



OFICIO N° 22 - 2019

INFORME PROYECTO DE LEY N° 4-2019

Antecedente: Boletín N° 12.345-07

Santiago, 7 de febrero de 2019

Por oficio N° DH/7/19, de fecha 14 de enero de 2019, la señora Presidenta de la Comisión de Derecho Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del H. Senado, senadora Adriana Muñoz D'Albora y la Secretaria de la misma, señora Ximena Belmar Stegmann, solicitaron al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la opinión de la Corte Suprema sobre el inciso décimo del artículo 468 bis que propone incorporar el número 1 del artículo primero, así como el inciso décimo del artículo 697 que agrega el número 2) artículo segundo del proyecto de ley, iniciado por mensaje presidencial, que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica (boletín N° 12.345-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de uno del mes en curso, presidida por el Presidente señor Haroldo Brito Cruz, e integrada por los ministros señores Muñoz G., Dolmestch, Künsemüller y Silva, señoras Maggi, Sandoval, Chevesich y Muñoz S., señores Valderrama y Dahm, señora Vivanco, señor Silva C. y el ministro suplente señor Muñoz P, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**A LA PRESIDENTA DE LA COMISIÓN
DE DERECHO HUMANOS, NACIONALIDAD
Y CIUDADANÍA DEL H. SENADO,
SEÑORA ADRIANA MUÑOZ D'ALBORA
VALPARAÍSO**





PRESIDENCIA

"Santiago, seis de febrero de dios mil diecinueve

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que por oficio N° DH/7/19 de 14 de enero del año en curso, la señora Presidenta de la Comisión de Derecho Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del H. Senado, senadora Adriana Muñoz D'Albora, solicita el informe de esta Corte respecto del inciso décimo del artículo 468 bis que propone incorporar el número 1) del artículo primero, así como el inciso décimo del artículo 697 que agrega el número 2) artículo segundo, ambos del proyecto de ley, iniciado por mensaje presidencial, que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica (boletín N° 12.345-07).

Los artículos citados corresponden al Código Procesal Penal y al Código de Procedimiento Penal, respectivamente, estando circunscrita la consulta al inciso décimo de cada nuevo precepto.

Segundo: Que se explica en el texto del Mensaje, que una de las medidas propuestas en el programa del Gobierno *es permitir, por razones humanitarias y de dignidad, que las personas de edad muy avanzada, o con enfermedades terminales graves o que les impidan valerse por sí mismas y que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, puedan sustituir dicha pena por arresto domiciliario total*. Se alude a la existencia de diversas iniciativas de ley anteriores –nueve en total– que proponían otorgar a los tribunales la facultad de sustituir la pena privativa de libertad por una de reclusión domiciliaria.

Tercero: Que en el capítulo de los *Fundamentos del Proyecto de Ley*, se desarrollan las siguientes motivaciones, que se exponen en forma resumida:

- a) El trato digno y humano que debe otorgarse a las personas privadas de libertad, requerido no sólo por la normativa jurídica interna, sino por el derecho internacional de los derechos humanos (se citan varios instrumentos internacionales).
- b) La existencia de un vacío en nuestra legislación en esta materia, ya que no se contemplan normas que regulen el cumplimiento de penas privativas de libertad impuestas a personas que hayan sido diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; que tengan, por cualquier causa, un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa; o que tengan setenta y cinco años o más.



FRESIDENCIA

c) La existencia de propuestas de ley anteriores sobre estas situaciones extremas, apoyadas, en general, en los mismos fundamentos de la actual iniciativa.

d) Las tendencias imperantes en el Derecho Comparado, que incorporan reglas especiales –penales y procesales– aplicables a la personas adultas mayores sancionadas con penas de encarcelamiento; se citan, entre otras, las legislaciones de Argentina, Uruguay, Brasil, México y España.

e) Dificultad para cumplir con los fines propios de las penas privativas de libertad, entre los cuales destaca, como preeminente, la reinserción social del condenado, cuando se trata de personas que se hallan en alguna de las condiciones negativas descritas. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone que las penas privativas de libertad tienen como propósito esencial la reforma y la readaptación social de las personas condenadas.

Los fines de prevención especial se tornan prácticamente imposibles de cumplir en estos casos, con estos individuos encerrados en un establecimiento carcelario, lo que a la postre lleva a que la sanción tenga *un fin puramente retributivo de carácter inhumano*.

f) La sustitución de las penas es conforme a la igualdad ante la ley, por cuanto es una decisión fundada en la especial vulnerabilidad en que se hallan estos penados y que se encuentra expresamente reconocida en instrumentos y/o declaraciones internacionales, como por ejemplo los Principios y Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) que niegan carácter discriminatorio a medidas como las que se proponen.

g) Los tribunales de justicia son los competentes para conocer de las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad y están encargados por la ley de la ejecución de las sentencias condenatorias en materia penal. El tribunal respectivo contará con *información objetiva y de calidad respecto a la persona solicitante a fin de resolver la petición de sustitución de la pena* (Gendarmería de Chile y Servicio Médico Legal).

Cuarto: Que es útil, para apreciar la consideración de la edad del autor por parte del Derecho Penal sustantivo, recordar que en el seno de la Comisión Redactora del Código Penal de 1874, el comisionado Fabres propuso como



PRESIDENCIA

circunstancia atenuante el tener el reo más de 70 años de edad, rechazándose este predicamento.

A su turno, el Proyecto de Reforma del Código Penal, de 1945, incorpora como primera atenuante la de *Ser el culpable menor de veintiún o mayor de setenta años*.

Quinto: Que en el campo del Derecho Penal ejecutivo, los especialistas han dicho que la *Nueva Penología* debe ser entendida bajo un prisma humanista y con un objetivo preventivo, no vislumbrándose ni lo uno ni lo otro en la ejecución clásica de la pena privativa de libertad, *pues su cumplimiento se torna en inhumano y sus resultados criminógenos están ahí*. (García Valdés, La Nueva Penología, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Madrid, 1977, p. 47).

Sexto: Que parece del todo evidente que si en la ejecución clásica o tradicional de las penas de encierro el cumplimiento reviste en general esas repudiables características, como mucha mayor razón se dará ello con penados que se hallan en situaciones extremas como los que se pretenden enfrentar con la nueva normativa propuesta.

Hace ya más de cuatro décadas, se planteó al mundo penal y penológico, que *La pena como fin en sí misma es un concepto que podemos declarar definitivamente superado*. (Contento, "Crisi e avvenire de la pena carceraria", Milano, 1964, p. 12).

Séptimo: Que, no obstante el acuerdo general sobre los fines de las sanciones penales –prevención general y especial, la retribución no debe ser vista como fin de la pena– la ejecución de la pena privativa de libertad *presenta hoy a los ojos de muchos penitenciaristas, a la vista de los problemas que el encierro clásico causa en los presos y que denuncian no sólo una ausencia de eficacia de la sanción, sino de elemental humanidad, las más de las veces*. (García Valdés, cit., pp. 9-10).

Pareciera que el expresivo título de la obra de Marc Ancel, "De la venganza expiatoria al tratamiento de los delincuentes" (Revista de Estudios Penitenciarios, 1968, p. 489), condensa toda la evolución del ordenamiento jurídico punitivo.

Octavo: Que todos deberíamos estar de acuerdo con Del Vecchio, cuando nos dice que la venganza no puede ser fin lícito de la pena (*"Il problema del fondamento della giustizia penale e una sua possibile soluzione, Rivista di*



PRESIDENCIA

Diritto penale, 1957, pp. 877 y s.s.), más cuando un penado de 80 años de edad y enfermo de cuidado, debe continuar cumpliendo su pena de encierro, tal cumplimiento ya no servirá a los fines de la prevención especial y representará un regreso a la mera retribución.

Noveno: Que en su obra Proyecto de Código Penal para Chile (2016), el connotado profesor Alfredo Etcheberry, expresa que las finalidades de la pena son proteger los bienes jurídicos y procurar la reincorporación apropiada del condenado a la vida en sociedad. *Se descarta el carácter meramente retributivo o punitivo de la pena.* Con el propósito de reincorporación del penado *el Proyecto no contempla la pena de muerte, ni las perpetuas de ninguna especie, ni aquellas que, sin llegar a serlo, se prolongan por tanto tiempo que hacen ilusoria la rehabilitación del condenado.* El artículo 86 del proyecto dispone que *Las personas mayores de setenta y cinco años y la valetudinarias cumplirán todas las penas privativas de libertad en reclusión domiciliaria y por la duración que hubiere dispuesto la sentencia para tales penas, con los debidos resguardos para evitar la fuga.*

Décimo: Que la sustitución de la pena de prisión respecto de mayores de 75 años, que presentaren condiciones de salud cuyo deterioro hiciere que la privación de libertad suponga un padecimiento especialmente aflictivo está contemplada en el Anteproyecto de Código Penal enviado por el actual Gobierno al Parlamento¹ otorgándoles el derecho a la sustitución de su condena por la pena de reclusión por el tiempo que restare por cumplir. La sustitución deberá ser dispuesta por resolución judicial y deberá basarse en informes periciales. También se prevé la suspensión de la ejecución en el caso de penados que padecen una enfermedad terminal, como asimismo, de condenados que agonizaren en prisión.

Undécimo: Que el nuevo artículo 468 bis que se propone incorporar al Código Procesal Penal, es del siguiente tenor:

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



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

- a) Aquellas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal.*
- b) Aquellas que, por cualquier causa, tengan un menoscabo físico grave e irrecuperable que les provoque una dependencia severa.*
- c) Aquellas de setenta y cinco años de edad o más, que hubieren cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta, con excepción de las condenadas a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, quienes deberán tener cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.*

A continuación se indican los informes que deberán evacuarse para resolver en esta materia.

El dictamen más relevante es, sin duda, el del Servicio Médico Legal, que resulta fundamental para decidir en los casos de las letras a) y b) precedentes.

El inciso décimo del texto –sobre el cual se solicita informar al Tribunal Pleno– dispone:

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

Tratándose de un penado que padece de enfermedad terminal, el tribunal debe fallar la solicitud en el término de veinticuatro horas desde que reciba el último de los informes requeridos.

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

Se incluyen, además, disposiciones sobre control del arresto domiciliario, sanciones en caso de quebrantamiento, etc.

Duodécimo: Que en lo que concierne al Código de Procedimiento Penal, la iniciativa de ley propone la sustitución, en el inciso primero del artículo



PRESIDENCIA

684 –sobre procesados que caen en enajenación– del verbo “podrá” por “deberá”; la facultad del tribunal para pedir informe de peritos se transforma en obligación.

También se incorpora al mismo cuerpo legal, en el Libro IV (“Del cumplimiento y ejecución”), el siguiente Título IV: *De las personas condenadas con enfermedad en fase terminal, con un menoscabo físico que les provoque dependencia severa o de setenta y cinco años de edad o más.*

Se reproducen las mismas causales que permiten fundar la petición del condenado y en el inciso décimo se expresa nuevamente, *Cumpliendo lo señalado en los incisos anteriores, el tribunal dispondrá la sustitución de la pena privativa de libertad de la persona condenada solicitante por la de reclusión domiciliaria total.* Son aplicables las mismas normas antes citadas, al plazo para resolver y al conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada.

Decimotercero: Que las modificaciones legales indispensables para velar por el satisfactorio cumplimiento de la prevención especial, como fin de la pena, debieron haberse adoptado hace mucho tiempo, destacándose nuestro país por tener una asignatura pendiente en este ámbito, vinculada, sin duda al Derecho Penal liberal, democrático y gobernado, en este sensible ámbito (frecuentemente dejado de lado, por crear incomodidad) por el principio de humanidad.

En todo caso, ha de darse la bienvenida a una iniciativa de ley destinada a poner a nuestra legislación a tono con las tendencias, ya muy antiguas, de la dogmática y del Derecho Comparado, recogidas, incluso, en instrumentos jurídicos internacionales, que se mencionan en el propio proyecto.

Decimocuarto: Que anteriormente, y con ocasión de un informe relativo a modificaciones a la Ley 18.216, aplicables a *enfermos terminales* (Boletín nro. 11.024), esta Corte manifestó su opinión favorable a la moción de que se trataba –fundada principalmente en aspectos humanitarios– sin perjuicio de formular algunos reparos. (Oficio nro. 9-2017, de 20 de enero de 2017)

Decimoquinto: Que aun cuando sólo se consultan los incisos ya mencionados, se estima procedente presentar algunas otras reflexiones, que parecen imprescindibles.

a) Por de pronto, se habla de “el tribunal dispondrá...”, sin especificarse el órgano jurisdiccional de que se trata.

Tratándose de la fase de ejecución de la pena carcelaria, el tribunal competente es, sin duda, el juez de ejecución, como juez especializado, cuya creación se viene exigiendo en nuestro país hace por lo menos treinta años por la doctrina y cuya necesidad también ha sido puesta de manifiesto por el Poder Judicial. Mientras estos tribunales no sean creados, han de obrar como tales aquellos que establece nuestra legislación en el Código Orgánico de Tribunales y Código Procesal Penal. Precisamente, en el anterior informe de este Tribunal, se aludió a estas normas, en relación al *tribunal encargado de supervisar la ejecución de la pena*.

Por lo tanto, debería hacerse en el proyecto la indispensable precisión.

b) No se contiene una definición de *enfermedad en fase terminal*, sin perjuicio que se la caracteriza en los fundamentos del proyecto, como *una patología grave, progresiva e irreversible, y con pronóstico fatal en un tiempo próximo*. En proyectos anteriores se ha incorporado una definición técnica, lo que puede tener el impedimento de que, por tratarse de un tema exclusivo y excluyente de la ciencia médica, deba quedar entregado a opiniones de expertos y no encerrado en un precepto jurídico, que es muy probable no recoja todas las situaciones posibles. El tema es, en todo caso, susceptible de discusión.

c) Con respecto al peritaje del Servicio Médico Legal, dada su pública y notoria carencia de recursos técnicos y humanos, que dilatan por largo tiempo la realización de los exámenes, pareciera conveniente proponer que puedan también encomendarse a un establecimiento público dotado de los medios que aseguren un cumplimiento expedito.

d) En el plano procesal, no parece adecuado que se obligue a apelar de la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de sustitución en la misma audiencia en que se emite la decisión; las complejidades que puede revestir la argumentación que deba hacer valer la parte interesada, parece aconsejar un plazo normal de cinco días.

Acerca de la tramitación del recurso en la Corte de Alzada –agregación extraordinaria– podría ser una medida aconsejable.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** respecto del inciso décimo del



PRESIDENCIA

artículo 468 bis que propone incorporar el número 1 del artículo primero, así como el inciso décimo del artículo 697 que agrega el número 2) artículo segundo del proyecto de ley. (Boletín N° 12.345-07).

Los **Ministros señores Muñoz G. y Dahm** expresan las siguientes consideraciones respecto del proyecto:

- a) La iniciativa no resuelve el tema de las cautelares personales;
- b) Incluso en el evento de personas mayores de 75 años, y cumpliendo el presupuesto legal, debe entregarse al magistrado la decisión, conforme a los antecedentes del caso;
- c) Procede hacer las definiciones necesarias en relación con los enajenados mentales, tanto para el enajenado mental que delinque como para quien delinque y cae en enajenación;
- d) Debe conformarse el proyecto a las Convenciones Internacionales ratificadas por el Estado, en especial con el artículo 110 del Estatuto de Roma;
- e) Corresponde dejar expresado, en la mejor forma posible, el carácter excepcional de la iniciativa y no una ponderación amplia que pueda efectuar la jurisdicción.

Se previene que **las ministras señoras Sandoval, Chevesich y Muñoz S.**, estuvieron por informar y hacer referencia únicamente a los textos consultados y en lo concerniente al ámbito procesal de su aplicación, de manera que comparten lo expuesto en los motivos undécimo y decimoquinto, letras a) y c).

Asimismo, están de acuerdo con los términos del proyecto en cuanto al plazo para interponer el recurso de apelación; sin embargo, tratándose del referido recurso que se deduzca en las causas tramitadas conforme al Código de Procedimiento Penal, fueron de opinión que debía interponerse el primer día hábil siguientes en que se dicte la resolución que se pretende impugnar.

El Ministro señor **Silva Cancino**, entiende que si bien se requiere de esta Corte Suprema la emisión de un parecer acerca del inciso décimo del artículo 468 bis que propone incorporar el número 1) del artículo primero, así como del inciso décimo del artículo 697 que agrega el número 2) artículo segundo, ambos del proyecto de que se trata, el pronunciamiento requiere de una revisión de "los incisos anteriores", comoquiera que el inciso del caso señala "Cumpliendo con lo señalado en los incisos anteriores, el tribunal dispondrá la sustitución de la pena privativa..." De acuerdo a ellos, hay



PRESIDENCIA

situaciones que hacen factible que el penado pueda solicitar al tribunal competente la sustitución de la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria total. Luego, el proyecto señala que para resolver esta sustitución se recabarán informes, uno con opinión técnica favorable, "en relación a factores de riesgo de reincidencia de la persona solicitante"; o certificaciones médicas o diagnósticas, que deben cumplir diversos requisitos, todo lo cual debe ser valorado y apreciado por el tribunal competente y que lleva a estimar que la decisión queda radicada en el o los jueces, razón por la que no es aceptado que las normas que se consultan se encuentren redactadas en términos categóricos como ocurre.

En lo relativo a las observaciones contenidas en el considerando 15° letras a), b), c) y d), más el epílogo que se refiere a la tramitación del recurso de apelación ante la Corte de Alzada, comparte la opinión del Tribunal íntegramente.

Por las razones expuestas, concuerda también con las observaciones del ministro señor Sergio Muñoz, letra d) y en cuanto a que el proyecto debe entenderse en el marco de las Convenciones Internacionales ratificadas por el Estado.

El presidente **señor Brito** concurre también a la prevención planteada por el ministro señor Silva C.

Oficiese.

PL 4-2019.- "

Saluda atentamente a V.S.

HAROLDO BRITO CRUZ
Presidente

MARCELO DOERING CARRASCO
Secretario (S)