido las teorías llamadas así absolutas se manifiestan en diferentes formas de pensamiento, que en su contenido esencial entienden que la pena es una retribución. HEGEL parte de la premisa de que la pena es “la negación de la negación del derecho”, es decir, en la medida en que esta negación de la negación se transforma en afirmación, con la pena se lograría afirmar el derecho que ha sido negado con la comisión del delito por el agente. En este mismo sentido de cosas, el derecho cumple un rol retributivo y restaurador.⁹ Así las cosas, CURY señala al respecto que *“la concepción retributiva, sobre todo en sus formas ortodoxas, tiene una marcada tendencia moralizante que parece impropia de la misión confiada al ordenamiento jurídico. En esto acusa, sin duda, su origen religioso. Sobre esta base, sin embargo, la pena retributiva difícilmente puede justificarse; para hacerlo es necesario atribuirle alguna finalidad social práctica que, claro está, no puede ser, como quería HEGEL, la de honrar al delincuente en cuanto ser racional”*¹⁰. En definitiva el fundamento mismo de la pena para HEGEL será afirmar la vigencia del derecho, la pena es por tanto una consecuencia racional y justa frente a la desvaloración llevada a cabo por la actuación de quien trasgrede la norma y delinque. Asimismo, para él uno de los fundamentos de la pena es el carácter jurídico de la misma, en consecuencia, el comportamiento contrario a la norma no sería una pauta de conducta que se ha de seguir en un futuro, si no que éste (comportamiento) se ha de marcar por las normas.¹¹

En contraste, para KANT la pena tiene una fundamentación ética, la pena es la retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. De esta manera el agente que realiza el delito es el autor culpable que hace mal uso de aquella libertad y se hace, por tanto, merecedor de la pena. Ahora bien, esta pena debe ser justa, proporcional al injusto causado con la comisión efectiva del delito, y siendo un imperativo de justicia debe ejecutarse siempre y en su totalidad. Por lo demás, la pena necesariamente ha de partir de un axioma efectivo y determinado, y es que el agente infractor sea un sujeto capaz de decidir libremente entre lo bueno y lo malo. Y, si la pena ha de ser expresión del derecho y no pura demostración de la fuerza del Estado, necesariamente ha de lograr motivar al individuo a actuar conforme a la misma.¹²

⁹ Ibid., 59.

¹⁰ Enrique Cury Urzua, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile: Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Octava edición, 2005), 67.

¹¹ Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 59.

¹² Ibid., 59 – 60.

Ahora bien, siguiendo a CURY *“antes de enjuiciar estas teorías es preciso recordar que, como puntualiza WELZEL, ellas deben entenderse como posiciones contrarias a las teorías de la pena desarrolladas por el derecho natural profano y en el periodo de la ilustración, y por esta razón solo pueden ser explicadas “desde este trasfondo histórico y desde su propio sistema”. De otra manera, uno se expone a emitir un juicio ahistórico sobre ellas (...)*¹³

2.2. Teorías Relativas o “prevencionistas”.

Las teorías relativas o “prevencionistas” de la pena abandonan las consideraciones filosóficas como la realización de la justicia o afirmación del derecho de las teorías absolutas, para ellas derecho penal se justificaría en base a razones sociales, políticas y jurídicas, y en un último término por su utilidad para la sociedad. La pena es vista como un instrumento para prevenir la criminalidad, para controlar la delincuencia.

Como indican BULLEMORE y MACKINNON, *“las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad social de la pena. Si este fin consiste en intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una “teoría” preventivo-especial o individual de la pena”*¹⁴

2.2.1. Prevención general negativa o intimidatoria.

La teoría de prevención general negativa pretende evitar la comisión de delitos a futuro mediante una intimidación o coacción psicológica a la colectividad. Para FEUERBACH, *“el objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas”*¹⁵, pues *“todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir,*

¹³ Cury Urzua, *Derecho Penal. Parte General*, 66.

¹⁴ Vivian R. Bullemore y John R. Mackinnon R., *Curso de Derecho Penal Tomo I Parte General* (Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, segunda edición, 2007), 137.

¹⁵ Anselm. V. Feuerbach, *Tratado de derecho penal*. Traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007), 53.

ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”¹⁶.

Sin embargo, merece múltiples reparos, por ejemplo, los efectos preventivos generales de la pena no son comprobables empíricamente y la prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución, que es la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre. Además, existen otros elementos que ponen de manifiesto la incompatibilidad de la Prevención General con el Estado Social y Democrático de Derecho. Así, resulta cuestionable la utilización de una coacción psicológica, el miedo y la instrumentalización de la persona, que demuestra que la prevención general no ha podido superar la crítica referida a la utilización de la persona como medio para la consecución de un fin. Desde una perspectiva de garantías, el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones, de manera que una pena que genere el terror penal en la población podría decantar en una especie de autoritarismo político criminal. Ahora bien, sobre el pensamiento de la real utilidad en el sentido de eliminar los hechos futuros, se debe reconocer que respecto de ciertas penas (como la pena de muerte) o ciertos delitos (delitos desde posiciones de poder) no hay efecto preventivo alguno.¹⁷

2.2.2. Prevención general positiva o integradora.

Esta teoría constituye un intento superador de las críticas formuladas a la prevención general intimidatoria o negativa. Para este sector de la doctrina la evitación de delitos no debe buscarse sólo a través de la intimidación, sino también mediante la afirmación del derecho. Se persigue la estabilización de la conciencia del derecho.

Para JAKOBS la función de la pena es la prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma. Este autor plantea, grosso modo, que la pena es una reacción ante la infracción de la norma. Mediante la pena el Estado quiere poner de manifiesto que los ciudadanos deben observar y respetar la norma. Así las cosas, el infractor debe soportar el coste que siempre será la pérdida de un bien, por la perturbación que ha provocado al haber infringido la norma. De esta manera para JAKOBS, la pena es necesaria para eliminar la perturbación, y se trata de demostrar que la norma está vigente y estabilizar la norma lesionada.¹⁸

¹⁶ Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, 52.

¹⁷ Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 61 – 62.

¹⁸ *Ibid.*, 63.

Sin embargo, la prevención general positiva parte de una presunción absoluta, esto es, la capacidad motivadora de la norma. Cuestión que presupone una indemostrabilidad empírica, la consideración de una racionalidad absoluta libre en el hombre y la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos y motivables por la norma penal, por lo que no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria, donde la prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del derecho. Tampoco logra superar las objeciones que ponen de manifiesto su incompatibilidad con el Estado social y democrático de derecho, como la manipulación del hombre.¹⁹ Finalmente, la postura de JAKOBS se distingue por su estricto normativismo frente al cual no tiene otro remedio que someterse. Desde este punto de inicio la crítica se hace palmaria. En este contexto de sometimiento a la norma, el ser humano llega a perder su calidad de persona y también su calidad de ciudadano para transformarse en un súbdito de un ente abstracto como es la norma. Esta concepción normativa pierde de vista que el sistema normativo no es una verdad revelada de la nada al hombre, sino que es producto de sus circunstancias históricas, lo que implica que aquellas (normas) son petreas o inmutables, por lo que son susceptibles de revisión constante, tal como la vida del ser humano en sociedad.²⁰

2.2.3. Prevención especial o “individual”.

Esta idea debe su consolidación fundamentalmente a VON LISZT, y plantea que la prevención no debe dirigirse a la sociedad sino que al individuo, al propio penado, para evitar que vuelva a infringir la norma penal a futuro. En palabras de BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL, prevención especial significa *“intervención específica en la persona del delincuente. Para ello es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para si es posible corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos, y si no lo es, para inocuizarlos”*²¹. O sea, prevención especial positiva (resocialización) o prevención especial negativa (inocuízación).

Estas teorías se caracterizan por una visión antropológica distinta a la de las teorías clásicas, de la retribución, y de la prevención general. Si para estas el hombre es un ser libre e igual por naturaleza, para la prevención especial el hombre no es libre, y el delincuente tampoco, no es un ser igual, ya que

¹⁹ Ibid., 63 – 64.

²⁰ Ibid., 64.

²¹ Ibid., 65.

está determinado en sí a cometer delitos, es un ser defectuoso, un peligro para sociedad, un anormal respecto del cual la sociedad debe defenderse.²²

Así las cosas, señala CURY que *“Con arreglo a ese punto de vista, el cometido de la pena es resocializar al delincuente, actuando sobre él la para conseguir que se adapte a las exigencias de una convivencia organizada y, cuando ello no es posible, neutralizándolo a fin de proteger a la sociedad. Por esta razón, es preciso despojarla de connotaciones punitivas, substituyéndolas por reeducación, terapia y formación laboral. Así, la pena ya no es castigo, sino tratamiento”*²³

Ahora bien, la teoría de la prevención especial resulta ser un avance atendido a que pone el acento en el hombre en particular, considerando sus particularidades, características y no en un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva, y la de prevención general, despojando a la pena de su carácter moralizante. No obstante, al igual que a la prevención general, se le critica la instrumentalización del hombre para los fines del Estado, con la diferencia que aquí la cosificación y no respeto por la dignidad de la persona se acentúa aún más, puesto que al dirigirse a un ser humano real las posibilidades de manipulación son aún mayores.²⁴ Además, en muchas ocasiones el infractor está perfectamente socializado por lo que no necesita ser reinsertado o no es susceptible de tratamiento (como los incorregibles). Cabe asimismo cuestionarse en qué sociedad se habrá de reinsertar el delincuente, toda vez que es palmario observar que la comunidad organizada no es homogénea, y que hay diversidad cultural en las distintas sociedades. Todo lo cual redundaría en que en un Estado democrático de derecho, la teoría de la prevención especial resulta paralizante.²⁵

Finalmente, desde el punto de vista práctico la prevención especial requiere la utilización de grandes cantidades de recursos económicos, lo que resulta ilusorio en países que no gozan de una gran economía o de un desarrollo en social educativo de relevancia. Esto redundaría en que el tratamiento cuando se lleva a cabo queda reducido a un pequeño grupo de sujetos, y aun respecto de ellos queda duda en la relación a su eficacia.²⁶

3. Las penas privativas de libertad en Chile.

²² Ibid.

²³ Cury Urzua, *Derecho Penal. Parte General*, 68.

²⁴ Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 65.

²⁵ Ibid., 65 – 66.

²⁶ Ibid., 66.

De acuerdo ETCHEBERRY las penas privativas de libertad son aquellas que producen la pérdida de la libertad personal, especialmente bajo su aspecto de libertad ambulatoria o de desplazamiento²⁷, mediante el ingreso del condenado en un recinto del cual no puede salir y dentro del cual debe observar un determinado régimen de vida y a veces de trabajo obligatorio. De ahí que también éstas se denominen “penas de encierro”.²⁸

En nuestro país, son de esta clase las penas de presidio, reclusión y prisión, en cuanto a su duración se clasifican en indivisibles (presidio y la reclusión perpetuas) y divisibles (las demás), siendo las últimas también temporales. El presidio y reclusión, como penas temporales, pueden durar de sesenta y un días a veinte años, y se dividen en presidio y reclusión mayores y menores, los que a su vez se dividen en tres grados. Por otra parte, la prisión, puede durar de uno a sesenta días y también se divide en tres grados. Además, como modalidad especial de cumplimiento de estas penas, se da el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.

Las penas de reclusión y presidio se diferencian de acuerdo al Artículo 32 del Código Penal en que *“La pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal. Las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno.”* En concordancia con aquello, el Artículo 89 del mismo código dispone que *“Los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal (...)”*, con la excepción de aquellos condenados que deban indemnizar al establecimiento por los gastos que ocasionen o que tengan responsabilidad civil emanada del delito, quienes estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento. Sin embargo, esta distinción basada en trabajo carece de aplicación en la actualidad debido a que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios vigente establece un régimen penitenciario común. Además, de acuerdo a los Artículos 27, 28, 29 y 30 del Código Penal, las penas de presidio y reclusión llevan consigo, según su grado, otras accesorias, que consisten básicamente en la privación de derechos como por ejemplo la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos.

La pena de prisión a su vez constituye otra pena de encierro de menor duración que la reclusión, que no impone trabajo alguno al condenado. Y de acuerdo al Artículo 30 del Código Penal lleva como pena accesoria la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

²⁷ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 151.

²⁸ *Ibid.*

4. Sistema penitenciario chileno.

4.1. Normativa aplicable.

El tratamiento penitenciario se encuentra disgregado en una multiplicidad de normas de distinto rango, entre las que podemos mencionar:

- I. Código Penal.
- II. Código de Procedimiento Penal.
- III. Código Procesal Penal.
- IV. Ley Orgánica de Gendarmería.
- V. Decreto Ley N° 321 de Libertad Condicional, de 12 de marzo de 1925.
- VI. Reglamento de la Libertad Condicional N°2.442, de 26 de noviembre de 1926.
- VII. Ley N° 18.216, que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala.
- VIII. Decreto Ley N° 409 de 18 de agosto de 1932, que establece normas relativas a reos.
- IX. Decreto Supremo N° 542 de 27 de abril de 1943, que crea el Patronato Nacional de Reos
- X. Decreto Supremo N° 518 sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, de 22 de mayo de 1998.
- XI. Entre otros.

De las normas antes señaladas, la más importante, debido a su completitud es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que opera como cuerpo orgánico basal o central de la temática, equivalente a una “Ley general penitenciaria”²⁹, sin embargo, al encontrarse consagrado a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, se ha generado una serie de críticas de orden constitucional, en particular, el no respeto del principio de legalidad y cuestionamientos respecto de la efectiva protección de los derechos fundamentales de los internos, que sí existe en otros países. A lo que se puede sumar las críticas por la inexistencia en Chile de la figura de los jueces de vigilancia penitenciaria o jueces de ejecución de penas, presentes en el derecho comparado, por ejemplo en España. Todo lo cual revela el poco interés que ha tenido el legislador en la situación de la población

²⁹ Raúl Carnevali y Francisco Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad,” *Ius et Praxis* 19 no. 2 (2013), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200012> (Consultado el 20 de diciembre de 2018), 390.

penitenciaria, que como se tratará en el capítulo segundo, presentan una serie de problemáticas al interior de los establecimientos penales que lo coloca en una particular posición de vulnerabilidad.

4.2. Caracterización del sistema de cárceles: Sistema cerrado, semi abierto y abierto.

El sistema penitenciario chileno contempla tres subsistemas que forman parte de Gendarmería: cerrado, semi abierto y abierto, los cuales se revisarán a continuación.

Sobre el subsistema cerrado, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone en su Artículo 29 que *“En los establecimientos de régimen cerrado los principios de seguridad, orden y disciplina serán los propios de un internado. Estos principios deberán armonizar, en su caso, con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos. Se cuidará especialmente la observancia puntual del horario, de los encierros y desencierros, de los allanamientos, requisas, recuentos numéricos y del desplazamiento de los internos de unas dependencias a otras. Por razones de seguridad, podrán ser intervenidas o restringidas las comunicaciones orales y escritas. Todas las actividades serán programadas y/o autorizadas y controladas por la Administración Penitenciaria.”* Es decir, corresponde a todos aquellos internos privados de libertad, ya sea que se encuentren en calidad de detenidos, procesados o imputados, o bien en calidad de condenados privados de libertad.³⁰

Por su parte, en relación al subsistema semi abierto, el reglamento en su Artículo 30 señala que *“Los establecimientos de régimen semi-abierto se caracterizan por el cumplimiento de la condena en un medio organizado en torno a la actividad laboral y la capacitación, donde las medidas de seguridad adopten un carácter de autodisciplina de los condenados. Estos establecimientos se caracterizan por el principio de confianza que la Administración Penitenciaria deposita en los internos, quienes pueden moverse sin vigilancia en el interior del recinto y están sujetos a normas de convivencia que se asemejarán a las del medio libre.”* En síntesis, considera a las personas condenadas a una pena privativa de libertad que han accedido a su cumplimiento en semi libertad en alguno de los 21 Centros de educación y trabajo.³¹

³⁰ María Soledad Larenas y Lizette García, “Evolución de la población penal en Chile según sus diversos subsistemas”, *Biblioteca del Congreso Nacional* (2011): 3.

³¹ Centro de Políticas Públicas UC, “Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción”, *Temas de la agenda pública* 12, no. 93 (2017) <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Art%C3%ADculo-Sistema-carcelario-en-Chile.pdf> (Consultado el 02 de Enero de 2019), 3.

Finalmente, con respecto al subsistema abierto, el reglamento se refiere a él en su Artículo 31, en los siguientes términos *“En los establecimientos de régimen abierto, el orden y la disciplina serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, allanamientos, requisas, intervención de visitas y correspondencia. No obstante, el Director Regional, en casos calificados, podrá ordenar dichos controles”*. De manera que corresponde a aquellos sentenciados a alguna de las penas sustitutivas establecidas por la Ley N° 18.216 (remisión condicional de la pena, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, reclusión parcial, en las modalidades nocturna, diurna y de fin de semana, y prestación de servicios a la comunidad), o bien que cuentan con beneficios de reinserción o con apremios y están vinculados a alguno de los 33 centros de reinserción social.³²

A ello se agrega la institucionalidad postpenitenciaria, la cual se hace cargo de las personas en proceso de eliminación de antecedentes penales y aquellas condenadas que han sido beneficiadas con libertad condicional o indulto conmutativo.³³

4.3. Progresividad y Modelo general de tratamiento penitenciario.

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, define régimen penitenciario en su Artículo número 24 como *“el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas, que por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”*. Se pone de manifiesto que uno de los objetivos del sistema penitenciario chileno es la reinserción social de los internos, para lo cual utiliza un sistema progresivo, personal y voluntario. Progresividad que se traduce en que los internos van accediendo a un sistema de beneficios, consistente en mayores espacios de libertad, a medida que cumplen con el programa resocializador y sus respectivos objetivos. Ello permite ver a la administración del encierro como un camino que debe dirigirse, paulatinamente, a la recuperación de la libertad a partir de la asunción de determinados niveles, donde se mezclan en forma ascendente razones de mérito con la disminución de la necesidad preventiva de que el condenado permanezca al margen de la sociedad.³⁴

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Carnevali y Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”, 386.

El objetivo resocializador chileno se materializa en el “Modelo General de Tratamiento Penitenciario”, que es el marco teórico-técnico que orienta y sustenta la aplicación de un programa o “tratamiento penitenciario” chileno, que genera un “Circuito de la Reinserción Social”, consistente en un proceso en el que se somete a un condenado a un “diagnóstico”, donde se analizan distintas variables de índole social, psicológica, criminológica, educacional y laboral, las que en su conjunto, ayudarán a determinar las “áreas deficitarias” del individuo y a conocer la “génesis de su conducta criminal”. Así las cosas, este diagnóstico que tiene por objeto la prescripción y aplicación de un tratamiento, o “plan de intervención diferenciada”³⁵ y se concreta mediante proceso de clasificación se realiza mediante un instrumento llamado la “ficha de clasificación” que tiene el fin de lograr determinar el grado de involucramiento o compromiso delictual del sujeto, es decir, cuan internalizado tiene los patrones propios de la “subcultura carcelaria”.³⁶

Para esto, se realiza una calificación individual a cada uno de los internos, mediante la cual se asigna un puntaje, que permite dividir a los internos en las categorías de alto, medio alto, medio bajo y bajo compromiso delictual, categorías que sirven para definir su peligrosidad, pronosticar su riesgo de infringir la ley penal, y, en consecuencia, ubicarlos dentro del recinto y definir el tratamiento del que serán objeto.

En el mismo orden de ideas, esta ficha de clasificación individual mide cuatro categorías:

1° Apariencia física: En la que se evalúan las variables de lenguaje propio del condenado, las manifestaciones físicas corpóreas de cortes, heridas y tatuajes.

2° Nivel de preparación: En este nivel se evalúan las variables relativas a continuidad de la escolaridad, capacitación laboral, estabilidad laboral y planificación vital.

3° Grupo de referencia: Se evalúan las variables relativas a las relaciones familiares, grupo de pares, ocupación del tiempo libre e ingesta de drogas y alcohol.

³⁵ Francisca Muñoz y Fernando Rodríguez, “Fines de la Pena y Libertad Condicional” (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2009), 71.

³⁶ Carolina Quidel Gacitúa, “Sistema penitenciario chileno: aspectos sociales y psicológicos”, *Cuadernos de neuropsicología* 1, no. 3 (2007), http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-41232007000300012&lng=pt&tlng=es. (Consultado el 03 de enero de 2019), 297.

4° Historia delictiva: Se evalúan las variables sobre antecedentes antisociales en la infancia, edad de iniciación delictual y reincidencia, es decir, se trata en este punto de determinar el carácter refractario del condenado dentro de su historial procesal penal.

No obstante lo antes dicho, este sistema presenta una serie de problemas. Así ha señalado DAMMERT que la ficha de calificación lleva a pensar que la peligrosidad de una persona no está relacionada con los hechos por los cuales se le sanciona sino más bien con ciertas características que responderían a una distinción socioeconómica o cultural. Del mismo modo, observa que las categorías utilizadas para determinar el compromiso delictual son altamente estigmatizantes pues se centran básicamente en las características socioeconómicas de los sujetos.³⁷

5. Principios informadores del sistema penitenciario chileno.

5.1. Principio de reinserción o resocialización.

En íntima relación con los fines de la pena, en particular con los fines preventivo especiales positivos de esta, está la resocialización o reinserción social, concepto de márgenes poco precisos y difícil definición. De acuerdo a GARCÍA PABLOS en su trabajo “La supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal”, el concepto resocialización (Resozialisierung) ha sido objeto de múltiples observaciones tanto en la doctrina alemana como española, pues en la primera fue tomado y usado sin muchos reparos respecto de su contenido y en su inicio sin el carácter de “fin”, de “meta”, o fue un mero juego de palabras, usándose indistintamente los términos: “Besserung” (mejora) y “Resozialisierung” (resocialización), hasta desplazar el segundo al primero. Más tarde, el concepto fue importado por la doctrina española de manera acrítica, y pese su imprecisión consiguió una fulminante e impropia acogida.³⁸ Es más, el término resocialización no es admitido por el diccionario de la Real Academia Española, en cambio, este sí incluye la palabra socialización como el proceso y el resultado de socializar, y socializar, en su tercera acepción, como “adaptar a un individuo a las normas de comportamiento social”. Por otra parte, define el concepto reinsertar como “volver a integrar en la sociedad a alguien que estaba condenado penalmente o marginado”.

³⁷ Lucía Dammert, “El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado”, *FLACSO Chile* (2006): 7.

³⁸ Antonio García-Pablos de Molina, “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 32, Mes 3, (1979), 648-650.

En Chile, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos entiende la Reinserción Social como el proceso orientado a la plena integración a la sociedad de una persona que ha sido condenada por infracción a la ley penal³⁹. Proceso que se inicia con el período de cumplimiento de una condena y que continúa cuando la persona retorna a su vida en comunidad, siendo un deber del Estado el promover espacios de reintegración social y laboral, con un respeto irrestricto a los derechos humanos⁴⁰. Si bien ni la carta fundamental, ni el código penal nacional se refieren a la reinserción social, el principio sí ha sido recogido por nuestro ordenamiento, en efecto, la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos entrega al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la formulación de políticas, planes y programas para el tratamiento y rehabilitación de personas condenadas, al disponer en su Artículo 2 letra g) *“Al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos corresponden las siguientes funciones: g) Formular políticas, planes y programas sectoriales, en especial respecto (...) del tratamiento penitenciario y la rehabilitación del condenado”*, y luego en las letras *“ñ) Proponer medidas para prevenir el delito por medio de planes de reinserción social”* y *“o) Crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios”*. Además, a partir del año 2016 se cuenta con la Subsecretaría de Derechos Humanos, creada mediante la Ley N° 20.885, y cuya función es prestar asesoría y colaboración directa al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, en el diseño y elaboración de las políticas, planes y programas relativos a la promoción y protección de los derechos humanos.⁴¹

Por su parte, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile señala en su Artículo 1° como la finalidad de este servicio público el *“atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad (...)”*, y en el Artículo 3 letra f) que *“Corresponde a Gendarmería de Chile: f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social”*. Para luego establecer en su Artículo 8 inciso primero que la Subdirección Técnica estará encargada de *“desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas, velando por el mejoramiento permanente del régimen penitenciario”*.

De igual modo, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone en su Artículo 1° que la actividad penitenciaria tendrá como fin primordial *“tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social”*

³⁹ División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Política pública de reinserción social 2017* (Santiago de Chile: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017), 8.

⁴⁰ *Ibid.*, 9.

⁴¹ *Ibid.*, 7.

de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”, dedicando el Título Quinto a “las actividades y acciones para la reinserción social”.

Por otro lado, la normativa internacional de derechos humanos también reconoce la reinserción social, es así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 10.3, establece que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (...)”.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su Artículo 5.6 dispone que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”* Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, señalan entre las directrices aplicables a categorías especiales, A.- Condenados, regla 58 *“El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”,* Regla 59 *“Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”* y Regla 60 inciso segundo *“Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (...)”.*

Así las cosas, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos también hacen referencia a la materia, así el Principio 8 señala que *“Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país (...)”*, y el Principio 10 que indica que *“(...) se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”.*

También en esta línea de ideas, a nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que *“Resulta fundamental que la privación de libertad tenga objetivos bien determinados, que no puedan ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni aún bajo el manto del poder disciplinario que les compete y por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta*

*representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social”*⁴²

Incluso en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados el año 2008, establece en el Principio XIII que *“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a participar en actividades culturales, deportivas, sociales, y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo. Los Estados Miembros alentarán la participación de la familia, de la comunidad y de las organizaciones no gubernamentales, en dichas actividades, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad”* y en el Principio XIV inciso primero que *“Toda persona privada de libertad tendrá derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa por ello, de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales, a fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados (...)”*.

No obstante lo anterior, tal como señala GARCÍA PABLOS, el ideal resocializador se haya en crisis, la experiencia empírica demuestra que no todo delincuente necesita ser resocializado (vg. el “ocasional”), ni puede serlo (vg. el delincuente incorregible: habitual, plurirreincidente, etc.), ni, a menudo, quiere colaborar con el tratamiento resocializador voluntariamente.⁴³ El ideal resocializador asimismo contiene una imprecisión de sus presupuestos y fungibilidad en sus metas y modelos. Ciertamente no queda claro qué modelo de sociedad se toma como referencia ni qué resultados se persiguen como meta última en los programas resocializadores, otorgando un peligroso cheque en blanco, o libertad de acción discrecional administrativo, susceptible de cualquier contenido. Además, dichos programas se llevan a cabo mediante coactividad, a saber, mediante la imposición de modelos uniformes de conducta, sin considerar el consentimiento y cooperación real del penado, atentando a su dignidad.

5.2. Principio de legalidad.

El principio de legalidad, como eje de todo el sistema penal, despliega sus efectos mediante las garantías criminal, penal, jurisdiccional y ejecutiva. A las garantías criminal, consistente en establecer taxativamente las sanciones jurídico-penales que se derivan de la comisión de los delitos, garantía penal, esto es, que la ley fije los comportamientos definidos como delictivos, y la garantía jurisdiccional, es

⁴² Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas* (2011), 26.

⁴³ García-Pablos de Molina, *Derecho Penal Parte General*, 248.

decir, la existencia del delito como la imposición de la pena se determinen en una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido, se agrega una garantía de ejecución, que opera en el ámbito penitenciario.⁴⁴

Respecto a la garantía de ejecución, MATA Y MARTÍN indica que la vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión excluye, de pleno derecho, la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad. Asimismo, exige el respeto a la ley en la ejecución de las penas, puesto que la condena y aplicación de la pena encuentran su legitimidad en el ordenamiento jurídico.⁴⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad a nivel penitenciario se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política en el Artículo 19 N° 7 letra b), es cual establece, a propósito del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, que *“Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*. Derecho a su vez protegido por la garantía de reserva legal del Artículo 19 N° 26 de la Constitución, de acuerdo a la cual los preceptos legales que regulen o complementen las garantías que la Constitución establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Y en el Código Penal en el Artículo 80 inciso primero, que dispone *“Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*.

También tiene consagración internacional, particularmente en los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, que en su Principio VIII establece que *“Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”*.

⁴⁴ Programa Eurosocietal, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada* (Madrid: Programa Eurosocietal, 2014), 58.

⁴⁵ Ricardo M. Mata y Martín, “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, no. 4 (2011), <http://hdl.handle.net/10017/9855> (Consultado el 16 de Enero de 2019), 254.

No obstante, en nuestro país el principio de legalidad como garantía ejecutiva ha sido prolongadamente vulnerado, puesto que tal como se señaló previamente, el principal instrumento en la materia es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, que en la práctica opera como un equivalente a una ley general penitenciaria. Lo que se traduce en una afectación de los derechos de los condenados y una vulneración de la garantía de reserva legal.

En este sentido, tal como sugieren CARNEVALI y MALDONADO, la actividad penitenciaria debe ejercitarse respetando el principio de legalidad, debe trazarse un verdadero estatuto jurídico del preso, de manera que efectivamente se materialice que el interno es un sujeto de derecho y no un objeto de control, que sigue perteneciendo a la sociedad y que no ha sido excluido.⁴⁶

5.3. Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad responde a la creencia de que la entidad de la pena debe acomodarse a la importancia de la afeción al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente. Pero, además de la gravedad del delito, el juicio de proporcionalidad se atiende a la finalidad de tutela que corresponde a la pena.⁴⁷

Encontramos su reconocimiento nacional mediante el Artículo 6 inciso primero del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que señala que “*ningún interno (...) será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente reglamento*”.

En este sentido, ARÉVALO señala que este concepto de proporcionalidad puede dividirse en dos dimensiones, una proporcionalidad estricta o retributiva (que opera en consideración al crimen, magnitud del daño y culpabilidad del autor) y proporcionalidad no-retributiva o utilitarista (que atiende a los costos y beneficios sociales asociados a la práctica punitiva), y plantea que los problemas de legitimidad de la situación de los ancianos privados de libertad pueden abordarse a partir del concepto de proporcionalidad.

⁴⁶ Carnevali y Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”, 407.

⁴⁷ García-Pablos de Molina, *Derecho Penal Parte General*, 529 – 531.

Respecto a la proporcionalidad estricta o retributiva, el autor expresa que, puede argumentarse que el encarcelamiento de reclusos ancianos con un deteriorado estado de salud resulta desproporcional de manera cualitativa porque, mediante las condiciones materiales de la reclusión y el trato recibido en el interior del espacio carcelario, se ven sometidos a una forma adicional de castigo a la condena a prisión, a un castigo de facto más duro, y de manera cuantitativa, por la intensidad del castigo, en tanto, atendiendo a las particulares características del recluso anciano y del recinto carcelario puede estimarse que la prisión constituye un castigo excesivo y, por lo tanto, cruel. Manifiesta que es también posible argumentar que incluso si las condiciones materiales de la vida carcelaria no fuesen intrínsecamente dañinas para un sujeto de sus características, en determinadas circunstancias el solo factor cuantitativo del castigo (su duración) puede constituirlo en uno cualitativamente desproporcional, es decir, cruel. Mientras que, respecto de la proporcionalidad utilitarista, vinculada a los fines de la pena preventivos, el mantenimiento en prisión de adultos mayores supone una serie de cuestionamientos. A grandes rasgos, se puede señalar que desde una perspectiva de prevención general negativa, exigir a privados de libertad ancianos con deficientes condiciones de salud física y/o mental que permanezcan en prisión hasta que finalicen su condena sin importar su edad y enfermedad, carece de todo efecto preventivo general demostrable. Desde una óptica de prevención general positiva resulta difícil afirmar que mantener su encierro hasta el cumplimiento íntegro de la condena a un anciano enfermo y débil producirá sobre la población el efecto positivo de reforzar su respeto colectivo hacia el derecho. Visto desde la prevención especial negativa, el riesgo de reincidencia de la población penal anciana y enferma es mínimo en comparación al de la población penal más joven, por lo que no hay necesidad de inocuización. Y, tampoco se justifica desde la prevención especial positiva ya que las cárceles no son el espacio idóneo para acoger a sujetos con necesidades especiales, tanto estructuralmente como respecto a las actividades que se realizan en ellos con fines resocializadores, por lo que por lo general no se consigue la resocialización.⁴⁸

Estas mismas críticas pueden hacerse al caso de los enfermos terminales y enfermos que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables, pues como se tratará a lo largo de este trabajo, las cárceles tampoco son el lugar idóneo para responder a sus necesidades especiales, y no tiene caso el intento de inocuizarlos o resocializarlos, en tanto, su muerte si no es inminente, parece cercana. Por lo que la pena puede llegar a ser en su caso particularmente cruel.

⁴⁸ Javier Arévalo, *Algunas reflexiones en torno a las penas privativas de libertad en el derecho penal chileno y comparado: hacia un régimen de ejecución humanitario* (Santiago, 2015), 127 – 155.

En el mismo sentido, HORVITZ, refiriéndose a la población penal en general, observa una desproporcionalidad retributiva, manifestando que *“las condiciones carcelarias expresivas de hard treatment y el menoscabado estatus jurídico de los reclusos ponen en evidencia el carácter excesivo de la pena privativa de libertad, en la medida que tales males se añaden al (único) que resultaría retributivamente merecido, tornando cruel y desproporcionada la reacción punitiva. En efecto, la pragmática de la pena justa y merecida presupone la exclusión de todas aquellas formas de castigo que degradan o despersonalizan a quienes sufren su imposición, esto es, que atacan la idea misma de dignidad humana y de agente moral, racional y autónomo.”*⁴⁹

5.4. Principio de control jurisdiccional.

La exigencia de fiscalización judicial de la privación de libertad es una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas⁵⁰, en virtud del Artículo 38 inciso segundo de la carta fundamental y en el Artículo 15° Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, lo cuales son plenamente aplicables al ámbito de la ejecución de las penas. Y en este sentido, considerando que es función exclusiva de los jueces y tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que los privados de libertad se encuentran en una situación particularmente vulnerable con la afectación de múltiples derechos fundamentales, se hace necesario un control más acucioso y prolijo que en otras materias.

Si bien no existe una consagración expresa del principio de control jurisdiccional en el ámbito penitenciario en nuestro ordenamiento, es posible deducirlo de la interpretación de ciertas normas de nuestra Constitución Política y del Código Procesal Penal. En este sentido, el Artículo 10 del Código Procesal Penal establece la Cautela de garantías o el Artículo 95 del mismo código establece el amparo ante el juez de garantía. Asimismo, el Código Procesal Penal consagra un “control judicial” en sus Artículos 169 y 186, pero su contenido no apunta al principio que se trata en este apartado. Por otra parte, en el Reglamento Penitenciario no existe ninguna norma que establezca el control judicial permanente de la ejecución de la pena.

⁴⁹ María Inés Horvitz, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, *Política Criminal Vol. 13*, no. 26 (2018), http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A7.pdf (Consultado el 12 de Febrero de 2019), 945.

⁵⁰ Programa Eurosocietal, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, 60.

No obstante, en nuestro país este principio tiene una aplicación incompleta, por cuanto luego de ejecutar la pena, no existe un ámbito judicial al que puedan recurrir los privados de libertad, sin embargo, a partir del párrafo 2º referido a la ejecución de las sentencias penales del Código Procesal Penal, se consagran una serie de artículos que nos ayudan a construir un principio de control judicial o de judiciabilidad de la ejecución de las penas.⁵¹

Por otra parte, en el ámbito internacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos consagran el derecho al recurso, como una salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público, en materia de control judicial de la ejecución de una pena privativa de libertad. Sin embargo, son los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, el instrumento que de manera directa se refiere a la autoridad que debe ejercer el control, al objeto material del mismo y a la etapa de ejecución de penas.⁵²

5.5. Principio de humanidad.

El principio de humanidad en palabras de BERISTAIN presupone que *“todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social para con los infractores, de la ayuda y asistencia comunitaria, de la decidida voluntad de repersonalizar –en cuanto sea factible– a los delincuentes, incluso a los mal llamados “incorregibles”, y reparar a las víctimas, por exigencias de la ética de máximos”*⁵³. Y se manifiesta en el Derecho Penal mediante la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito; en la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad; y la atención a las víctimas de toda infracción penal.⁵⁴

Este principio ha marcado históricamente la evolución del derecho penal y viene a constituir un límite político criminal del ius puniendi, que rectifica y corrige los resultados de una “aritmética penal

⁵¹ Karen Arévalo y Vicente González, “Estado actual del derecho penitenciario en Chile bases para el establecimiento de una reforma” (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2015), 68 – 74.

⁵² Programa Eurososial, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, 199.

⁵³ Antonio Beristain, “Axiomas fundamentales de la criminología ante la globalización y la multiculturalidad,” *Eguzkilore*, no. 17 (Diciembre 2003), <https://addi.ehu.es/handle/10810/25135> (Consultado el 11 de febrero de 2019), 93.

⁵⁴ José Luis de la Cuesta Arzamendi, “El principio de humanidad en derecho penal”, *Eguzkilore*, no. 23. (Diciembre 2009), <https://addi.ehu.es/handle/10810/24951> (Consultado el 11 de Febrero de 2019), 211.

talonaria”, basada en la aplicación mecánica del principio de proporcionalidad⁵⁵, lo que explica el rechazo de las prácticas que atentan contra la dignidad humana, por ejemplo, la tortura. La necesidad de una sanción a un acto contrario al derecho no significa el desconocimiento de la dignidad humana, además la crueldad y la inhumanidad no se corresponden con la idea de justicia. Por lo que es deber del estado compatibilizar la dignidad humana con la aplicación de penas privativas de libertad y reducir los efectos nocivos de estas últimas.

El derecho internacional reconoce que se le debe respetar a los privados de libertad su dignidad humana, así el Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su numeral 1 establece que *“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*. También, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su Artículo 5, bajo el título de integridad personal, señala que *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Del mismo modo, a través de diversos instrumentos internacionales se prohíben las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a modo de ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 5 dispone que *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. En la región, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su Artículo 5.2 que *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”* Incluso las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) dispone en su Regla 1 que *“Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)”*.

En nuestro país, a partir del Reglamento Penitenciario de 1993, Decreto Supremo N° 1771, se entiende comprendida en nuestra legislación la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, el cual en su Artículo 6 señalaba que *“Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u otra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento”*. Además, en el año 2009, se ratificó el protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

⁵⁵ García-Pablos de Molina, *Derecho Penal Parte General*, 537.

Sobre esta clase de penas, GARCÍA-PABLOS considera que deben estimarse inhumanas y degradantes las penas inocularas o ejemplares, las penas corporales, los tratamientos psicoquirúrgicos y demás técnicas poco adecuadas a un ordenamiento constitucional democrático de un estado de derecho. De igual modo, las penas privativas de libertad de larga duración plantean serios reparos pues ni pueden ir orientadas a la reinserción del infractor, ni sus efectos irreversibles eluden la prohibición de penas inhumanas y degradantes.⁵⁶

Por otra parte, ZAFFARONI señala que en función del principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto o aquellas cuyas consecuencias jurídicas se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, puesto que implicaría asignarle a la persona una menor dignidad o admitir la existencia de una persona descartable. Además, manifiesta que una pena no puede ser cruel en abstracto, o sea en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar en concreto, referida a la persona y a sus circunstancias particulares, para lo cual da dos supuestos, en primer lugar, cuando la persona ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho, y, en segundo lugar, cuando la perspectiva de vida de la persona se acorta porque ha contraído una enfermedad, o porque las probabilidades de supervivencia se reducen en razón de las condiciones de prisionización. En estas circunstancias concretas, el autor señala que la prisionización o su continuación comienzan a aproximarse a una pena de muerte⁵⁷.

Dicho de otro modo, encarcelar a un anciano o enfermo en determinados casos supone al mismo tiempo una vulneración al principio de humanidad, y, como se mencionó anteriormente, al principio de proporcionalidad, pues abre la posibilidad de estar aplicando a condenados por simples delitos penas superiores a las destinadas a los crímenes más graves, de estarlos sometiendo a una pena de muerte de facto. En este sentido, ZAFFARONI menciona, refiriéndose a Argentina, que *“es claro que en el derecho argentino no puede pensarse con la muerte ningún delito, pero es mucho más claro que sería aberrante si se pretendiese penar con la muerte un robo o una estafa”*⁵⁸.

⁵⁶ Ibid., 540.

⁵⁷ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002), 132.

⁵⁸ Ibid.

CAPÍTULO SEGUNDO. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y SITUACIÓN ACTUAL DE ANCIANOS Y ENFERMOS EN EL RÉGIMEN CARCELARIO.

1. Evolución de los Sistemas Penitenciarios.

1.1. De la Prisión como medida cautelar a la prisión como pena.

A tránsito histórico de los sistemas penitenciarios, podemos reflexionar sobre el efectivo reconocimiento de los condenados a penas privativas de libertad como sujetos de derecho, así como sobre la aplicación de los principios de derecho penal que se manifiestan durante la fase de ejecución, como la proporcionalidad, pues la prisión como la conocemos hoy es un fenómeno relativamente reciente, que fue concebida originalmente como un lugar de custodia del delincuente hasta el momento del cumplimiento de la pena, la que podía ser pecuniaria, corporal, o incluso la muerte.

En Grecia, por ejemplo, se utilizaron como prisiones canteras abandonadas, denominadas latomías, que consistían en una profunda cavidad en la roca en las que los presos debían soportar todos los cambios meteorológicos sin ningún resguardo, y existía también la denominada prisión por deudas. Mientras que en Roma la cárcel funcionaba igualmente como una prisión preventiva y existió la prisión por deudas. En este sentido, Ulpiano señaló “*carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*” (“La cárcel debe servir no para el castigo de los hombres, sino para su guarda”, Digesto, 48, 19, 8, 9) También como pena fue conocida la institución del *ergastulum*, de carácter doméstico o privado, que consistía en el arresto o reclusión de los esclavos en un local destinado a este fin en la casa del dueño.⁵⁹

Por otra parte, el tránsito histórico nos lleva a la Edad Media, donde, la idea de la pena privativa de libertad continuó con un eminente carácter aseguratorio de la no convivencia con el resto de la sociedad, con el fin de que los presos fueran sometidos con posterioridad a los más terribles tormentos como la amputación de miembros, ser quemado o la muerte⁶⁰. Este carácter aún aseguratorio se manifiesta por ejemplo en las Siete Partidas que señalaban “*non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados*” (Partida Séptima, Título XXXI, Ley IV).

⁵⁹ Montserrat López Melero, “Evolución de los Sistemas Penitenciarios y de la Ejecución Penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, no. 5 (2012), <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/13803> (Consultado el 11 de Febrero de 2019), 404 – 405.

⁶⁰ *Ibid.*, 407.

Las condiciones del recluso no eran en dicha época motivo de interés alguno, por lo que dementes, mujeres, niños y ancianos esperaban apiñados entre sí en encierros subterráneos, calabozos o estancias de palacios y fortalezas apenas habilitados para la función de custodia, ya que no existían edificios considerados como cárcel propiamente tal, y el hacinamiento, la falta de salubridad y el hambre eran comunes. Siendo la excepción las denominadas prisiones de Estado y la prisión eclesiástica, utilizadas para retener a personas concretas, las cuales gozaban de ciertas prerrogativas.⁶¹

Así las cosas, solo a principios del Siglo XVI la prisión comienza a usarse como pena propiamente tal, en esta época principia la construcción de centros penitenciarios organizados para la corrección de los penados, destacando al respecto como primer centro penitenciario conocido “The House of Correction”. La detención en las antiguas casas de corrección o en cárceles comenzó paulatinamente a constituirse en una pena sustitutiva de las penas corporales y de muerte, predominando a fines del siglo XVIII en condiciones misérrimas de vida e higiene debido al hacinamiento.⁶² Y, no es hasta comienzos del Siglo XIX cuando hacen su aparición los principales sistemas penitenciarios, hasta entonces la regla general era la prisión custodia.⁶³

Este paso de prisión custodia a prisión propiamente tal marcó un antes y un después en términos humanitarios, evidenciando la evolución de las sociedades, en este sentido FOUCAULT consideraba que *“la prisión, pieza esencial en el arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la "humanidad". Pero también un momento importante en la historia de esos mecanismos disciplinarios que el nuevo poder de clase estaba desarrollando: aquel en que colonizan la institución judicial. En el viraje de los dos siglos, una nueva legislación define el poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre todos sus miembros, y en la que cada uno de ellos está igualmente representado; pero al hacer de la detención la pena por excelencia, esa nueva legislación introduce procedimientos de dominación característicos de un tipo particular de poder.”*⁶⁴

1.2. Humanización del sistema penitenciario.

⁶¹ Ibid.

⁶² Horvitz, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, 908.

⁶³ Cristóbal Sánchez Sánchez, “La aparición y evolución de los Sistemas Penitenciarios”, *Anales De Derecho (Universidad de Murcia)*, no. 31 (2013), <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/185251> (Consultado el 11 de Febrero de 2019), 144.

⁶⁴ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002), 233.

De esta forma, pasaremos a analizar el progreso histórico sobre la materia, que se da a partir de finales del Siglo XVIII, donde podemos decir que, se humaniza de cierta manera el sistema penitenciario. En esta época, además de la masificación de la prisión como pena, diversos autores empezaron a cuestionar el sistema penitenciario, considerando que los establecimientos estaban pensados para destruir a la persona y se interesaron en reformarlo, dotándolo de humanismo, por lo que el interés de la prisión se centró en la corrección del delincuente. Como precursores de esta reforma destacan Cesare Beccaria, John Howard y Jeremy Bentham.

En la obra de Beccaria “De los delitos y las penas” constituye una de las primeras críticas al sistema de penas imperante, que sirvió para fijar los principios inspirados el derecho penal actual. En ella puso en evidencia la terrible situación vivida por los privados de libertad, inclinándose por una pena que, lejos de infligir un sufrimiento por el pecado cometido, tuviera un fin utilitario: el penar para que no se peque en el futuro.⁶⁵

Por otra parte, John Howard se dedicó a mejorar la situación de los encarcelados recorriendo para ello los principales estados europeos, en su libro “State of Prisons” observaba los problemas de la no separación por categorías al interior de los establecimientos penitenciarios de Inglaterra, así como las enfermedades que aparecían producto del hacinamiento, que se extendían luego a la población común.

A su turno Jeremy Bentham, publica su “Tratado de legislación civil y penal” y “Panóptico”, proponiendo en el segundo un nuevo diseño para la arquitectura carcelaria, caracterizado porque un solo hombre ubicado en una torre central podía vigilarlo todo. Idea que llegó a ser concretizada en algunos recintos penales, pero que no estuvo exenta de críticas.

Como menciona SÁNCHEZ, si bien estas nuevas ideas no cambiaron radicalmente el estado de las prisiones, a través del pensamiento ilustrado se consiguieron tres logros importantes: en primer lugar se origina una corriente humanista entre la opinión pública y los gobiernos; en segundo lugar, la ejecución de la pena se normativiza trayendo consigo mayores índices de garantías jurídicas para los reclusos; y por último, se introducen modificaciones sustanciales como el sistema progresivo, el internamiento celular o la restricción de los castigos corporales y de los instrumentos de terror (grilletes, esposas, cadenas), que permite ver el encierro como algo dinámico y no monolítico.⁶⁶

⁶⁵ Muñoz y Rodríguez, “Fines de la pena y libertad condicional”, 55.

⁶⁶ Sánchez Sánchez, “La aparición y evolución de los Sistemas Penitenciarios”, 154.

Posteriormente, los Siglos XX y XXI han estado marcados por los derechos humanos, que se han plasmado en distintos instrumentos internacionales y han contribuido a mejorar la situación jurídica y fáctica de los reclusos en múltiples países. Sin embargo, como observa HORVITZ, Chile ha permanecido inmune al cambio y considera que perviven en nuestra cultura jurídica ciertos dispositivos autoritarios heredados del antiguo régimen que han bloqueado el tratamiento de los reclusos como verdaderos sujetos titulares de derechos, pese al reconocimiento formal del derecho interno⁶⁷.

2. Situación y problemas actuales de los ancianos y enfermos en el régimen carcelario.

2.1. Hacinamiento.

Uno de los principales problemas actuales tanto de los establecimientos penitenciarios chilenos como de los existentes en la región es la sobrepoblación, entendida como la situación en que la densidad penitenciaria es mayor que 100, porque hay más personas presas que la capacidad establecida para una prisión o para la totalidad del sistema⁶⁸, ya que lógicamente la infraestructura existente tiene una capacidad determinada para albergar a los internos que le son enviados por los tribunales. Además, esta sobrepoblación, siguiendo el criterio del Comité Europeo para los Problemas Criminales, pasa a ser crítica cuando la densidad penitenciaria es igual a 120 o más, situación que se conoce como hacinamiento.

Siguiendo lo señalado por SALINERO existen tres factores conducentes al incremento carcelario: la existencia de un mayor flujo de ingresos al sistema penitenciario que no guardaría la debida correspondencia con las personas que egresan del mismo sistema, los largos tiempos de privación libertad y la falta de mecanismos eficientes que ayuden descomprimir el sistema carcelario.⁶⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos observa que el hacinamiento es la consecuencia previsible de los siguientes factores fundamentales: (a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; (b) la implementación de políticas represivas de control social que

⁶⁷ Horvitz, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, 910.

⁶⁸ Elías Carranza, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)* 8 (2012), <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20551> (Consultado el 23 de Enero de 2019), 32.

⁶⁹ Sebastián Salinero Echeverría, “¿Por qué aumenta la población penal en Chile?: Un estudio criminológico longitudinal”, *Ius et Praxis* 18 no. 1 (2012), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100005> (Consultado el 22 de Enero de 2019), 145.

plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana (llamadas de “mano dura” o “tolerancia cero”); (c) el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal; y (d) la falta de una respuesta rápida y efectiva por parte de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena (por ejemplo en la tramitación de las peticiones de libertad condicional).⁷⁰

En el caso nacional, comúnmente se señalan como causas de incremento de las tasas de encarcelamiento y, en consecuencia, del hacinamiento, las políticas implementadas durante las últimas décadas como la reforma procesal penal y la dictación de leyes que han creado nuevos delitos o que han endurecido penas. Tal es el caso de la modificación de la Ley 17.798 sobre control de armas y explosivos, que establece a partir de su modificación del año 2015, que las penas que se dicten en sus procesos serán cumplidas de manera efectiva, también el caso del Artículo 62 de la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, o la aplicación de la reforma a la Ley 18.290 de tránsito, producto de la llamada “Ley Emilia”, con la que cambiaron parte de las sanciones contempladas en la misma y se instauraron nuevos artículos como el Artículo 196 Ter, que deja en suspenso por un año la aplicación de los beneficios otorgados al penado en el caso de haber cometido el delito previsto en el Artículo 196 inciso tercero de la señalada ley. Lo que ha llevado a que en nuestro país la mayoría de los privados de libertad son condenados, a diferencia de la mayoría de los países de la región en que el principal problema de la privación de libertad lo constituyen los presos sin condena⁷¹. Dato que, si bien es revelador de una eficacia del sistema y debiera ser considerado positivo, sumado a la poca capacidad del sistema para enfrentar la demanda carcelaria, se traduce en consecuencias nefastas para los derechos humanos.

En el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014 - 2015: Seguimiento de Recomendaciones y Cumplimiento de Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Integridad Personal se observó que dentro del contexto latinoamericano en los grados de ocupación de los recintos penitenciarios en relación al total de población penal, Chile ocupaba el 3° lugar de los menos hacinados, con una tasa de 110%, la que si bien no ha alcanzado los niveles críticos resulta preocupante atendida la tendencia a la criminalización existente en el país.⁷²

⁷⁰ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 174.

⁷¹ Rodrigo Lillo Vera, “Las cárceles de la violencia” (Tesis de magíster, Universidad Central de Chile, 2016), 52.

⁷² Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014 - 2015: Seguimiento de Recomendaciones y Cumplimiento de Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Integridad Personal* (Santiago de Chile, 2017), 47.

De acuerdo a datos señalados en el Informe sobre los principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los Fiscales Judiciales y enviado a la Corte Suprema el 2018, durante el año 2017 existió sobreocupación en la mayoría de los recintos penitenciarios, de 53 recintos penitenciarios visitados en el año 2017, en 25 de ellos había sobrepoblación de distinta magnitud. Dicho informe señaló a modo ejemplar como el Centro de Detención Preventiva de Santiago Sur (Ex Penitenciaría de Santiago) pese a tener una capacidad de 2.384 internos, al momento de ser visitado el mes de julio del año 2017 albergaba 4486 internos, lo cual implica una sobrepoblación de más del 88%, el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Copiapó, que tiene capacidad para 242 internos, al momento de ser visitado había una cantidad de 453 internos, lo cual implica una sobrepoblación del 87% y el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Colina II tiene una capacidad para 1.490 personas, sin embargo, al momento de la visita, albergaba a 2.543 personas privadas de libertad, es decir, una sobrepoblación que alcanzaba al 71%. Del mismo modo observó en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de San Felipe un nivel de sobrepoblación alcanza al 53%, en el Centro de Detención Preventiva de Limache una sobrepoblación del 154%. Curiosamente, 28 de los establecimientos penitenciarios disponían de vacantes, por ejemplo, el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Colina I, el cual tiene capacidad para 3.174 personas y su población era de 1.896 internos, es decir, tenía 1.278 plazas sin ocupar.⁷³

Este exceso de población evidentemente trae consecuencias negativas para el sistema penitenciario, como mantener a los privados de libertad en condiciones paupérrimas, causar o agravar enfermedades, impedir la aplicación de tratamientos resocializadores a todos, contribuir a generar un ambiente de violencia e incluso dificultar la función de Gendarmería de Chile.

A modo de ejemplo, entre las condiciones carcelarias más comunes se señalan la carencia de ventilación y luz natural, celdas insalubres, carencia de camas (dormir en el suelo o en hamacas), falta de atención médica adecuada y de agua potable, falta de servicios sanitarios adecuados, ausencia de condiciones mínimas de privacidad en los dormitorios, alimentación escasa y de mala calidad, restricciones indebidas al régimen de visitas, aplicación periódica de formas de castigo colectivo y otros maltratos y condiciones de aislamiento e incomunicación, entre otras.⁷⁴

⁷³ Fiscalía Judicial Corte Suprema, *Informe sobre los principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los Fiscales Judiciales* (2018), 4 – 6.

⁷⁴ Centro de Políticas Públicas UC, “Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción”, 7.

Estas condiciones estructurales de encierro y falta de salubridad convierten a las cárceles en un lugar ideal para la propagación de enfermedades. Por ejemplo, para la tuberculosis, segunda causa de muerte por una enfermedad infecciosa en el mundo después del VIH, y que en condiciones de mala ventilación incrementa su contagio. De acuerdo a cifras del año 2015, publicadas por Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo, un 70,4% de los internos en Chile declaró haberse enfermado durante su estadía en la cárcel, de los que 2,9% correspondió a Tuberculosis y un 0,8% a VIH.⁷⁵

Este es un escenario revelador de vulneraciones al derecho internacional, pues las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), establecen una serie de condiciones mínimas de los locales destinados a los reclusos, en particular, la Regla 10 señala que *“Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación”*. O los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, el Principio XVII inciso segundo, disponen que *“La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante.”*

Es posible aplicar una pena privativa de libertad, pero recordando que la historia ya superó la época de los suplicios, y que el encierro en la cárcel debe darse respetando los principios del derecho penal, en particular los principios aplicables al sistema penitenciario, como la proporcionalidad y humanidad, así como los derechos de la persona, quien aún interno sigue siendo sujeto de derechos. Agregar a la pena de prisión sufrimientos adicionales como el hacinamiento y sus consecuencias (como falta de salubridad y violencia), además de tornarla desproporcionada, la transforma en una pena cruel, inhumana y degradante.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela señaló que si bien la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, esta restricción de derechos debe limitarse, siendo un deber del Estado asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que

⁷⁵ Mauricio Sánchez Cea y Diego Piñol Arriagada, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica* (Santiago de Chile, 2015), 26.

excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados.⁷⁶ Asimismo consideró que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del Artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.⁷⁷

2.2. Problemas de acceso a la salud.

La salud es un derecho fundamental, reconocido en tanto en nuestra Constitución Política en el Artículo 19 N° 9 como el “derecho a la protección de la salud”, así como en diversos cuerpos legales nacionales, tratados y guías internacionales. El que, siguiendo a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas en su Principio X, puede ser entendido como: *“el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal.”*

A nivel nacional, se encuentra reconocido en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, el cual señala en el Artículo 6 inciso tercero, como función de la administración penitenciaria velar por la vida, integridad y la salud de las personas privadas de libertad, garantizando en el Artículo 10 letra c) la asistencia médica en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre. Y luego, en el Artículo 34 y siguientes, se refiere a la atención médica de los internos, asegurando tratamientos y hospitalizaciones, tanto en los establecimientos penitenciarios comunes como concesionados.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006 párr. 86.

⁷⁷ Ibid., párr. 97.

Ahora bien, a nivel internacional, y al derivarse del derecho a la vida e integridad personal, el derecho a la salud estaría contenido en los artículos 1.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagran aquellos. A su vez, múltiples instrumentos se refieren al derecho a la salud en sí, por ejemplo, el Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”* o el Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que asegura que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*. Entre los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, el Principio 9, dispone que *“Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”*. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), en particular en su Regla 24 asegura el acceso de los reclusos, gratuito y sin discriminación a los servicios médicos en los siguientes términos: *“La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica”*. Otro referente en la materia, respecto de los profesionales de la salud, es el Juramento de Atenas, adoptado por el Consejo Internacional de Servicios Médicos en 1979.

Este derecho debiese ser garantizado, regulado y fiscalizado por el Estado a todas las personas, incluyendo a la población penal, puesto que, al privar de libertad a una persona, el Estado adquiere un nivel especial de responsabilidad, por lo que se constituye en garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal, de donde se deriva su deber de salvaguardar la salud de los reclusos brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida.⁷⁸ Desde otro ángulo, porque los privados de libertad están en una posición de subordinación y vulnerabilidad, en tanto dependen totalmente del estado para la satisfacción de sus necesidades, y tienen una inclinación a sufrir deterioro físico y mental.

Más aún debiese existir una preocupación Estatal para el caso de los ancianos, quienes requieren mayores prestaciones médicas al interior de la cárcel que los internos jóvenes y pueden incluso necesitar

⁷⁸ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 201.

asistencia en sus actividades diarias, como al desplazarse, bañarse, vestirse y comer, cuyo número debiera aumentar en los próximos años con el creciente envejecimiento de la población y la creación de leyes que aumentan la duración de las penas.

Sin embargo, en nuestro país la aplicación de derecho a la salud respecto de la población penal ha sido precaria. De acuerdo a información del Instituto Nacional de Derechos Humanos, plasmada en distintos estudios, se ha observado falta de infraestructura adecuada (falta de espacio, camillas, insumos clínicos, entre otros), de médicos o especialistas, de horas para atender a los internos y alegaciones de malos tratos. A través de las visitas efectuadas por los Fiscales Judiciales de la Corte Suprema durante el año 2017 se pudo constatar que a nivel nacional sólo existe un recinto hospitalario dentro de un recinto penitenciario (en la Ex Penitenciaría) el cual no cuenta con todas las especialidades, mientras que en el resto solamente existe atención primaria de salud, por lo que ante una necesidad de salud más compleja o especializada corresponderá recurrir al sistema público⁷⁹.

En la mayoría de las unidades los profesionales que estaban a cargo de dirigir este servicio eran enfermeros o paramédicos, quienes frecuentemente se veían en la obligación de asumir responsabilidades que no les competen y afrontar situaciones complejas que exceden sus capacidades.⁸⁰ Por ejemplo en el Centro Penitenciario de Valparaíso, de acuerdo al encargado de salud, estos enfermeros realizan muchas veces actividades correspondientes a un médico, principalmente por la ausencia de estos profesionales en el centro⁸¹. Además, en algunas unidades que cuentan con sala de hospitalización, los reos enfermos deben permanecer sin asistencia durante las noches y fines de semana por falta de profesionales con turnos completos de 24 horas.⁸² Y los propios internos plantearon no siempre eran llevados por los gendarmes cuando tenían hora en el Hospital Penal⁸³.

La escasez de profesionales significa que muchos internos deban ser derivados a la red de salud pública, lo que implica problemas en la duración del traslado y espera en la atención. Y, considerado,

⁷⁹ Fiscalía Judicial Corte Suprema, *Informe sobre los principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los Fiscales Judiciales*, 12.

⁸⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos* (Santiago de Chile, 2013), 102.

⁸¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014 - 2015: Seguimiento de Recomendaciones y Cumplimiento de Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Integridad Personal*, 128.

⁸² Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos*, 105.

⁸³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014 - 2015: Seguimiento de Recomendaciones y Cumplimiento de Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Integridad Personal*, 129.

que no todas las unidades penales cuentan con ambulancias o vehículos de emergencia, se expone a los reclusos a perder horas, no continuar tratamientos, sufrir daños irreparables tras alguna emergencia médica o incluso a la muerte. Más aún a los reclusos ancianos, enfermos graves o terminales, quienes tienen mayores probabilidades de necesitar un traslado urgente en caso de agravarse su condición repentinamente.

Con lo que se vulneran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), pues la Regla 27 inciso primero dispone que *“Todos los establecimientos penitenciarios facilitarán a los reclusos acceso rápido a atención médica en casos urgentes. Los reclusos que requieran cuidados especiales o cirugía serán trasladados a establecimientos especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento penitenciario tenga sus propios servicios de hospital, contará con el personal y el equipo adecuados para proporcionar el tratamiento y la atención que corresponda a los reclusos que les sean remitidos”*.

Por añadidura, se ha evidenciado una falta de acceso a medicamentos, que impide el tratamiento de los reclusos enfermos y discapacitados que prolonguen su vida e implica una condena más severa que la dictada en la sentencia. A modo de ejemplo, se ha denunciado reiteradamente que independiente de la afección, suelen recibir solamente analgésicos, y, concretamente en Colina I, los internos con discapacidad denunciaron que, lejos de ser atendidas sus necesidades especiales, no tienen acceso ni a medicamentos ni a una atención médica oportuna y que para poder acceder a tratamientos farmacológicos piden a sus familiares que lleven aquellos fármacos para los cuales tienen receta médica.⁸⁴

Es decir, los internos ancianos o enfermos en muchas ocasiones terminan dependiendo de la existencia de algún familiar o redes fuera del recinto que los visiten y tengan la solvencia suficiente para costear sus medicamentos, de manera que quienes provienen de grupos familiares de bajos ingresos o que por un sinnúmero de razones han perdido el contacto con sus familiares, quedan en una situación de desamparo que lleva a un mayor deterioro de su salud. Sufriendo las personas de avanzada edad encarceladas en centros penitenciarios un doble padecimiento durante la encarcelación, tanto por la separación de sus familiares, que, puede llegar a una pérdida de contacto definitiva, como por su deterioro físico y mental, sobre todo en los casos de internos condenados a penas privativas de libertad de larga duración o cadena perpetua⁸⁵. De manera que se hace fundamental el aumento de profesionales

⁸⁴ Ibid., 131.

⁸⁵ Programa Eurososial, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, 520.

especializados capaces de brindarles la atención y cuidados que por su especial condición de vulnerabilidad demandan.

De esta manera, las estadísticas evidencian la existencia de diferencias significativas en el acceso a la salud entre la población penal y población común, así, cifras de los últimos años muestran que sólo el 69,9% de la población penal recibe atención médica versus el 90,9% del resto de la población.⁸⁶ Para quienes declararon padecer alguna enfermedad, más de la mitad (59%) señaló recibir tratamiento en la actualidad, sin embargo, el 41% declaró no recibir la prestación que necesitaba.⁸⁷

Consecuencias de la falta de atención se pueden hallar a lo largo de todo el país, por ejemplo, en el pabellón de discapacitados del Colina I, esta carencia generó en el 2015 la muerte de tres personas por negligencia médica (en uno de los casos por cáncer, y otro por escaras).⁸⁸

Según cifras de Gendarmería, difundidas por la prensa durante Abril de 2018, entre el año 2011 y Julio de 2017 fallecieron 466 reos producto de enfermedades crónicas y agudas, proviniendo 73 casos del Centro de Detención Santiago Sur y 16 de Punta Peuco. Y, a la fecha, existían 3.634 internos con alguna enfermedad crónica, es decir, el 8,6% de los internos a nivel nacional, por lo que requerían constantes cuidados y en algunos casos medicamentos. En cuanto al rango de edad, el tramo más “preocupante” para las autoridades se da a partir de los 75 años, siendo 110 internos a nivel nacional, de los que 72 se encontraban en la Región Metropolitana. Además, hasta el primer semestre del año 2017, 13 internos tenían una enfermedad terminal, es decir, padecían algún cáncer avanzado o alguna patología degenerativa, siendo el centro penitenciario Santiago Sur el establecimiento con más enfermos.⁸⁹

Las deficiencias de los establecimientos penitenciarios chilenos para albergar a la población vulnerable de que trata este trabajo han sido reconocidas incluso en la prensa por personal de Gendarmería, así por ejemplo, el ex presidente de la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes, y actual secretario de la misma, Joe González, indicó que *“los enfermos crónicos reciben tratamiento en las unidades penales, pero hay que recordar que no todos cuentan con centros médicos adecuados. Por*

⁸⁶ Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo, *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad* (Santiago de Chile, 2016), 94.

⁸⁷ *Ibid.*, 96.

⁸⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014 - 2015: Seguimiento de Recomendaciones y Cumplimiento de Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Integridad Personal*, 130.

⁸⁹ Víctor Rivera, “Gendarmería: el 9% de los presos en Chile presenta una enfermedad crónica”, *La Tercera*, 20 de Abril de 2018, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gendarmeria-9-los-presos-chile-presenta-una-enfermedad-cronica/140305/> (Consultado el 17 de enero de 2019).

*ende, ante crisis deben ser derivados a los recintos hospitalarios que correspondan. Ahora bien, los recintos carcelarios, por los altos niveles de hacinamiento, no están acondicionados para otorgar una adecuada estadía a enfermos crónicos o adultos mayores”.*⁹⁰

Sobre este grupo en particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que los Estados deben adoptar medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos de alto riesgo como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, los jóvenes y adolescentes, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH/SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal.⁹¹

La precariedad y falta de acceso a servicios médicos al interior de los recintos penitenciarios lleva a hablar de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Así lo entendió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Pedro Miguel Vera Vera donde manifestó que *“en el caso de las personas privadas de libertad la obligación de los Estados de respetar la integridad física, de no emplear tratos crueles, inhumanos y de respetar la dignidad inherente al ser humano, se extiende a garantizar el acceso a la atención médica adecuada”*⁹².

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Vélez Loor Vs. Panamá determinó que *“su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano”*.⁹³

El panorama actual deja de manifiesto que existe un problema nacional (y regional) de acceso a la salud en el sistema penitenciario, como afirma COYLE, por su propia naturaleza, las condiciones de encarcelamiento pueden tener un efecto perjudicial sobre el bienestar físico y mental de los reclusos, en consecuencia, las administraciones penitenciarias debieran disponer de condiciones que promuevan el

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas*, 204.

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Pedro Miguel Vera Vera, Caso No. 11.535, Ecuador, 24 de febrero de 2010, párr. 42.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, párr. 198.

bienestar tanto de los reclusos como del personal. No corresponde que los reclusos abandonen la prisión en un estado peor al que tenían cuando ingresaron.⁹⁴

Tras el análisis efectuado en este punto, podemos aventurarnos en señalar que nuestras cárceles vulneran abiertamente el derecho de acceso a la salud, a la vida y la integridad personal, y por ende, no están en condiciones de mantener y tratar a su población más vulnerable, es decir, los ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves e incurables. Al contrario, funcionan como un aparato que acelera su envejecimiento y deterioro físico y mental. A lo cual se suma una vulneración a la igualdad ante la ley, en tanto el Estado de Chile no ha podido asegurar a la población penal un acceso igualitario a la salud en comparación con la población común.

El Estado chileno, no puede desconocer que la población penal es también sujeto de derechos fundamentales, lo que sumado a su inacción en la toma de medidas preventivas conlleva a un impacto eventual al exterior de la cárcel, ya que de llegar a lograr cumplir la condena, éstos salen de ellas con enfermedades agravadas que pueden generar altos costos económicos para el Estado.

Tal como plantea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Estado debe adecuar sus instalaciones e infraestructura para atender razonablemente, en igualdad de condiciones entre los diferentes centros de privación de libertad del país, puesto que estas medidas básicas para atender situaciones de salud de la población penal no son un beneficio ni un privilegio, sino que son obligaciones mínimas del Estado a favor de personas bajo su custodia.⁹⁵

2.3. Violencia.

El Estado tiene una obligación de garantizar el derecho a la vida a la población privada de libertad, en tanto, constituye un presupuesto esencial para el goce de los otros derechos humanos y la población penal se encuentra en una posición de particular vulnerabilidad por las condiciones del encarcelamiento. Por lo que es deber del estado adoptar las medidas tendientes a evitar cualquier acto que pueda afectarlo, por ejemplo, riñas o agresiones entre internos que puedan llevar a la muerte de alguno.

⁹⁴ Andrew Coyle, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario* (Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009), 47.

⁹⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Opinión INDH Sobre Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal o Neurodegenerativas* (2017), 28 – 29.

Sin embargo, está lejos de cumplir con dicha obligación, vulnerando el derecho a la vida e integridad personal de los internos. Así las cosas, según datos publicados en la prensa, entre los años 2011 y 2014 se observó un alza en la proporción de presos muertos producto de riñas o agresiones, pasando de representar un 32% del total de muertes en la cárcel a un 46%⁹⁶. Por otro lado, datos arrojados por la Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria de Gendarmería de Chile mostraron que un promedio nacional de 33,7% de los encuestados manifiesta haber sido víctima de maltrato psicológico por parte de otros internos, mientras que un 44,4% por parte de funcionarios.⁹⁷ En cuanto al maltrato físico, el promedio nacional de quienes declaran haber sufrido maltrato físico por parte de otros internos fue de 21,1%, en tanto que el mismo problema por parte de funcionarios alcanzó a un 38,7%.⁹⁸ Otro estudio observó una percepción de inseguridad en las cárceles chilenas superior a la del resto de la región, el 79,9% de los encuestados declaró sentirse más inseguro en la cárcel, y sólo un 9% más seguro, cerca del 26% de las personas indica haber recibido golpes al interior de la cárcel y el 11,4% de las personas encuestadas ha visto o presenciado que otro interno ha sido forzado a tener relaciones sexuales.⁹⁹

Una de las causas comúnmente señaladas para esta violencia es el hacinamiento y lucha por los espacios dentro de los establecimientos penitenciarios, estar tantas personas juntas en un solo espacio, genera estrés y necesidad de propiedad. El buscar comodidad en una dependencia, implica luchar por tener un lugar. Permanecer en una galería es una lucha diaria, y siempre la llegada de otro, implica una amenaza por el uso del espacio. Al mismo tiempo, el “tirar para abajo” o, el expulsar a alguien de una galería, es una forma de castigo social (entre internos y de gendarmería hacia internos) que ocupa el espacio y su escasez como un medio punitivo.¹⁰⁰ Por lo que los grupos vulnerables y minoritarios son más proclives a ser víctima de violencia, como la población anciana.

Al respecto, señala ARÉVALO que *“su precario estado de salud física, los problemas cognitivos o mentales que suelen sufrir, su frecuente discapacidad, o su condición de enfermos terminales, incrementa importantemente la posibilidad de que sean víctimas de abusos, agresiones sexuales y otras*

⁹⁶ Andrea Cerda et al. (Pastoral Carcelaria de la Iglesia Católica e Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales), *Informe Final 2014-2015: Observatorio Violencia y Cárcel* (Santiago de Chile, 2016), 25.

⁹⁷ Centro de derechos humanos (Universidad Diego Portales), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014* (Santiago de Chile, 2014), 265.

⁹⁸ *Ibid.*, 267.

⁹⁹ Sánchez Cea y Piñol Arriagada, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*, 32 – 33.

¹⁰⁰ Cerda et al. (Pastoral Carcelaria de la Iglesia Católica e Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales), *Informe Final 2014-2015: Observatorio Violencia y Cárcel*, 94 – 95.

*formas de violencia por parte de los demás reclusos y del personal penitenciario, ya sea como deliberado abuso de poder o por negligencia debido a su insuficiente preparación para tratar con este tipo de reclusos”.*¹⁰¹

A nivel internacional, ha existido preocupación porque se investiguen los actos de violencia cometidos al interior de los recintos penitenciarios, por ejemplo, entre las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), la regla 71 señala que sin menoscabo de que se inicie una investigación interna, el director del establecimiento penitenciario comunicará sin dilación a la autoridad competente todo fallecimiento, desaparición, lesión grave u otro acto que constituya tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de un recluso.

En el mismo sentido, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en su principio 34, dispone que si una persona detenida o presa muere o desaparece durante su detención o prisión, un juez u otra autoridad, de oficio o a instancias de un miembro de la familia de esa persona o de alguna persona que tenga conocimiento del caso, investigará la causa de la muerte o desaparición. Cuando las circunstancias lo justifiquen, se llevará a cabo una investigación iniciada de la misma manera cuando la muerte o desaparición ocurra poco después de terminada la detención o prisión.

2.4. Exclusión social.

El tema de la exclusión social es un concepto de complejo, relativamente reciente e inicialmente vinculado a la pobreza, que se entiende en palabras de JIMENEZ como *“un proceso multidimensional, que tiende a menudo a acumular, combinar y separar, tanto a individuos como a colectivos, de una serie de derechos sociales tales como el trabajo, la educación, la salud, la cultura, la economía y la política, a lo que otros colectivos sí tienen acceso y posibilidad de disfrute y que terminan por anular el concepto de ciudadanía”*¹⁰²

Respecto de la población penal, existe una relación bidireccional entre la población privada de libertad y la exclusión social, a mayor exclusión social habría más propensión a cometer delitos cuya consecuencia sea la aplicación de penas de cárcel; y por otro, la estadía en la cárcel empeora las

¹⁰¹ Arévalo, *Algunas reflexiones en torno a las penas privativas de libertad en el derecho penal chileno y comparado: hacia un régimen de ejecución humanitario*, 122 – 123.

¹⁰² Magdalena Jiménez, “Aproximación teórica de la exclusión social: Complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos XXXIV*, no. 1 (2008), 178.

condiciones de vida de las personas privadas de libertad, agudizando aún más su situación de exclusión.¹⁰³ De manera que la cárcel funciona como un lugar que incrementa la exclusión social, los reclusos no sólo pierden su libertad ambulatoria, sino que de facto se les dificulta el disfrute de otros derechos de los cuales no han sido jurídicamente privados, pero que dadas las condiciones carcelarias no pueden ejercer¹⁰⁴.

Cifras publicadas por Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo, durante el año 2015, dejaron de manifiesto la exclusión social de la población penal mayor que la presente en la población general, al comparar en distintos ámbitos como formativo, laboral, salud, entre otros. Esta exclusión por lo demás era mayor en la población masculina privada de libertad, ya que las mujeres privadas de su libertad presentan mayor acceso a derechos en las áreas laborales, de salud y ejercicio de deberes cívicos.¹⁰⁵

A modo de ejemplo, en el ámbito formativo se evidenciaron en la población penal tasas de analfabetismo de un 7,3%, superiores al 4,8% de la población general, así como una diferencia abismal de 40 puntos en la escolaridad, concretamente, sólo 14% de los internos encuestados había finalizado su educación escolar antes de estar privado de libertad, contrastando al 54,3% de la población de la población general que lo logró, de acuerdo a la información de Casen, del año 2013. Diferencia que se mantenía en el ingreso a la educación superior, donde sólo el 6,2% de los encuestados ingresó a la educación superior, ya sea técnica o universitaria, a diferencia de un 24,1% de la población general. Cuestión que se vincula a la baja supervisión parental y la reiteración de conductas intergeneracionales, pues el 29% de las madres y el 22% de los padres de la población encuestada abandonó la escuela durante la educación básica y sólo 15% y 16% respectivamente aprobó cuarto medio.¹⁰⁶

En el ámbito laboral, se observó que las experiencias laborales previas a la encarcelación eran precarias, aspecto que no cambia necesariamente dentro del recinto penitenciario, donde no hay suficientes oportunidades laborales formales ni continuidad de ellas post condena.¹⁰⁷ Además, entre las razones de no trabajo intrapenitenciario un 2,6% de los hombres encuestados y un 9,1% de las mujeres encuestadas expresaron tener alguna enfermedad o discapacidad¹⁰⁸.

¹⁰³ Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo, *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad*, 20.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 20 – 21.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 157.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 70 – 80.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 91.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 89.

En cuanto a la salud, se observaron diferencias significativas de acceso a la salud de parte de la población penal, tanto previo a su privación de libertad como con posterioridad a este, manifestando muchos no recibir el tratamiento que necesitaban para sus enfermedades.¹⁰⁹

Incluso en lo social y relacional, si bien se observó que la mayoría de la población estudiada lograba mantener algunos de los vínculos que traía desde afuera, la cárcel sigue siendo un lugar que marca una distancia y quiebra estructuras familiares, donde el 68,6% señaló ver afectados sus vínculos más cercanos por el hecho de estar en la cárcel. El porcentaje de personas que no es visitada señaló que se debe principalmente a no contar con dinero para los traslados (48,8%) y porque no quieren visitarlo en ese lugar (25%).¹¹⁰

El estudio condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile, del año 2015, destacó que si bien en Chile el porcentaje de personas que reciben visitas es comparativamente alto (en comparación a otros países de la región), la lejanía de los penales se constituye como el principal impedimento para realizar las visitas, dado que los familiares demoran un promedio de 2,4 horas en ir desde su casa hasta la unidad penal correspondiente. Además, las familias que señalaron el gasto económico como impedimento, debían gastar por cada visita \$9.231 en transporte, y cerca de \$13.550 en otros ítems relacionados a las mismas (cosas que compran a los internos principalmente), lo cual suma un total de \$22.781 por visita¹¹¹. Monto que para los familiares de la población penal de edad avanzada o gravemente enferma puede aumentar considerablemente, teniendo presente que como se señaló en el apartado de los problemas de acceso de salud, no siempre reciben los medicamentos al interior del establecimiento penitenciario, y en consecuencia deben ser ingresados por sus visitas.

La falta o deterioro de las redes resulta especialmente preocupante para la población penal anciana, pues los reclusos condenados a penas de encarcelamiento prolongadas o con un largo historial delictivo son quienes tienen más probabilidades de perder el contacto con sus familiares, lo que supone problemas especiales en el caso de los reclusos ancianos al terminar de cumplir sus condenas, puesto que muchos de ellos no tienen familiares con quienes volver y, por su edad, es poco probable que puedan conseguir

¹⁰⁹ Ibid., 96.

¹¹⁰ Ibid., 127.

¹¹¹ Sánchez Cea y Piñol Arriagada, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*, 30.

trabajo.¹¹² Esto también se vincula con la aparición de sentimientos negativos, como la soledad, la tristeza y/o la añoranza, que actúa como un factor de riesgo, al dejar desprovistos a reos de afecto y de motivación para salir de las prisiones¹¹³, que puede llevar a la aparición de la ideación suicida o incluso al suicidio.

Así las cosas, estudios recientes demuestran que los adultos mayores (en general) presentan la tasa de suicidio más alta del país, liderando el rango etario compuesto por los mayores de 80 años, con 17,7 suicidios por cada 100 mil habitantes, al que le sigue el de 70 a 79 años, con una tasa de suicidio de 15,4, en condiciones que el promedio apenas supera la cifra de 10 suicidios por cada 100 mil habitantes¹¹⁴. Cifra que se explica por factores como la soledad, abandono, enfermedades, pérdida de autonomía y pobreza.

En este sentido, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) la pérdida de los vínculos familiares y la muerte de familiares y amigos influyen en el bienestar mental de los reclusos de la tercera edad y su posibilidad de reubicarse exitosamente tras la liberación. Y particularmente las mujeres de tercera edad sufren una separación de su familia y comunidades.¹¹⁵

Por otro lado, de acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las personas privadas de libertad que viven con VIH/SIDA y con tuberculosis u otras enfermedades desatendidas, como las cutáneas, constituyen uno de los grupos más estigmatizados de la población penal, con mayor riesgo de ser sometidos a aislamiento social, violencia y otros abusos a sus derechos humanos, tanto por parte de otros reclusos, como del personal penitenciario¹¹⁶. Es decir, sufren el doble estigma del encarcelamiento y de padecer de una enfermedad, que los aleja de la sociedad tanto dentro como fuera del recinto penitenciario.

Así, la cárcel agrava las situaciones de desigualdad y vulnerabilidad presentes en la sociedad en general, deshumanizando a los internos, que ven cada aspecto de su vida deteriorado, lo que implica

¹¹² Coyle, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*, 154.

¹¹³ Lydia Sánchez y Ladislao Bernaldo, “Las personas mayores en los centro penitenciarios: Carencias en los recursos especializados y necesidad de programas educativos”, *RES, Revista de Educación Social* no. 22 (2016) <http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=690> (Consultado el 29 de enero de 2019), 130.

¹¹⁴ Martín Espinoza, “¿Por qué los adultos mayores presentan la tasa más alta de suicidios?”, *Diario Uchile*, 30 de agosto 2018, <https://radio.uchile.cl/2018/08/30/por-que-los-adultos-mayores-presentan-la-tasa-mas-alta-de-suicidios/> (Consultado el 13 de Febrero de 2019).

¹¹⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales* (Nueva York, 2009), 131.

¹¹⁶ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas*, 213.

sufrimientos adicionales a la pena propiamente tal, con lo que se vulnera el principio de proporcionalidad. Además, de producir que algunos individuos pierdan el interés de volver a la sociedad o que no puedan hacerlo por una salud deteriorada por las condiciones de la cárcel, lo que dificulta a la larga el cumplimiento de los objetivos de resocialización.

CAPÍTULO TERCERO. NORMATIVA VIGENTE E INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN LA MATERIA.

1. Legislación Nacional.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se reconocen derechos fundamentales a todas personas, esencialmente en las garantías constitucionales consagradas en la carta fundamental, como en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y existen avances en la protección de grupos vulnerables como los ancianos, no obstante, la legislación relativa o aplicable a los ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables privados de libertad es escasa. A fin de entender el problema legal, se revisará qué dice nuestra legislación respecto de cada grupo, si es considerada su situación particular para la concesión de beneficios intrapenitenciarios y de libertad condicional, y finalmente, si el indulto puede ser visto como una solución a los problemas que supone su estancia en recintos penales.

1.1. Situación de ancianos.

Chile ha sido consciente de la vulnerabilidad y necesidad de protección de los ancianos, lo que se refleja en la suscripción de instrumentos internacionales, por ejemplo, con fecha 15 de junio de 2015, en el marco del 45 periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), nuestro país suscribió la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En la misma línea, con fecha 29 de mayo de 2017 se promulgó en nuestro país la ley N° 21.013 que tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial, es decir, niños, niñas o adolescentes menores de dieciocho años, adultos mayores o personas en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422. Ley que introduce al Código penal los Artículos 403 y siguientes, de los que destacan el Artículo 403 bis, que aumenta las penas para quien de manera relevante, maltrata corporalmente a una de las personas señaladas en la ley y el Artículo 403 ter, que tipifica el someter a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del Artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad.

Además, puede ser aplicable en algunos casos la ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, respecto de los ancianos que manifiesten algún grado de discapacidad.

Sin embargo, el legislador no se ha hecho cargo específicamente de la situación de los ancianos privados de libertad, que como se expuso en el capítulo segundo, presentan una mayor exposición a sufrir deterioro en su salud, y a ser víctima de violencia y otros tratos degradantes que afectan profundamente su dignidad humana en el último estadio de su vida.

No existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que regulen el cumplimiento de penas privativas de libertad de personas de edad avanzada que sean coherentes con los estándares internacionales de trato digno y humano a las personas privadas de libertad, de manera de poder dar cumplimiento a los deberes adquiridos por nuestro estado mediante la ratificación de instrumentos internacionales. Así como tampoco se logran cumplir los fines de protección a la población de edad avanzada de acuerdo a la Ley N° 21.013, pues día a día en los distintos establecimientos penitenciarios chilenos se expone a este grupo a sufrir maltratos físicos y psicológicos, y se afecta su dignidad al no darles los cuidados mínimos que por su edad requieren.

1.2. Situación de enfermos terminales.

De acuerdo a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) *“el término enfermedad terminal se refiere a una situación en la cual no hay ninguna posibilidad médica de que la condición del paciente mejore y no termine en la muerte”*.¹¹⁷

Este tipo de enfermedad se caracteriza por: (1) estar avanzada, ser progresiva e incurable; (2) la falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; (3) presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; (4) generar gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; (5) y contar con un pronóstico de vida inferior a 6 meses.¹¹⁸

¹¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, 145.

¹¹⁸ Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), *Guía de Cuidados Paliativos*, <http://www.secpal.com/Documentos/Paginas/guiacp.pdf> (Consultado el 17 de enero de 2019), 4.

Nuestra legislación reconoce a los enfermos terminales en general el derecho a vivir con dignidad hasta el momento de su muerte, es decir, a morir con dignidad. En efecto, 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, señala en su Artículo 16 inciso cuarto que *“Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, 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.”*

Sin embargo, este derecho no ha podido ser garantizado a la población común y menos a la población penal. En las condiciones actuales que presentan los establecimientos penitenciarios es prácticamente imposible de garantizar a los enfermos terminales privados de libertad el morir con dignidad. Múltiples internos enfermos han tenido que pasar sus últimos momentos de vida engrillados y sin un tratamiento adecuado que les permita minimizar el sufrimiento que conlleva la etapa final de su correspondiente enfermedad. Por ejemplo, durante el año 2014, se hizo conocido a través de la prensa el caso de Juan Montupin, preso con VIH y descendiente mapuche, quien murió esposado a una cama del hospital Van Buren en marzo del mismo año, pese a la solicitud de su familia de retirar las medidas de seguridad en su contra debido a su estado de agonía, sin recibir de parte de Gendarmería su terapia antirretroviral como estipula la ley¹¹⁹. Lo que revela una total vulneración a su dignidad humana.

Además, tampoco existe en Chile una regulación específica para el caso de los enfermos terminales que están cumpliendo penas privativas de libertad, que señale beneficios o formas alternativas para el cumplimiento de las condenas, como si existen en el derecho comparado.

Sólo para el caso del indulto, en relación a las personas condenadas a presidio perpetuo calificado, el Artículo 32 bis N° 3 del Código Penal señala que *“(…) sólo procederá a su respecto el indulto particular por razones de Estado o por el padecimiento de un estado de salud grave e irrecurable, debidamente acreditado, que importe inminente riesgo de muerte o inutilidad física de tal magnitud que le impida valerse por sí mismo (...)”*. Fuera de eso, no existen otras referencias a los enfermos terminales privados de libertad. Por lo demás, no parece ser el indulto una salida adecuada a este problema, pues deja el derecho a salud y la dignidad del condenado a la discreción del Presidente de la República.

¹¹⁹ Claudio Pizarro, “Morir engrillado en Chile: El dramático caso de Juan Montupin”, *The Clinic*, 06 de Agosto de 2014, <https://www.theclinic.cl/2014/08/06/morir-engrillado-en-chile-el-dramatico-caso-de-juan-montupin/> (Consultado el 18 de Enero de 2019).

1.3. Situación de personas que padecen enfermedades graves, crónicas e incurables.

No existe una definición legal de enfermedad grave, crónica e incurable, sin embargo, de acuerdo a la Real Academia Española, los adjetivos grave e incurable refieren a algo grande, de mucha entidad o importancia, por ejemplo, un negocio o enfermedad grave, y a algo que no se puede curar o no puede sanar, muy difícil de curar, o que no tiene enmienda ni remedio, respectivamente. Mientras que, siguiendo a la OMS, las enfermedades crónicas son enfermedades de larga duración y por lo general de progresión lenta, por ejemplo, enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la diabetes, las cuales son las principales causas de mortalidad en el mundo, siendo responsables del 63% de las muertes.¹²⁰

Es decir, este grupo comprende personas que por la gravedad de su afección requieren tratamientos y cuidados médicos constantes y especializados, que muy difícilmente se puedan brindar al interior de un establecimiento penitenciario, causando su deterioro. Y, que si bien, no tienen un peligro de muerte inminente o inmediato, sí tienen uno cercano.

Al igual que con los dos grupos anteriores, no existe una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico que conceda beneficios, contemple medidas alternativas para el cumplimiento de la condena o una liberación compasiva. Y si bien han existido iniciativas de legislar en la materia, que se analizarán más adelante, ninguna ha tenido grandes avances.

1.4. Beneficios penitenciarios y libertad condicional.

Los ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables acceden a beneficios intrapenitenciarios y a libertad condicional con los mismos requisitos que la población penal común, sin considerar su situación particular.

Los permisos de salida (esporádica, dominical, de fin de semana y controlada al medio libre) están contemplados para población penal capaz de ser resocializada, salvo la salida esporádica que está establecida con motivos humanitarios, por lo que no son adecuados para afrontar el problema de estos tres grupos, que se caracterizan por que la reinserción o resocialización ya no es posible.

¹²⁰ Organización Mundial de la Salud, Enfermedades crónicas, https://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/ (Consultado el 20 de Enero de 2019).

Pensando por ejemplo en la salida controlada al medio libre, que tiene como objeto *“concurrir a establecimientos de capacitación laboral o educacional, a instituciones de rehabilitación social o de orientación personal, con el fin de buscar o desempeñar trabajos”*, es evidente que no será posible para personas gravemente enfermas, que muchas veces no pueden moverse por sí mismas y necesitan asistencia de terceros para sus actividades básicas.

Incluso al revisar los requisitos para optar a los Permisos de Salida, es decir:

- I. Haber observado muy buena conducta en los tres bimestres (seis meses) anteriores a su postulación. No obstante a ello, se examinará la conducta del postulante durante toda su vida intrapenitenciaria a fin de constatar si, con anterioridad a los tres bimestres referidos, registra infracciones disciplinarias graves a considerar antes de conceder el beneficio.
- II. Haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento, salvo que el postulante acredite dificultades de aprendizaje o estudios superiores a los que brinda el establecimiento.
- III. Haber asistido en forma regular y constante en las actividades programadas en la unidad, tales como de capacitación y trabajo, culturales, recreacionales.
- IV. Tener la posibilidad cierta de contar con medios o recursos de apoyo o asistencia, sean familiares, penitenciarios o de las redes sociales.¹²¹

Queda de manifiesto que serán imposibles de cumplir por la población penal más débil, como son los internos de edad avanzada y con enfermedades graves. Los ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables no siempre tienen las condiciones físicas para asistir a la escuela o actividades programadas. Además, son víctimas de una mayor exclusión social que el resto de la población penal, por lo que pueden no contar con medios o recursos de apoyo o asistencia intra o extra penitenciarios.

Sólo el Artículo 38 del Reglamento Penitenciario regula una salida ambulatoria por requerimientos de salud, al señalar que *“Los detenidos y sujetos a prisión preventiva podrán salir de los establecimientos penitenciarios por orden del Juez de la causa en casos graves de enfermedad o accidentes. En caso de enfermedad grave y de extrema urgencia, el Jefe del Establecimiento podrá autorizar bajo su responsabilidad salidas sin la correspondiente autorización judicial, siempre que ésta no pudiere ser recabada oportunamente, adoptando las medidas necesarias para no entorpecer la acción de la justicia y dando inmediata cuenta de lo actuado al Juez de la causa y al Director Regional de Gendarmería de*

¹²¹ Gendarmería de Chile, Beneficios intrapenitenciarios, <http://www.gendarmeria.gob.cl/beneficios.jsp> (Consultado el 29 de Enero de 2019).

Chile.” Sin embargo, de su nombre y la redacción del artículo se desprende que es una medida temporal y no una solución al largo plazo, por lo que no es suficiente para garantizar los derechos fundamentales de estos individuos.

Por otra parte, la libertad condicional tampoco parece idónea, ya que está diseñada como el punto culminante del esquema gradual de reinserción y no por razones humanitarias. De acuerdo al Artículo 1° inciso primero del Decreto ley N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, *“La libertad condicional es un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad y a quien se le concediere, demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social.”*

Lo que se manifiesta en los requisitos “para poder postular”, extraídos de la página web de Gendarmería de Chile:

- I. Haber cumplido la mitad de la que se le impuso por sentencia definitiva.
- II. Haber observado conducta intachable.
- III. Haber aprendido un oficio si hay talleres donde cumple la condena o mantener una actividad laboral.
- IV. Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento.¹²²

Requisitos que también están diseñados para población joven y sana, pero difícilmente son posibles de cumplir por personas que algunas veces no pueden siquiera desplazarse.

Este problema no es desconocido para el legislador, durante el año 2018 existió una propuesta en la Comisión Mixta del Boletín N° 10.696-07, Libertad Condicional, para permitir la libertad condicional de aquellas personas de ochenta años de edad o más, que hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena de la condena impuesta, con excepción a los condenados a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, quienes debían tener cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente. Sin embargo, fue rechazada por seis votos contra dos, porque se consideró que permitía la libertad condicional de violadores de derechos humanos por razones humanitarias.¹²³

Ahora bien la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) reconoce que la participación mínima en los programas de actividades para reclusos puede poner a la población penal

¹²² Ibid.

¹²³ Rienzi Franco, “Oposición rechaza indicación del Gobierno para libertad condicional de enfermos terminales”, *El Mercurio*, 03 de Octubre de 2018, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=509696> (Consultado el 18 de Enero de 2019)

anciana en una desventaja al ser candidatos para liberación condicional y que incluso estudios han demostrado que son mejores candidatos para una liberación condicional temprana que los delincuentes juveniles porque la reincidencia se reduce con la edad y la mayoría de los reclusos con penas largas no representa un riesgo para la seguridad.¹²⁴

1.5. Amnistía e indulto como medios de enfrentar el problema.

La amnistía consiste en un mecanismo que permite la excarcelación anticipada basada en el perdón del delito y se justifica cuando el castigo se vuelve innecesario en consideración a los supuestos sociales estructurales sobre los que descansa el delito, de ahí que suele usarse para delitos políticos. En consecuencia, no es la vía idónea para dar una solución humanitaria a ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables que se encuentran privados de libertad.

Por otra parte, el indulto, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española consiste en la “Gracia por la cual se remite total o parcialmente o se conmuta una pena” o la “Gracia que excepcionalmente concede el jefe del Estado, por la cual perdona total o parcialmente una pena o la conmuta por otra más benigna”, es decir, el perdón de la pena pendiente, por lo que requiere de una sentencia ejecutoriada, y no libra al favorecido del carácter de condenado para los efectos de la reincidencia. Se clasifica de acuerdo a su alcance en general o particular y de acuerdo a sus efectos en total o parcial. El indulto general es materia de ley, que sólo puede originarse en el Senado, mientras que el indulto particular es una gracia presidencial que beneficia a una o más personas determinadas, mediante Decreto Supremo, que lleva la firma del Ministro de Justicia.

Como se adelantara más arriba, solo el Artículo 32 bis N°3 del Código Penal hace referencia a las personas con una salud deteriorada, permitiendo la procedencia excepcional del indulto particular, pero en el marco de los condenados a presidio perpetuo calificado. Esta norma, fue introducida mediante la ley N°19.734, que derogó la pena de muerte en nuestro país, y tuvo por objeto limitar las facultades de la presidencia de la República en materia de indulto, con la finalidad de que las personas condenadas a presidio perpetuo no pudiesen ser beneficiadas con esta gracia, salvo riesgo de muerte o grave inutilidad física.¹²⁵ Es decir su origen no se encuentra dado por razones humanitarias, sino que tuvo fines

¹²⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, 132 – 133.

¹²⁵ Proyecto de ley N° 11.569-07, que modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad, 9 – 10.

esencialmente políticos. Lo que explica que no se creara una norma que se refiriera de manera general al indulto de los enfermos terminales.

No obstante lo anterior, en la práctica el indulto particular ha sido la vía utilizada para solicitar y/o lograr la excarcelación anticipada por razones humanitarias de la población penal en grave estado de salud. Aun así, no parece ser la solución adecuada por ser una institución altamente discrecional y poco transparente para su concesión. Discrecionalidad que sólo se explica por el hecho de ser un resabio de las facultades del monarca en el contexto de las monarquías absolutas. Sumado a eso, el hecho de tener que pasar por el Presidente de la República y por el Ministerio de justicia dilata su concesión, en condiciones que estas personas no cuentan con mucho tiempo de vida.

Los cuestionamientos al indulto se reflejan en su disminución dramática, descontando el indulto general del año 2012 (Ley N° 20.588) que sacó a 4.029 personas de la cárcel, desde el retorno a la democracia se aprecia una baja progresiva de los indultos particulares. Durante el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994) se les entregó el beneficio a 928 personas. El número bajó a 343 a lo largo del mandato de Eduardo Frei (1994-2000), a 240 en el gobierno de Ricardo Lagos (2000-2006), a 67 en la primera administración de Michelle Bachelet (2006-2010) y a solo 13 en el primer gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014). Y en la misma línea siguió el segundo gobierno de Michelle Bachelet.¹²⁶ Ya en el segundo gobierno de Piñera, según información difundida por la prensa durante junio de 2018, se otorgó indulto a tres personas, todos los casos fueron por “razones humanitarias de salud”¹²⁷.

Al respecto el Instituto Nacional de Derechos Humanos también ha sido crítico, señalando que el indulto presidencial, al ser una facultad esencialmente discrecional, no debería ser la forma de solucionar este tipo de casos, ya que su concesión o rechazo, no obedece necesariamente a criterios o argumentos objetivos.¹²⁸

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la adopción de medidas de efecto inmediato como los indultos presidenciales o la liberación colectiva de determinadas

¹²⁶ Rodolfo Westhoff, “El mundo de los indultos presidenciales en Chile y las cifras que deberíamos conocer”, *El Definido*, 11 de Enero de 2018, <https://www.eldefinido.cl/actualidad/pais/9511/El-mundo-de-los-indultos-en-Chile-y-las-cifras-que-deberiamos-conocer/> (Consultado el 29 de Enero de 2019).

¹²⁷ Sebastián Vedoya, “Gobierno ha concedido tres indultos: uno fue a reo de Punta Peuco”, *La Tercera*, 24 de Junio de 2018, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-ha-concedido-tres-indultos-uno-fue-reo-punta-peuco/218459/> (Consultado el 30 de Enero de 2019).

¹²⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Opinión INDH Sobre Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal o Neurodegenerativas*, 28.

categorías de presos, por razones de edad, condición de salud, levedad de los delitos, entre otras no representan soluciones sostenibles para los problemas penitenciarios. Aunque las mismas pueden ser necesarias en situaciones en las que es necesario adoptar medidas urgentes de impacto inmediato.¹²⁹

2. Instrumentos internacionales.

2.1. Ancianos.

2.1.1. Tratados internacionales.

Las referencias a los ancianos en tratados internacionales son escasas y generalmente limitadas a la seguridad social y al derecho a un nivel de vida adecuado, siendo tradicionalmente abordada su situación mediante instrumentos de soft law o derecho blando. Por lo que no sorprende que los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tampoco se refieran a la situación más específica de los ancianos privados de libertad. Sin perjuicio de que los derechos reconocidos por estos en tanto persona les son aplicables en la medida en que sean compatibles con la privación de libertad.

Esta deficiencia se trató de dejar atrás con la dictación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por Chile durante el año 2017, que reveló una intención real de parte de los Estados Latinoamericanos en orden a adquirir obligaciones cuyo cumplimiento fuera efectivo, más aún si se pondera que el impacto que de este instrumento en la confección y desarrollo de las políticas públicas de cada país debiese ser de importancia¹³⁰. Pues en su Artículo 1° inciso segundo impone una obligación de legislar si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en esta Convención no estuviere ya garantizado.

Además, en el Artículo 4 que establece deberes para los estados parte, de los que destaca la letra a), que señala que los estados “*Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización,*

¹²⁹ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 177.

¹³⁰ Felipe Herrera et al., *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores: Análisis de brechas legislativas y propuestas para su implementación en Chile* (Santiago de Chile: Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2018), 55.

tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor.”. Este Artículo reconoce expresamente los países adoptarán medidas contra prácticas como aislamiento, hacinamiento, tratamientos médicos inadecuados, que son habituales en los establecimientos penitenciarios del país, y que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen penas crueles, inhumanas o degradantes para los adultos mayores. Con el mismo fin de mejorar la situación de los ancianos, la Convención llama más adelante a capacitar a diferentes funcionarios públicos, incluyendo personal penitenciario y de salud.

Respecto de los derechos de los adultos mayores, en el Artículo 5 se hace cargo del derecho a la igualdad y no discriminación, señala en el inciso segundo 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 (...)”*.

En el Artículo 6 se refiere al derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, señalando en el inciso primero que *“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.”* Lo que guarda consonancia con nuestra legislación, que reconoce en la ley N° 20.584 el derecho a morir con dignidad. Por lo que, siguiendo esa línea, la Convención llama a los estados parte a tomar medidas para garantizar un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

Continúa en el Artículo 9 con el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, Artículo 10 derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, Artículo 13 derecho a la libertad personal, Artículo 19 derecho a la salud, entre otros.

Para efectos de esta memoria de prueba, la disposición más relevante corresponde el Artículo 13, relativo al Derecho a la libertad personal, que señala en su inciso tercero y cuarto que *“Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso*

tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención.”

Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.”

Sobre el particular, consta en la historia del Decreto Supremo N° 162 que Aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que durante el segundo trámite constitucional en el Senado se hizo presente por los senadores Baldo Prokuriça, Francisco Chahuán, Lily Perez, Hernán Larraín y Juan Antonio Coloma la situación de los ancianos enfermos privados de libertad, así como la necesidad de que esta Convención no se quede en meras declaraciones y se logren avances en la materia, esto con miras de legislar en un futuro sobre alternativas a la reclusión por razones humanitarias.

Concretamente, el Senador Prokuriça señaló que *“en nuestras cárceles hay personas mayores de edad que padecen enfermedades catastróficas y que están pasando por situaciones que a nuestro juicio no deberían ocurrir en un país civilizado. Hace unos días denuncié ante el nuevo Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos la situación que está afectando a algunos enfermos terminales que se hallan en diversos recintos penales del país. En la Quinta Región hay seis; en la Octava, uno; en la Décima, otro; en Punta Peuco, tres, y en la cárcel de Arica, otro más. Incluso en Punta Peuco se encuentra detenida una persona con alzhéimer. Ello no calza con los tratados que nosotros firmamos. No resulta admisible que nosotros aprobemos normas de esta naturaleza y las autoridades se mantengan como si estas situaciones no estuviesen ocurriendo”*.¹³¹ Por otro lado, el Senador Chahuán declaró *“emplazamos al Ejecutivo a no quedarnos en las declaraciones de esta Convención; a que lo expresado por el Subsecretario no solo tenga claridad interpretativa, sino a que adicionalmente se pueda avanzar en proyectos de ley que permitan, por ejemplo, que adultos mayores, personas con Alzheimer o con enfermedades incurables que se encuentran viviendo sus últimos días o que se hallen en condiciones desventajosas, como las que he señalado, puedan también recibir por parte del Estado la debida*

¹³¹ Historia del Decreto Supremo N° 162 Aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, durante su XLV Periodo Ordinario de Sesiones, celebrada en Washington, D.C., Estados Unidos de América.

*comprensión y dignidad en su tratamiento.*¹³² Mientras que el Senador Larraín señaló que con este Artículo “*se hace justicia en cuanto a una situación que ya ha sido recogida en la gran mayoría de las legislaciones del mundo: el cumplimiento alternativo de las penas por las personas de la tercera edad, particularmente cuando sufren una enfermedad grave.*”¹³³

Constando así que el legislador es perfectamente consciente de las obligaciones internacionales que asumió en la materia. Siendo menester que cumpla y que esta convención no quede en el papel, perpetuándose las vulneraciones a los derechos de las personas mayores.

2.1.2. Guías Internacionales.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) son plenamente aplicables a la población de edad avanzada. Al respecto en su Regla 2 inciso segundo, relativa a la igualdad y no discriminación, establece que “*Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario*”. Y luego en su Regla 11 se refiere a la separación por categorías.

Del mismo modo, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado en 1988, que si bien no dice mucho de este grupo, en su Principio 5 inciso segundo, relativo a la igualdad y no discriminación, señala que “*Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de (...) las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias*”

Asimismo, les son aplicables los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de la tercera edad, adoptados en 1991, los cuales señalan respecto a los cuidados de las personas de edad, que estas deberán “*tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de la enfermedad*”, y “*poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su*

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

cuidado y sobre la calidad de su vida”. Así como poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales y recibir un trato digno, entre otras cosas.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha emitido una serie de recomendaciones respecto de este grupo en el Manual sobre Reclusos con necesidades especiales, entre ellas destaca que recomienda a las autoridades encargadas de las condenas buscar una política de justicia penal bajo la cual sólo se impongan condenas de pena prolongada si son necesarias para la protección de la sociedad, y tomar en cuenta la edad de los delincuentes, su salud física y mental, así como las posibilidades de recibir atención adecuada en la prisión al emitir la sentencia, para garantizar que las condenas no tengan castigos desproporcionadamente severos.

En relación a los cuidados de la salud recomienda garantizar que se cumplan las necesidades de atención médica, nutricional y psicológica de los reclusos de la tercera edad, mediante el compromiso de un equipo multidisciplinario de personal especializado.

Además, dedica un apartado a Liberación condicional temprana, liberación temprana por motivos humanitarios y amnistías donde recomienda desarrollar criterios diferentes de elegibilidad para la liberación condicional, liberar por motivos humanitarios a los reclusos de la tercera edad que necesitan constante cuidado de enfermería especializado, y que no presenten un riesgo para la sociedad, transfiriéndolos a una institución adecuada en la comunidad, así como garantizar que los reclusos de la tercera edad, en especial las mujeres de edad, sean uno de los grupos de reclusos con prioridad de liberación conforme a las leyes de amnistía, etc.¹³⁴

Finalmente, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados el 2008, se refieren directamente a las personas adultas mayores en reiteradas ocasiones. A modo de ejemplo, su Principio II de igualdad y no discriminación señala que *“No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos (...) de las personas adultas mayores (...)”*. En el Principio X, ya citado, relativo a la salud dispone que *“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, (...) las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores (...)”*.

¹³⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, 142 – 144.

También se refiere a ellos en el Principio XIII sobre albergue, condiciones de higiene y vestido, disponiendo que *“Las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras”*. Y en el Principio XIX que establece la separación por categorías.

2.2. Enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables.

Atendido que la legislación internacional relativa a los enfermos privados de libertad es limitada y no distingue el tipo de enfermedad, es decir, si corresponde a una enfermedad terminal o una grave, crónica e incurable, se trataran ambos grupos en un mismo apartado.

2.2.1. Tratados internacionales.

Los tratados internacionales no se hacen cargo expresamente de la situación de los enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables que se encuentran privados de libertad. Sin embargo, son plenamente aplicables a su respecto los diversos tratados que hacen referencia al derecho a la salud. Entre estos uno de los principales es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966, que en su Artículo 12 inciso primero establece que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Luego, en el inciso segundo señala una serie de medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, entre ellos, aplican a la población penal las letras c) y d), consistentes en la prevención, tratamiento y lucha contra enfermedades de otra índole, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Al mismo tiempo, es aplicable la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores respecto de los enfermos de edad avanzada. Al respecto la Convención en su Artículo 6 inciso segundo, relativo al derecho a la vida y dignidad en la vejez, señala que *“Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el*

aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado”.

Luego, en su Artículo 19, respecto al derecho a la salud, dispone en su inciso segundo que *“Los Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social”*, para lo cual los estados se comprometen a una serie de medidas que se señalan.

2.2.2. Guías Internacionales.

Respecto de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) al igual que los ancianos, de acuerdo a la Regla 2 relativa a igualdad y no discriminación, se tendrán en cuenta las necesidades especiales de este grupo vulnerable. A su vez, existe un apartado titulado “Servicios Médicos”, compuesto por las reglas 24 a 35, las que tienen por objeto garantizar el derecho a la salud a los privados de libertad.

La Regla 24 inciso primero recalca la posición de garante del estado y su obligación de satisfacer este derecho a la población penal, garantizando el acceso a la salud sin discriminación en los siguientes términos *“Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica”*, para lo cual señala que todo establecimiento penitenciario contará con un servicio de atención sanitaria (Regla 25 inciso primero) y el médico u otro profesional de salud procurará reconocer las necesidades de atención de la salud y adoptar todas las medidas necesarias para el tratamiento (Regla 30 letra a). Además, según la Regla 31 *“El médico o, cuando proceda, otros profesionales de la salud competentes, tendrán acceso diario a todos los reclusos enfermos, a todos los que afirmen padecer enfermedades o lesiones físicas o mentales y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención (...)”* Y en la Regla 33 *“El médico informará al director del establecimiento penitenciario cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser perjudicada por su reclusión continuada o por determinadas condiciones de reclusión.”*

Posteriormente, las Reglas 109 y 110 regulan la situación de los “Reclusos con discapacidades o enfermedades mentales”, señalando en la Regla 109 inciso primero que “*No deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables o a quienes se diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave, cuyo estado pudiera agravarse en prisión, y se procurará trasladar a esas personas a centros de salud mental lo antes posible*”, que podría interpretarse como la posibilidad de medidas alternativas al cumplimiento de la condena para los internos con un deficiente estado de salud. Sin embargo, tal como han señalado MEZA-LOPEHANDÍA y WEIDENSLAUFER, el texto muestra una ambigüedad, pues se refiere a personas con “discapacidad o enfermedades mentales”, por lo que no queda claro si se refiere tanto a personas que padecen cualquier tipo de incapacidad como a aquellas que sufren enfermedades mentales, o sólo a aquellas que padecen una discapacidad mental o enfermedad mental.¹³⁵ Atendido que posteriormente sólo habla de “tratamiento psiquiátrico” todo apunta a creer que éstas reglas se refieren únicamente a enfermos mentales.

Como se mencionó previamente, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en su Principio 5 sobre la igualdad, establece que las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y tiendan a proteger a ancianos y enfermos (sin especificar qué tipo de enfermedad) no se considerarán discriminatorias.

La Resolución 2004/35 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, titulada “Lucha contra la propagación del VIH/SIDA en los centros de prisión preventiva y los establecimientos penitenciarios del sistema de justicia penal” reconoce la necesidad de adoptar medidas para abordar los problemas de hacinamiento, violencia y acceso a servicio de atención, previsión y tratamiento. Asimismo, invita a los Estados miembro a considerar, en caso de ser apropiado y de conformidad con la legislación nacional, el uso de alternativas de encarcelamiento, así como la aplicación de la liberación temprana de reclusos con SIDA avanzado.

El Manual sobre Reclusos con necesidades especiales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) reconoce que el encarcelamiento de enfermos terminales supone una serie de problemas para el sistema, que no puede abastecer las complejas y caras necesidades de los reclusos, y para los enfermos ya que agrava el sufrimiento inherente de la condena y pierde relevancia la reintegración social.

¹³⁵ Matías Meza-Lopehandía y Christine Weidenslauffer, “Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera”, *Biblioteca del congreso nacional de Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones* (2017), 6.

Así las cosas, se ha de estimar que para enfrentar los problemas que supone la privación de libertad de enfermos terminales, establece una serie de recomendaciones. Dos de ellas están dirigidas particularmente al legislador, consistentes en la introducción de leyes y políticas que establezcan penas y medidas no privativas de la libertad para los delincuentes con enfermedades terminales, y para liberación temprana o por motivos humanitarios para los reclusos con alguna enfermedad terminal, a fin de permitirles recibir la atención médica que requieren y morir con dignidad, rodeados de sus familiares y amigos, en vez del entorno de aislamiento de las prisiones. Y garantizar que las reglas y procedimientos relacionados con los reclusos con enfermedades terminales incluyan los criterios de elegibilidad para liberación por motivos humanitarios.¹³⁶ Además, contiene otras recomendaciones dirigidas a las autoridades penitenciarias, los servicios de libertad condicional y/u otros servicios de asistencia social, orientadas al tratamiento y la liberación de reclusos con una enfermedad terminal, así como a la minimización de los efectos de la exclusión social.

Finalmente, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas se refieren a los enfermos en los mismos Principios previamente mencionados para los ancianos (Principio II, X y XII relativos a igualdad y no discriminación, salud, y albergue, respectivamente).

3. Proyectos de ley en la materia.

Legislar sobre el régimen punitivo de ancianos, enfermos terminales y personas que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables, y con ello poner a Chile al nivel de las sociedades desarrolladas en materia de derecho humanos, ha estado presente en la mente de los legisladores por años, pero por mucho tiempo cualquier iniciativa se vio frustrada por el temor a que significara la concesión de beneficios o liberación anticipada de condenados por delitos de lesa humanidad.

Sin embargo, a través de los años y con la suscripción de diversos tratados internacionales y las observaciones de organismos internacionales, ha aumentado la conciencia de la vulnerabilidad de estos grupos, de la incapacidad del sistema penitenciario de responder a sus requerimientos especiales, y la necesidad de adecuar el sistema de beneficios a su condición, así como de establecer mecanismos de cumplimiento alternativo de la condena, independiente de la inclusión o no de condenados por delitos

¹³⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, 156.

de lesa humanidad, o la imposición de requisitos adicionales respecto de ellos. Esta preocupación se manifiesta en el ingreso de una serie de proyectos durante los últimos años, entre los que destaca que durante el año 2018, existieron dos iniciativas por mensaje provenientes de sectores políticos opuestos, uno iniciado a fines del gobierno de la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet y otro iniciado durante el gobierno del actual Presidente de la República Sebastián Piñera, revelando que existe un consenso a nivel político de que llegó la hora de legislar en la materia.

Por lo tanto, en este apartado se hará una breve revisión de siete proyectos de ley relativamente recientes, iniciados desde el año 2016, de los que la mayoría figuran en tramitación, aunque sin urgencia.

3.1. Permite la aplicación de la libertad vigilada intensiva por motivos humanitarios a favor de personas condenadas gravemente enfermas (Boletín N° 10.740-07).

El Proyecto de ley Boletín N° 10.740-07, ingresado con fecha 08 de junio de 2016, proponía incorporar a la Ley N° 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, la existencia de “una enfermedad de carácter grave y terminal sobreviniente, cuyo tratamiento resulte incompatible con las atenciones que pueda brindar el recinto penitenciario” como causal para que el tribunal de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, pudiera disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, controlada mediante monitoreo telemático.

Para esto, el beneficiado debía además cumplir con el requisito de contar con un informe emitido por el Servicio Médico Legal, que diera cuenta del grado de avance de la enfermedad y el carácter terminal de esta. En caso de rechazarse, no se podría discutir nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación o bien cuando aparecieran nuevos antecedentes de salud que constituyeran motivos fundados para una nueva revisión de la decisión.

Este proyecto tiene la deficiencia de que si bien inicia hablando de distintos tipos de enfermedades y cómo estas se concentran en la población anciana, al final sólo se hace cargo de la situación de los enfermos terminales, dejando de lado a los enfermos graves ya que exige copulativamente que se trate de una enfermedad de carácter grave y terminal, y a los ancianos privados de libertad, quienes sin padecer de una enfermedad terminal pueden requerir cuidados constantes e incluso encontrarse postrados.

Además, al señalar “cuyo tratamiento resulte incompatible con las atenciones que pueda brindar el recinto penitenciario” significa que de mejorarse en el futuro los servicios médicos al interior de los establecimientos penitenciarios, se disminuiría el número de beneficiados por esta ley, en condiciones que una mejora en el servicio de salud significaría sólo la garantía del derecho a la salud, pero no necesariamente a la vida e integridad pues seguirían expuestos a mayor violencia que el resto de la población penal, no se solucionarían los problemas de exclusión social, ni se garantizaría el morir con dignidad.

3.2. Modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores (Boletín N° 10745-07).

El Proyecto de ley Boletín N° 10.745-07, ingresado con fecha 14 de junio de 2016, propone modificar el Artículo 87 del Código Penal, agregándose incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto nuevos, para permitir que los condenados calificados como de bajo compromiso delictual, que durante el cumplimiento de la pena alcancen la condición legal de adulto mayor, cumplan arresto domiciliario. Para esto, el condenado o su apoderado debe 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 deberá acreditar ante Gendarmería de Chile que cuenta con las condiciones socioeconómicas suficientes para cumplir con dicha labor.

A este proyecto se le pueden hacer diferentes críticas, por ejemplo, el requisito de “condición legal de adulto mayor”, es decir, toda persona que ha cumplido sesenta años según la Ley N° 19.828, es una edad baja en comparación con las soluciones tomadas en el derecho comparado, y donde no necesariamente se encontrará el individuo en una situación de vulnerabilidad que amerite el arresto domiciliario. También es cuestionable dejar la decisión como un acto discrecional del Jefe del Establecimiento Penitenciario, parece más apropiado que la decisión quedara entregada a los Tribunales de Justicia. Finalmente, cabe preguntarse cuáles serían “condiciones socioeconómicas suficientes”, que se exigen a la persona encargada de la custodia, ya que puede ser un requisito discriminador para los internos provenientes de familias de escasos recursos, que son mayoría, considerando además que la población penal presenta niveles de exclusión social superiores a la población común tanto previo a su ingreso a la cárcel como dentro de la misma, haciendo probable que al momento de solicitar el arresto domiciliario, cuenten con muy pocos familiares dispuestos a asumir su custodia.

3.3. 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 (Boletín N° 10746-07).

El Proyecto de ley Boletín N° 10746-07, ingresado con fecha 14 de Junio de 2016, por el mismo grupo de senadores que el proyecto anterior, propone modificar el Artículo 86 del Código Penal, introduciéndose un inciso segundo y tercero, de manera de permitir que el condenado que padezca una “enfermedad grave invalidante o terminal” pueda 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.

A primera vista, es un acierto que, a diferencia del proyecto de ley Boletín N° 10740-07, distinga enfermedades graves de enfermedades terminales, ya que con esto intenta otorgar una solución jurídica a un grupo más grande de personas. A diferencia del proyecto de ley Boletín N° 10745-07, entrega la competencia para resolver la cuestión a un tribunal lo cual también es positivo, pero no se entiende por qué el mismo grupo de legisladores propuso una solución administrativa discrecional para un grupo y una judicial para el otro. Tampoco se entiende por qué deja en este caso el cuidado a un pariente, persona o institución responsable, previa emisión de informes médico, psicológico y social, sin hacer énfasis en la condición socioeconómica de quien asuma la custodia, pese a que una persona enferma requiere cuidados más costosos.

3.4. 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 (Boletín N° 11.020-07).

El proyecto de ley Boletín N° 11.020-07, ingresado con fecha 14 de diciembre de 2016, proponía agregar un nuevo Artículo 482 bis al Código Procesal Penal que permitiera que en caso de que un condenado se encontrara con una enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible que le hiciera 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, dictara una resolución fundada disponiendo la reclusión domiciliaria y las demás medidas de seguridad que correspondieran.

3.5. 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 (Boletín N°11024-07).

El proyecto de ley Boletín N°11024-07, ingresado con fecha 14 de diciembre de 2016, originalmente proponía modificar la Ley N° 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, incorporando al inciso primero del Artículo 1°, una letra g) Reclusión domiciliaria total, a fin de permitir a los enfermos terminales la interrupción de la pena privativa de libertad, reemplazándola por esta reclusión domiciliaria total. Lo que sería conocido por un tribunal, a petición de parte, y previo informe favorable (unánime e inequívoco) de a lo menos dos médicos especialistas en el tratamiento de la respectiva enfermedad o condición patológica.

Además, señalaba que para los efectos de esta ley, se entendería por enfermedad terminal, “aquella enfermedad o condición patológica grave y progresiva, que no tiene tratamiento específico curativo o con capacidad para retrasar su evolución, y por lo tanto tiene un pronóstico fatal en un tiempo variable, pero próximo en el tiempo”.

El Pleno de la Corte Suprema se pronunció sobre este proyecto mediante Informe proyecto de ley N° 58-2016, emitido con fecha 20 de Enero de 2017, en el que señaló que la moción provoca inquietudes técnicas importantes, entre ellas que no especifica con claridad cuál es el tribunal competente para determinar esta nueva facultad: si el tribunal encargado de imponer la condena específica (es decir, quien “impone” la sanción, en los términos del Artículo 1° de la ley N° 18.216) o el tribunal encargado de supervisar la ejecución de la condena, según las reglas generales del Código Procesal Penal y el Código Orgánico de Tribunales, puesto que la nueva sanción de “reclusión domiciliaria total” se parece más a un beneficio o derecho penitenciario que a una nueva pena alternativa que se suma al abanico de aquellas referidas en el Artículo 1° de la Ley N° 18.216¹³⁷. Observó que al contrario de alguno de los ejemplos de legislación comparada que la propia iniciativa cita, esta reforma sólo entrega a los jueces la facultad de interrumpir privaciones de libertad fundamentadas en razones humanitarias cuando la condena ya se encuentra ejecutoriada, dejando imposibilitados a los jueces de evitar una privación de libertad desproporcionada de personas terminales en momentos anteriores del proceso, esto es, durante el

¹³⁷ Corte Suprema. Oficio n° 9-2017. Informe proyecto de ley N° 58-2016. Visto y teniendo presente cuarto, p. 3 – 4.

desarrollo de la investigación o, luego del juicio, pero antes de ejecutoriada la sentencia¹³⁸. E hizo presente una eventual discriminación arbitraria en el informe médico porque en contextos de privación de libertad la oferta de profesionales de salud suele ser excepcionalmente tardía y muy limitada, y sólo podría acceder aquella población privada de libertad con recursos y con acceso a médicos particulares¹³⁹.

Por lo que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento resolvió modificar parcialmente el proyecto, agregando que el tribunal competente sería el encargado de supervisar la ejecución de la condena. Reemplazó la definición original de enfermedad terminal por “aquella con pronóstico de vida inferior a 6 meses, de carácter avanzada, progresiva e incurable, sin posibilidades razonables de respuesta a un tratamiento específico y con presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes”. Sustituyó la necesidad de una certificación unánime e inequívoca de a lo menos dos médicos especialistas por una certificación del Servicio Médico Legal. Y propuso agregar al Código Procesal Penal artículos 145 bis y 145 ter, para facultar al tribunal para dejar sin efecto la prisión preventiva, de oficio o a petición del afectado, substituyéndola por la medida cautelar personal señalada en el literal a) del Artículo 155, cuando el imputado padezca una enfermedad en fase terminal, siempre que ello conste en un informe que al efecto, evacue el Servicio Médico Legal. Substitución que no se aplicará a los imputados por delitos comprendidos en la ley 20.357.¹⁴⁰

3.6. Modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad (Boletín N° 11.569-07).

El proyecto de ley Boletín N° 11.569-07, que fue ingresado con fecha 16 de enero de 2018, y retirado con fecha 28 de Diciembre de 2018, proponía: eliminar la referencia a los enfermos del Artículo 32 bis de Código Penal; establecer una serie de requisitos adicionales para la concesión de permisos de salida a los condenados por crímenes de lesa humanidad (como el haber aportado antecedentes serios y efectivos de los que tengan conocimiento, en causas criminales por delitos de la misma naturaleza o el arrepentimiento); modificar el decreto ley N° 321, que establece la libertad condicional, quitándole el carácter de “derecho” y estableciendo requisitos adicionales para los condenados por crímenes de lesa humanidad; modificar la ley N° 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados

¹³⁸ Ibid., Visto y teniendo presente sexto, p. 5.

¹³⁹ Ibid., Visto y teniendo presente séptimo, p. 6.

¹⁴⁰ Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, *Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley que modifica la ley n°18.216, que establece penas que indica como substitutivas 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*, 43 – 44.

sobre la base de la observación de buena conducta, estableciendo límites para el acceso de beneficios a los condenados por crímenes de lesa humanidad; modificar la ley N° 18.050, que fija normas generales para conceder indultos particulares, para excluir a los condenados por crímenes de lesa humanidad; e introducir al Código Procesal Penal y Código de Procedimiento Penal un artículo que permitiera que en caso de que se diagnosticara al condenado una enfermedad terminal, el tribunal mediante resolución fundada, oyendo al fiscal y al defensor, previa certificación inequívoca del Servicio Médico Legal e informe psicosocial favorable de Gendarmería de Chile, pudiera disponer la sustitución de la pena original, reemplazándola por la de reclusión domiciliaria total.

Dicha certificación que debía contener, a lo menos, las razones que justifican 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 plazo inminente.

En el caso de los condenados por delitos de lesa humanidad se exigía, además del cumplimiento de los requisitos generales, que suscribieran en forma previa una declaración pública que contuviera una manifestación inequívoca de su arrepentimiento por los hechos cometidos que les atribuye la sentencia condenatoria, por el contexto de los mismos y por el mal causado a las víctimas y sus familiares. Entendiéndose como incumplimiento grave cualquier acción o manifestación pública que constituyese una negación o contradicción al contenido de dicha declaración.

El pleno de la Corte Suprema se pronunció sobre este proyecto mediante el Informe Proyecto De Ley 3-2018, emitido con fecha 08 de Febrero de 2018, señalando que, es un hecho público y notorio que el Servicio Médico Legal no posee actualmente los medios humanos y técnicos necesarios para satisfacer las exigencias que ha de alcanzar y que en el ámbito jurisdiccional es habitual otorgar hora para peritajes para muchos meses después del ingreso de la orden judicial, por lo que la reforma que plantea el proyecto sólo sería posible en la medida que se reforme el Servicio Médico Legal.¹⁴¹ Criticaron la exigencia de arrepentimiento respecto de los condenados por delitos de lesa humanidad por corresponder a un estado afectivo del ánimo, difícilmente escrutable, y porque dadas las características de una patología terminal, es improbable que el paciente esté en condiciones de entender la exigencia de arrepentimiento y de suscribir con conocimiento de causa el documento requerido, siendo más probable que lo redacte un tercero y el enfermo lo suscriba.¹⁴² Y señalaron que en vez de postularse reformas sectoriales, debe

¹⁴¹ Corte Suprema. Oficio N° 29-2018. Informe proyecto de ley 3-2018. 8 de febrero de 2018, p. 2.

¹⁴² Ibid., p. 3.

realizarse “una reforma orgánica completa al sistema de ejecución de penas que contemple la figura de un juez penitenciario”, mediante una Ley General de Ejecución Penitenciaria.¹⁴³

Además, los Ministros Künsemüller, Valderrama, Dahm y el Ministro suplente señor Miranda, estuvieron por extender el informe señalando entre sus consideraciones que el gran cúmulo de nuevos requisitos que se añaden de modo copulativo a los existentes para otorgar permisos de salida pareciera desprenderse la idea de que el propósito es que no se otorguen los permisos a los penados comprendidos en los casos excepcionales, lo que va contra el carácter progresivo del proceso de reinserción social.¹⁴⁴ A su vez, cuestionaron los requisitos de haber aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en causas criminales de la misma naturaleza, así como la declaración pública de arrepentimiento.

3.7. Regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica (Boletín N° 12.345-07).

El Proyecto de ley Boletín N° 12.345-07, ingresado con fecha 28 de diciembre de 2018, propone que los condenados diagnosticados con una enfermedad en fase terminal, los condenados que por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irrecurable que les provoque una dependencia severa, y los que tengan 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, puedan solicitar al tribunal competente la sustitución de la pena privativa de libertad por reclusión domiciliaria total.

Es debido a esto, que el proyecto estudiado señala que, se deberá contar con un informe psicológico y social de Gendarmería de Chile. Adicionalmente, para el caso de enfermos terminales, se requerirá un 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. Y para el caso de quienes tengan un menoscabo físico grave e irrecurable que les provoque una dependencia severa, deberán contar también con un informe del Servicio Médico Legal que certifique que se trata de un padecimiento permanente y sin posibilidades

¹⁴³ Ibid., p. 4.

¹⁴⁴ Ibid., p. 9.

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.

En el caso los enfermos terminales, el tribunal fallará la solicitud en un término de veinticuatro horas desde que reciba el último de los informes. 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, se deberá conceder en ambos efectos, 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.

Este proyecto tiene la virtud de que se refiere a tres grupos de beneficiados, sin embargo, preocupa la necesidad de informes del Servicio Médico Legal, particularmente en el caso de los enfermos terminales porque, si bien se señala que los informes deberán evacuarse, por la vía que se estime más rápida y efectiva, dentro de un plazo breve que el tribunal fije para tales efectos, en la práctica podrían tardar meses y el enfermo podría fallecer antes de que el Servicio lo observe y emita su informe. Problema que podría evitarse aceptando informes de otras instituciones autorizadas y no sólo del Servicio Médico Legal.

CAPÍTULO CUARTO. SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO.

Como se observó en los capítulos anteriores, se hace urgente dar una solución a los problemas humanitarios que trae la privación de libertad de adultos mayores, enfermos terminales y enfermos que padecen de enfermedades graves, crónicas e incurables, que difícilmente puede ser el mejoramiento de los servicios médicos al interior de cada recinto penitenciario en el país por los altos costos que significaría para el Estado y por el tiempo que tardaría. Por lo que una vía a corto plazo puede ser el establecimiento de disposiciones legales que permitan a estos tres grupos, considerando su estado de salud o edad, como acceder a una liberación compasiva (figura que no existe en nuestra legislación), libertad condicional por motivos humanitarios (ya que actualmente está inspirada en la resocialización, que por lo general no es posible) o a alguna modalidad alternativa para el cumplimiento de la condena, como una reclusión domiciliaria.

A modo de guía para avanzar en la materia, parece recomendable observar las soluciones tomadas por el derecho comparado. Particularmente en lo que respecta a la liberación compasiva de grupos vulnerables. Para esto se revisarán tanto países de la región, por las similitudes con nuestro país, así como países europeos que han sido tradicionalmente una guía en Derecho Penal, como son España y Alemania. Los cuales han optado por soluciones humanitarias, incluso en casos extremos y emblemáticos, como en la liberación por motivos de salud a condenados de ETA en España o a tres internos de la prisión de Spandau en Alemania, la cual sirvió para recluir a siete condenados del régimen nacionalsocialista sentenciados en los Juicios de Núremberg.

1. Soluciones en Latinoamérica.

1.1. Argentina.

En el caso argentino, el Artículo 10 de su Código Penal establece que los enfermos, enfermos terminales, discapacitados, ancianos, entre otros grupos, podrán cumplir su condena mediante prisión domiciliaria, en los siguientes términos:

“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) *El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;*
- b) *El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;*
- c) *El 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) *El interno mayor de setenta (70) años;*
- e) *La mujer embarazada;*
- f) *La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”*

Esta modalidad de cumplimiento de la pena se encuentra regulada con mayor detalle en la Ley N° 24.660 sobre “Ejecución de pena privativa de la libertad”, que dedica una sección a las “Alternativas para situaciones especiales”, refiriéndose en el Artículo 32 y siguientes a la “Prisión domiciliaria”. Particularmente en el Artículo 33 establece que en los casos relativos a enfermos y discapacitados (letras a, b y c) la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social, y agrega algunos informes adicionales para los condenados por delitos sexuales graves, sin solicitar requisitos adicionales para los ancianos. Además, al implementar la concesión de la prisión domiciliaria exige un dispositivo electrónico de control, del cual sólo puede ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

Este régimen de prisión domiciliaria es visto como un auténtico derecho para quienes se encuentran en las situaciones que describe la norma y que, si bien su concesión no debe ser resuelta en forma automática, en modo alguno está librada a la discrecionalidad judicial¹⁴⁵. Si bien la disposición señala que “*podrán, a criterio del juez competente*”, tanto la doctrina como la jurisprudencia advierten que la apreciación judicial sólo podría denegar la prisión domiciliaria cuando se corren riesgos de que se desnaturalice o se abroge, en la práctica, el régimen de detención.¹⁴⁶ Sin embargo, en la práctica existe jurisprudencia que, desoyendo una interpretación literal y ajustada al texto de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, ha exigido que los mayores de setenta años, además, resulten afectados en su salud.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Roberto Durrieu, “El derecho a la detención domiciliaria”, *La Nación*, 21 de Noviembre de 2016, <https://www.lanacion.com.ar/1958014-el-derecho-a-la-detencion-domiciliaria> (Consultado el 07 de Febrero de 2019).

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Roberto Durrieu, “La detención domiciliaria y la edad” https://www.terragnejurista.com.ar/doctrina/detencion_edad.htm (Consultado el 07 de Febrero de 2019).

1.2. Brasil.

En el caso brasileño, el Artículo 77 y siguientes del Código Penal, que regulan la Libertad condicional, establecen la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad, siempre que no sean superiores a cuatro años, por cuatro o seis años, cuando el condenado sea mayor de setenta años, o por razones de salud se justifique la suspensión. De acuerdo al Artículo 78, durante dicho periodo de suspensión, el condenado estará sujeto a la observación y cumplimiento de las condiciones establecidas por el juez.

Por otra parte, la Ley N° 7.210/84 de Ejecución Penal, trata la prisión domiciliaria, señalando el Artículo 116, el juez puede modificar -de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, de la autoridad administrativa o del condenado- las condiciones establecidas de ejecución de la pena, siempre que las circunstancias así lo recomienden. Y en su Artículo 117 admite el beneficio de la prisión domiciliaria o “régimen abierto en residencia particular” cuando se trate, entre otros, del condenado mayor de 70 años y del condenado que sufre una enfermedad grave. Finalmente, el Código de Proceso Penal en su Artículo 318 contempla la prisión domiciliaria como medida sustitutiva de la prisión preventiva para privados de libertad mayores de 80 años e internos con enfermedad grave.¹⁴⁸

1.3. Uruguay.

En el Caso Uruguayo, el nuevo Código de Proceso Penal (Ley N° 19.293) vigente desde el 01 de Noviembre de 2017, establece en su Artículo 304 el aplazamiento excepcional del cumplimiento de la pena privativa de libertad para imputados afectados por una enfermedad que acarree grave riesgo para su vida o salud, imputados mayores de setenta años cuando ello no involucre riesgos considerando las circunstancias del delito cometido, entre otros casos. Siendo competente para dictar la resolución el juez de la causa. Y si las circunstancias excepcionales se produjeren durante el proceso de ejecución, el Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia.

Luego, en su Artículo 305 establece que si durante la ejecución de la pena privativa de libertad el condenado sufriera alguna enfermedad psíquica o física, la dirección del establecimiento deberá comunicarlo al Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia, quien previo los peritajes necesarios, podrá disponer su internación en establecimiento adecuado.

¹⁴⁸ Meza-Lopehandía y Weidenslaufer, “Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera”, 12.

Y, el Artículo 228, dispone que el juez asignará especial relevancia a la enfermedad grave o edad superior a 70 años para decidir acerca de la imposición, sustitución o cesación de la prisión preventiva.

Por otra parte, el anterior Código de Proceso Penal (Ley N° 15.032) establecía en su Artículo 127 la posibilidad de que el juez dispusiera la prisión domiciliaria de las personas procesadas o condenadas mayores de setenta años, cuando ello no involucrara riesgos, considerando especialmente las circunstancias del delito cometido. Pero excluía a los condenados por figuras agravadas de homicidio, violación y los delitos previstos en el Estatuto de Roma.

2. Soluciones en Europa.

2.1. España.

En el caso Español, el Artículo 80.4 del Código Penal señala que *“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”*.

La ley señala “podrá” por lo que la concesión de la suspensión de la pena por enfermedad muy grave con padecimientos incurables, tiene carácter facultativo, para lo cual los tribunales cuentan con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en la concesión o denegación de la suspensión, debiendo de ponderarse los bienes y derechos en conflicto y encontrar un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. Si el órgano judicial llega a la conclusión de que esa enfermedad, necesariamente, le conducirá a la muerte, aunque no sea un enfermo terminal, que el cumplimiento de la pena en prisión es incompatible con su derecho a la vida y a su dignidad, y concurren el resto de los requisitos, se podrá conceder la suspensión.¹⁴⁹

Es decir, la ley no exige una enfermedad terminal, sólo requiere que se trate de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, concepto que no está definido ni existe un numerus clausus de

¹⁴⁹ Mónica Franco Izquierdo, “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal español: cuestiones controvertidas a las que se enfrentan los tribunales de justicia en su aplicación” (Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2017), 335.

enfermedades de ese tipo, y que no tenga una pena suspendida por ese motivo, lo que no obsta a que pueda solicitar otra clase de suspensión o la libertad condicional.

De acuerdo a FRANCO IZQUIERDO esta regulación es la consecuencia de la implantación en el Derecho penal español del principio de humanidad en la ejecución de las penas¹⁵⁰, el fundamento de este supuesto especial son las razones humanitarias de darle un trato adecuado evitando sufrimientos innecesarios y la baja peligrosidad por la enfermedad que padece¹⁵¹.

Además, el Artículo 91 del Código Penal y Artículo 196 del Reglamento Penitenciario contemplan una libertad condicional especial para septuagenarios y personas con enfermedades muy graves con padecimientos incurables, con fines netamente humanitarios y no de reinserción social como sucede en nuestro país. En el primer caso, el legislador español ha fijado el límite en los setenta años, pensando que para entonces la peligrosidad social del penado habrá disminuido considerablemente como consecuencia del deterioro físico de la vejez¹⁵².

El Artículo 91.2. del Código Penal, dispone que en estos casos se elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto. Y el Artículo 91.3 que, en “caso de peligro patente para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad”, acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior. Caso en que el condenado deberá facilitar a quienes se señala en la disposición, información sobre la evolución de su enfermedad.

Sobre este punto, aporta un ejemplo mediático de la aplicación de esta la libertad condicional “por causa de enfermedad grave e incurable con peligro patente para la vida”, el caso de Uribetxebarria Bolinaga, donde el juez de vigilancia penitenciaria acordó su libertad condicional porque “su enfermedad era irreversible y dada la complejidad del tratamiento no lo podía recibir en condiciones óptimas en

¹⁵⁰ Ibid., 330.

¹⁵¹ Ibid., 332.

¹⁵² Ibid., 601.

prisión”. Quien posteriormente estuvo tres años fuera de prisión hasta que murió, lo que evidenció que no había riesgo inminente de muerte.¹⁵³

2.2. Alemania.

Por otra parte en Alemania encontramos que en el Artículo 455 del Código Procesal Penal (Strafprozeßordnung) contempla la posibilidad de posponer la ejecución de la pena privativa de libertad si el condenado cae en enajenación mental, si presenta alguna otra enfermedad que signifique un peligro inminente para su vida en caso de ejecutarse la pena, y si tiene una condición física en que la ejecución inmediata sea incompatible con las condiciones del establecimiento penitenciario.

El mismo Artículo señala después que la autoridad penitenciaria puede interrumpir la ejecución de la pena privativa de libertad si el condenado cae en enajenación mental, si presenta alguna otra enfermedad que signifique un peligro inminente para su vida en caso de ejecutar la pena, y si el condenado enferma gravemente y la enfermedad no puede ser diagnosticada o tratada en un establecimiento penitenciario o su respectivo hospital, y se prevé que la enfermedad presumiblemente continuará existiendo por un tiempo considerable. Sin embargo, la ejecución no puede interrumpirse si existen razones imperiosas, especialmente razones de seguridad pública, así lo exigen.

Por otra parte, el Artículo 57 I del Código Penal (Strafgesetzbuch) relativo a la libertad condicional, establece que el tribunal concederá la libertad condicional si: 1) el condenado ha cumplido dos tercios de la pena que, al menos, supongan dos meses efectivos de prisión, 2) si la libertad es apropiada considerando intereses de seguridad pública, y 3) el condenado consiente en ello. La decisión considerará particularmente la personalidad del condenado, sus antecedentes, las circunstancias del delito, la importancia de los intereses jurídicos amenazados en caso de reincidencia, la conducta durante el periodo privado de libertad, sus circunstancias y los efectos que se esperan de una liberación anticipada.

Luego, el Artículo 57 II señala que la libertad condicional puede ser concedida a quienes hayan cumplido la mitad de la pena, que como mínimo suponga seis meses de prisión efectiva, y cumplan con el segundo y tercer requisito del 57 I, cuando: a) se trate de una persona que cumpla por primera vez una condena de hasta dos años, o si b) de la valoración global del hecho, la personalidad del condenado y su desarrollo durante la ejecución de la pena se derive la existencia de circunstancias especiales.

¹⁵³ Ibid., 604 – 605.

Finalmente, el Artículo 57a se refiere a la procedencia de libertad condicional para condenados a cadena perpetua, bajo los requisitos de cumplimiento mínimo de quince años de prisión, que la especial gravedad de la culpabilidad del condenado no demande la ejecución ulterior, y el segundo y tercer requisito del 57 I.

En este sentido los juristas JESCHECK Y WEIGEND señalan que, en el caso del Artículo 57 I si el condenado ha cumplido dos tercios de la pena que, al menos, supongan dos meses efectivos de prisión, y no existe un pronóstico desfavorable acerca de su comportamiento futuro, la libertad condicional es obligatoria¹⁵⁴, mientras que en los casos del Artículo 57 II ésta es facultativa, y el tribunal puede rechazar de acuerdo a la Ley la excarcelación anticipada aunque concurra un pronóstico favorable y ante la concurrencia de “circunstancias especiales”¹⁵⁵.

Si bien, el Código Penal Alemán no contempla la libertad condicional por motivos humanitarios de manera expresa, aquellos cuya situación no se encierre entre las causas contempladas para una interrupción de la pena, teóricamente si podrían utilizar la libertad condicional invocando entre las “sus circunstancias y los efectos que se esperan de una liberación anticipada”, su edad avanzada y salud, que impiden los fines preventivos de la pena, particularmente porque la reincidencia y la resocialización no es posible, de manera que tampoco se atentaría la seguridad pública. Por lo que al menos en el caso del Artículo 57 I debería concederse a su respecto la libertad.

¹⁵⁴ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 916.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 919.

CONCLUSIÓN

La cárcel, ideada originalmente como método de custodia a la espera de la verdadera pena consistente en tormentos, y caracterizada por sus condiciones deplorables, aun tomando en consideración todas las mejoras en términos humanitarios que se han venido propiciando desde el siglo XVIII en adelante, en caso alguno podrá ser considerado como un lugar adecuado para mantener a ancianos y enfermos terminales o graves. Si la cárcel ya es dura para un individuo joven y sano, para una persona débil y/o vieja resulta una experiencia traumática.

El sistema penitenciario chileno actualmente presenta una serie de problemáticas, por ejemplo en relación al hacinamiento, durante el año 2018 se hizo público el Informe sobre los principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los Fiscales Judiciales, que evidenció que durante el año 2017 existió sobreocupación en la mayoría de los recintos penitenciarios, lo que significa un serio riesgo a la población penal más débil objeto de este trabajo, ya que la sobrepoblación sumada a las malas condiciones estructurales y sanitarias convierten a la prisión en un caldo de cultivo para enfermedades, que las personas con un organismo y defensas debilitados difícilmente pueden combatir.

Ahora respecto al acceso a la salud, la conclusión sobre este punto es que la cárcel no es capaz de responder a los requerimientos especiales de los ancianos y enfermos. Más aún, los somete a innumerables riesgos de salubridad, violencia, entre otros. Como se expuso en su oportunidad, se ha identificado falta de infraestructura adecuada, de médicos especialistas, de horas para atender a los internos, falta de medicamentos y alegaciones de malos tratos. Gracias a la prensa y a organismos como el Instituto Nacional de Derechos Humanos se han conocido casos de enfermos con diagnóstico SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual graves sin notificar o sin tratamiento.

Si bien, el estado toma una posición de garante respecto de los reclusos para la satisfacción de sus necesidades mientras se encuentren privados de libertad, en la práctica muchos internos no reciben las prestaciones médicas que necesitan, afectando de ese modo sus derechos fundamentales.

Así las cosas, los ancianos y enfermos son proclives a ser víctimas de violencia física, psicológica y sexual, de parte de otros internos como del personal penitenciario, principalmente en las cárceles que presentan altos índices de sobrepoblación, donde tener un lugar y comodidad implica una

lucha diaria por los espacios. Este clima de violencia se manifiesta en una percepción de inseguridad al interior de las cárceles chilenas superior al resto de los países de la región.

Así como la población penal presenta una mayor exclusión social que la población común, los ancianos y enfermos presentan mayor exclusión social que el resto de la población penal, siendo el ámbito social y relacional el más preocupante para los ancianos, pues los reclusos condenados a penas de encarcelamiento prolongadas o con un largo historial delictivo son quienes tienen más probabilidades de perder el contacto con sus familiares, lo que se relaciona con sentimientos de desesperanza, la aparición de enfermedades como depresión e ideaciones suicidas.

En múltiples ocasiones la falta de visitas y el sentimiento de abandono se debe a que los altos costos de visitar a un recluso desincentivan a las familias de escasos recursos, pues además del pasaje, deben costear los elementos que necesite el sujeto al interior del recinto, entre los que se incluyen medicamentos que necesitan en sus tratamientos y no son suministrados por el Estado.

Todo lo anterior influye radicalmente en un envejecimiento acelerado y a su deterioro físico y mental. De lo que se sigue que existe un desconocimiento de los privados de libertad como sujetos de derechos, el sistema abiertamente vulnera su derecho a la vida, integridad física y psicológica, salud, entre otros. Vulneraciones que de acuerdo a diversos tratados internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos constituyen penas crueles, inhumanas y degradantes.

Asimismo, de la manera en que está diseñado actualmente nuestro sistema penitenciario, es decir, progresivo, personal y voluntario, no se cumplen los fines de la pena.

En primer lugar, no se logran cumplir los fines retributivos porque se castiga de facto a ancianos y enfermos a sufrimientos adicionales a la pena privativa de libertad misma, se les condena al abandono, a ser víctimas de malos tratos, a no recibir la atención médica adecuada y vivir en condiciones indignas hasta morir, lo que es similar a una pena de muerte, ya derogada de nuestro Código Penal.

En segundo lugar, tampoco se cumplen los fines preventivos, presentando los fines preventivo especiales los mayores problemas, puesto que no tiene mucho sentido intentar inocuizar a personas que se sabe que es altamente improbable que vuelvan a delinquir porque no tienen la capacidad física o mental, o porque morirán en el tiempo inmediato o cercano.

Por otro lado, los programas resocializadores al interior de las cárceles no están diseñados para ancianos y enfermos, por lo que no se pueden conseguir los objetivos de resocialización. Además, frecuentemente condenar a una persona de la tercera edad a una pena de larga duración significa en la práctica una cadena perpetua o una pena de muerte, y por más actividades en las que participe, morirá antes de reintegrarse a la sociedad.

De manera que la pena originalmente impuesta se torna desproporcionada para su caso particular, y por lo tanto, un castigo ilegítimo.

Ahora bien, Chile ha contraído una serie de obligaciones mediante la suscripción de diversos tratados internacionales. El más reciente en la materia se trata de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que en su Artículo 1° impone una obligación de legislar si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en la Convención no estuviere ya garantizado, y luego señala que los países adoptarán medidas contra prácticas como aislamiento, hacinamiento o tratamientos médicos inadecuados, garantiza a los adultos mayores el derecho a la vida y a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, así como el acceso a programas especiales al interior de los establecimientos penitenciarios y la promoción de medidas alternativas al cumplimiento de la pena.

Al mismo tiempo, declaraciones de principios de organismos internacionales como el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión o los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas señalan que no se consideraran discriminatorias las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger a las personas de edad, los enfermos o los impedidos. Incentivando con ello a un tratamiento especial dadas sus necesidades especiales.

Pero ninguno de estos problemas ha sido solucionado por nuestro país, con lo cual se vulneran las obligaciones internacionales. Chile no ha tenido grandes avances en la materia, tras una revisión de los proyectos de ley presentados desde el año 2016 sólo dos habían tenido movimientos, y uno de ellos fue retirado. Por lo demás, consta que algunos de ellos estaban justificados mediocrementemente y constaban de un sólo artículo de un solo inciso que dejaba un sinnúmero de dudas, entregaban la decisión de excarcelar anticipadamente a una persona como un acto administrativo discrecional o exigían requisitos ajenos a criterios humanitarios como las condiciones socioeconómicas de quien asumiría la custodia o el arrepentimiento del condenado, que al provenir de la psiquis del individuo no es posible de verificar.

Uno de los proyectos revisados incluso pretendía quitarle el carácter de derecho a la libertad condicional por razones políticas, lo cual se apartaba de la idea de progresividad y de cualquier fin resocializador.

Como ha señalado la Corte Suprema se hace necesaria la creación de una “Ley de ejecución penitenciaria”, asimismo se requiere que se legisle entorno a la situación de ancianos, enfermos terminales y enfermos graves, crónicos e incurables privados de libertad de manera de garantizarles su dignidad humana y el morir con dignidad, para lo cual el legislador se puede valer de diferentes medios, como la aplicación de alternativas al cumplimiento de la pena, liberación condicional por motivos humanitarios, el establecimiento de una liberación compasiva independiente de la libertad condicional, entre otros.

A modo de guía, se puede observar la experiencia internacional, donde la situación ha estado reglada por años. De los países observados, se constató que algunos regímenes contemplan la posibilidad de cumplir la pena mediante prisión domiciliaria, establecen una libertad condicional por razones humanitarias o incluso establecen la posibilidad de posponer o suspender el cumplimiento de la pena en caso de presentarse un diagnóstico grave.

Así las cosas, se estima que sería ideal que el Estado de Chile legislara en la materia, estableciendo un sistema de liberación compasiva, aplicable a ancianos, enfermos terminales y enfermos graves con padecimientos incurables, competencia de los tribunales de justicia, y libre de requisitos ajenos a razones humanitarias. Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional y Corte Suprema que se opusieron a la introducción de criterios ajenos a la resocialización y progresividad de la pena en la libertad condicional, lo lógico sería seguir la misma línea en una eventual liberación por motivos humanitarios, no permitiendo la introducción de requisitos tendientes a fines distintos a garantizar la dignidad del condenado.

Además, si queremos que se garantice la dignidad humana, sería prudente pensar también una solución para los ancianos y enfermos que se encuentran en prisión preventiva. Ya que si incluimos mecanismos de liberación basados en razones humanitarias sería totalmente contradictorio, que se les dejara de lado, cuando la enfermedad no distingue entre presos preventivos y condenados.

Sin embargo, queda definir qué rango de edad sería susceptible de una liberación en el caso de los ancianos, ya que no basta con otorgar el beneficio a los adultos mayores, pues la condición legal de adulto mayor se alcanza a los 60 años de acuerdo a la Ley N° 19.828, edad que es muy baja para

considerar a un individuo particularmente vulnerable y excarcelarlo anticipadamente. Y a qué organismo(s) se le entregaría la obligación de certificar el estado de salud del condenado. Evidentemente no se puede entregar a cualquier médico porque podría prestarse para abusos, pero tampoco parece prudente dejar la obligación sólo al Servicio Médico legal, considerando que es un hecho público y notorio su actual colapso y que pueden tardar meses en efectuar un peritaje, tiempo que es crucial para un enfermo terminal.

BIBLIOGRAFÍA

1. Publicaciones.

- Arévalo, Javier. *Algunas reflexiones en torno a las penas privativas de libertad en el derecho penal chileno y comparado: hacia un régimen de ejecución humanitario*. Santiago, 2015.
- Beristain, Antonio. “Axiomas fundamentales de la criminología ante la globalización y la multiculturalidad.” *Eguzkilo*, no. 17 (Diciembre 2003): 89-97, <https://addi.ehu.es/handle/10810/25135> (Consultado el 11 de febrero de 2019).
- Bullemore, Vivian R. y John R. Mackinnon R. *Curso de Derecho Penal Tomo I Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, segunda edición, 2007.
- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- Carnevali, Raúl y Francisco Maldonado. “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad.” *Ius et Praxis* 19, no. 2 (2013): 385 – 418, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200012> (Consultado el 20 de diciembre de 2018).
- Carranza, Elías. “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?.” *Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)* 8 (2012): 31 – 66, <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20551> (Consultado el 23 de Enero de 2019).
- Centro de derechos humanos (Universidad Diego Portales). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*. Santiago de Chile, 2014.
- Centro de Políticas Públicas UC. “Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción.” *Temas de la agenda pública* 12, no. 93 (2017), <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Art%C3%ADculo-Sistema-carcelario-en-Chile.pdf> (Consultado el 02 de Enero de 2019).
- Cerda, Andrea, Amelia del Villar, Alejandra Ramm e Iván Navarro, (Pastoral Carcelaria de la Iglesia Católica e Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales). *Informe Final 2014-2015: Observatorio Violencia y Cárcel*. Santiago de Chile, 2016.
- Comisión interamericana de derechos humanos. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. 2011.
- Coyle, Andrew. *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009.

- Cury Urzua, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Octava edición, 2005.
- Dammert, Lucía. “El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado.” *FLACSO Chile* (2006).
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “El principio de humanidad en derecho penal.” *Eguzkilore*, no. 23. (Diciembre 2009): 209 – 225, <https://addi.ehu.es/handle/10810/24951> (Consultado el 11 de Febrero de 2019).
- División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Política pública de reinserción social 2017*. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Fiscalía Judicial Corte Suprema. *Informe sobre los principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los Fiscales Judiciales*. Santiago de Chile, 2018.
- Feuerbach, Anselm. V. *Tratado de derecho penal*. Traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.
- Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo. *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad*. Santiago de Chile, 2016.
- García-Pablos de Molina, Antonio. “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 32, Mes 3, (1979): 645-700.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2009.
- Grocio, Hugo. *De iure belli ac pacis*.
- Herrera Muñoz, Felipe, Cristián Massad Torres, Sandra Huenchuan Navarro, Tania Mora Biere, José Manuel Sánchez Piazza, Francisco Peña Silva y Ignacio Javier Miranda Saldívar. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores: Análisis de brechas legislativas y propuestas para su implementación en Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2018.
- Horvitz, María Inés. “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?.” *Política Criminal* vol. 13, no. 26 (2018): 904 – 951, http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A7.pdf (Consultado el 12 de Febrero de 2019), 945.

- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014 - 2015: Seguimiento de Recomendaciones y Cumplimiento de Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Integridad Personal*. Santiago de Chile, 2017.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos*. Santiago de Chile, 2013.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Opinión INDH Sobre Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal o Neurodegenerativas*. 2017.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- Jiménez, Magdalena. “Aproximación teórica de la exclusión social: Complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo.” *Estudios Pedagógicos* vol. 34, no. 1 (2008): 173 – 186.
- Larenas, María Soledad y Lizette García. “Evolución de la población penal en Chile según sus diversos subsistema.” *Biblioteca del Congreso Nacional* (2011).
- López Melero, Montserrat. “Evolución de los Sistemas Penitenciarios y de la Ejecución Penal.” *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, no. 5 (2012): 401 – 448, <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/13803> (Consultado el 11 de Febrero de 2019).
- Mata y Martín, Ricardo M. “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario.” *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, no. 4 (2011): 253 – 293, <http://hdl.handle.net/10017/9855> (Consultado el 16 de Enero de 2019).
- Meza-Lopehandía, Matías y Christine Weidenslaufer. “Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera.” *Biblioteca del congreso nacional de Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones* (2017).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*. Nueva York, 2009.
- Programa Eurosocial. *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. Madrid: Programa Eurosocial, 2014.
- Quidel Gacitúa, Carolina. “Sistema penitenciario chileno: aspectos sociales y psicológicos.” *Cuadernos de neuropsicología* vol. 1, no. 3 (2007): 296 – 302, http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-41232007000300012&lng=pt&tlng=es (Consultado el 03 de enero de 2019).

- Salinero Echeverría, Sebastián. “¿Por qué aumenta la población penal en Chile?: Un estudio criminológico longitudinal.” *Ius et Praxis* 18 no. 1 (2012): 113 – 150, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100005> (Consultado el 22 de Enero de 2019).
- Sánchez Cea, Mauricio y Diego Piñol Arriagada. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*. Santiago de Chile, 2015.
- Sánchez Sánchez, Cristóbal. “La aparición y evolución de los Sistemas Penitenciarios.” *Anales De Derecho (Universidad de Murcia)*, no. 31 (2013): 139 – 179, <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/185251> (Consultado el 11 de Febrero de 2019).
- Sánchez, Lydia y Ladislao Bernaldo. “Las personas mayores en los centros penitenciarios: Carencias en los recursos especializados y necesidad de programas educativos.” *RES, Revista de Educación Social*, no. 22 (2016): 122 – 142, <http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=690> (Consultado el 29 de enero de 2019).
- Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), Guía de Cuidados Paliativos, <http://www.secpal.com//Documentos/Paginas/guiacp.pdf> (Consultado el 17 de enero de 2019).
- Zaffaroni, Eugenio Raul, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

2. Tesis

- Arévalo, Karen y Vicente González. “Estado actual del derecho penitenciario en Chile: bases para el establecimiento de una reforma”. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, 2015.
- Franco Izquierdo, Mónica. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal español: cuestiones controvertidas a las que se enfrentan los tribunales de justicia en su aplicación”. Tesis Doctoral. Universidad del País Vasco, 2017.
- Lillo Vera, Rodrigo. “Las cárceles de la violencia”. Tesis de magíster. Universidad Central de Chile, 2016.
- Muñoz, Francisca y Fernando Rodríguez. “Fines de la Pena y Libertad Condicional”. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, 2009.

3. Sitios web

- Durrieu, Roberto. “El derecho a la detención domiciliaria”. *La Nación*, 21 de Noviembre de 2016, <https://www.lanacion.com.ar/1958014-el-derecho-a-la-detencion-domiciliaria> (Consultado el 07 de Febrero de 2019).
- Durrieu, Roberto. “La detención domiciliaria y la edad”, https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/detencion_edad.htm (Consultado el 07 de Febrero de 2019).
- Espinoza, Martín. “¿Por qué los adultos mayores presentan la tasa más alta de suicidios?”. *Diario Uchile*, 30 de agosto 2018, <https://radio.uchile.cl/2018/08/30/por-que-los-adultos-mayores-presentan-la-tasa-mas-alta-de-suicidios/> (Consultado el 13 de Febrero de 2019).
- Franco, Rienzi. “Oposición rechaza indicación del Gobierno para libertad condicional de enfermos terminales”. *El Mercurio*, 03 de Octubre de 2018, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=509696> (Consultado el 18 de Enero de 2019).
- Gendarmería de Chile. “Beneficios intrapenitenciarios”, <http://www.gendarmeria.gob.cl/beneficios.jsp> (Consultado el 29 de Enero de 2019).
- Organización Mundial de la Salud. “Enfermedades crónicas”, https://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/ (Consultado el 20 de Enero de 2019).
- Pizarro, Claudio. “Morir engrillado en Chile: El dramático caso de Juan Montupin”. *The Clinic*, 06 de Agosto de 2014, <https://www.theclinic.cl/2014/08/06/morir-engrillado-en-chile-el-dramatico-caso-de-juan-montupin/> (Consultado el 18 de Enero de 2019).
- Rivera, Víctor. “Gendarmería: el 9% de los presos en Chile presenta una enfermedad crónica”. *La Tercera*, 20 de Abril de 2018, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gendarmeria-9-los-presos-chile-presenta-una-enfermedad-cronica/140305/> (Consultado el 17 de enero de 2019).
- Vedoya, Sebastián. “Gobierno ha concedido tres indultos: uno fue a reo de Punta Peuco”. *La Tercera*, 24 de Junio de 2018, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-ha-concedido-tres-indultos-uno-fue-reo-punta-peuco/218459/> (Consultado el 30 de Enero de 2019).
- Westhoff, Rodolfo. “El mundo de los indultos presidenciales en Chile y las cifras que deberíamos conocer”. *El Definido*, 11 de Enero de 2018, <https://www.eldefinido.cl/actualidad/pais/9511/El-mundo-de-los-indultos-en-Chile-y-las-cifras-que-deberiamos-conocer/> (Consultado el 29 de Enero de 2019).

4. Elementos normativos nacionales

4.1. Legislación

- Código Penal.
- Código Procesal Penal.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Decreto Ley N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.
- Decreto Supremo N° 1771, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de 1993.
- Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de 1998.
- Ley N° 20.422 que Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.
- Ley N° 20.584 que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.
- Ley N° 21.013 que Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial.
- Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.
- Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4.2. Historia de la ley

- Historia del Decreto Supremo N° 162 Aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, durante su XLV Periodo Ordinario de Sesiones, celebrada en Washington, D.C., Estados Unidos de América.

4.3. Proyectos de ley e informes.

- Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento. *Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley que 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 N° 11024-07).*

- Corte Suprema. Oficio N° 29-2018. Informe proyecto de ley 3-2018. 2018.
- Corte Suprema. Oficio N° 9-2017. Informe proyecto de ley N° 58-2016. 2017.
- Proyecto de ley N° 10740-07, Permite la aplicación de la libertad vigilada intensiva por motivos humanitarios a favor de personas condenadas gravemente enfermas.
- Proyecto de ley N° 10745-07, Modifica el artículo 87 del Código Penal para establecer el cumplimiento alternativo de la condena de los adultos mayores.
- Proyecto de ley N° 10746-0, 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 N° 11.020-07, 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 N° 11.024-07, 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 N° 11.569-07, Modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad.
- Proyecto de ley N° 12.345-07, Regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.

5. Declaraciones, tratados y jurisprudencia Internacional

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Pedro Miguel Vera Vera, Caso No. 11.535, Ecuador, 24 de febrero de 2010.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. no. 218.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos (1990).
- Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de la tercera edad (1991).
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008).
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (“Reglas Nelson Mandela”, 2015).
- Resolución 2004/35 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, “Lucha contra la propagación del VIH/SIDA en los centros de prisión preventiva y los establecimientos penitenciarios del sistema de justicia penal”.

6. Legislación Internacional

6.1. Argentina

- Código Penal
- Ley N° 24.660 sobre Ejecución de pena privativa de la libertad

6.2. Brazil

- Código Penal
- Código de Proceso Penal
- Ley N° 7.210/84 de Ejecución Penal

6.3. Uruguay

- Nuevo Código de Proceso Penal (Ley N° 19.293)
- Antiguo Código de Proceso Penal (Ley N°15.032)

6.4. España

- Código Penal
- Reglamento Penitenciario

6.5. Alemania

- Código Penal
- Código Procesal Penal