

Opinión INDH Sobre Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal o Neurodegenerativas¹

1. Antecedentes.

La condición de las personas privadas de libertad en Chile ha sido una preocupación constante por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Así, en el primer Informe Anual del INDH en 2010, se recomendó “Los poderes del Estado deben avanzar en la reforma al sistema penitenciario a fin que supere las condiciones indignas en que viven las personas privadas de libertad. El debate de estas reformas es un tema país que involucra la política criminal de la última década, de manera que esta se oriente hacia la resocialización de los/las internos/as y eliminar la sobrepoblación y hacinamiento carcelario desde el año 2011, se mantiene un programa para prevenir.”. Asimismo, el INDH desde el año 2012 publica periódicamente su Informe sobre Condiciones Carcelarias, donde en base a la normativa aplicable, evalúa y recomienda acciones concretas para la mejora de la situación de los y las privadas de libertad.

En el marco de esta preocupación por los derechos de todos y todas las personas bajo custodia del Estado, y atendiendo el debate público sobre la condición de salud de personas privadas de libertad, el Consejo del INDH ha adoptado la siguiente posición general sobre el tema, sin abordar la situación específica de

¹ Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos en Sesión 365 del 12 de junio de 2017.

las personas condenadas por los tribunales nacionales por crímenes de lesa humanidad².

Para efectos del presente documento, se entenderá por “Enfermedad en Fase Terminal”, una enfermedad que presente los siguientes elementos: (1) Enfermedad avanzada, progresiva e incurable; (2) Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; (3) Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; (4) Gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; (5) Pronóstico de vida inferior a 6 meses³. Por otra parte, “Enfermedad Neurodegenerativa” es aquella que degrada las funciones neuronales con efectos sobre el equilibrio, el movimiento, el habla, respiración o funciones del corazón, entre otras.

2. Marco Normativo Internacional.

En relación al marco normativo internacional, la presente sección abordará la situación de las personas privadas de libertad con enfermedades en fase terminal o neurodegenerativa desde dos dimensiones: (1) Igualdad y No Discriminación, es decir, de la posibilidad de establecer diferencias entre personas privadas de libertad con estas afecciones y quienes no las presente y; (2) Integridad Personal, o sea, de los deberes que el Estado tiene de tutelar a las personas que tiene a su custodia.

² Una opinión específica sobre los condenados en esta última situación está en elaboración.

³ Sociedad Española de Cuidados Paliativos – SECPAL – Guía de Cuidados Paliativos – Disponible en: <http://www.secpal.com//Documentos/Paginas/guiacp.pdf>.

2.1. Igualdad y No Discriminación.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se refiere expresamente a la situación de las personas privadas de libertad con enfermedades en fase terminal o neurodegenerativas, dejando amplias las posibilidades a los Estados para abordar estos asuntos⁴.

Las menciones a enfermos en fase terminal son escasas, de carácter general y se enmarcan a menudo, en la discusión sobre el respeto del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación. En este sentido, se establece que las medidas extraordinarias que adopte un Estado para proteger los derechos de diversos colectivos –niños, niñas y adolescentes; mujeres; personas con discapacidad física, mental o sensorial; personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; migrantes; personas adultas mayores, etc.- no se considerarán discriminatorias en relación al resto de las personas privadas de libertad y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial⁵.

⁴ Sólo en materia de VIH-SIDA, las Directrices de la OMS sobre la infección por el VIH-SIDA en las cárceles sugiere, cuando ello sea compatible con las consideraciones relativas a la seguridad y los procedimientos judiciales, conceder la liberación anticipada a los presos con SIDA en fase avanzada, por razones humanitarias, a fin de facilitarles el contacto con sus familiares y amigos y permitirles la muerte con dignidad y en libertad. Programa Mundial sobre el SIDA, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1993.

⁵ Principio II Igualdad y no-discriminación de los Principios y buenas prácticas sobre las personas privadas de libertad en las Américas, Principio 5.2 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Regla 2.2 de las Reglas Nelson Mandela de Naciones Unidas.

Las normas relativas al principio de igualdad y no discriminación contenidas en diversos tratados⁶, y en otros instrumentos —Declaraciones o Buenas Prácticas— propios del ámbito de la privación de la libertad, señalan que las diferencias de trato que podrían establecerse en virtud de las necesidades especiales de grupo específicos no constituirán medidas discriminatorias respecto del resto, en caso que cumplan con determinados estándares. La situación anterior, en palabras de la doctrina, se puede sintetizar en que “[...] el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente [...]”⁷.

Por otra parte, es relevante resaltar lo adoptado en el seno de Naciones Unidas, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), instrumento mediante el cual, la Asamblea General de Naciones Unidas declara y recomienda sobre las formas en que los

⁶ Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

⁷ BAYESFSKY, Anne. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, p. 11. Disponible en español en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>>

Estados miembros deben orientar su relación y políticas con las personas privadas de libertad. Así, en las Reglas Mandela, en su Regla 2.2 se establece claramente 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. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.”⁸

Así las cosas, eventuales medidas diferenciadas para la población privada de libertad con graves enfermedades, no solo son posibles, sino que, en ciertos casos, son imperativas para cautelar el goce de derechos.

2.2. Integridad Personal.

El derecho a la integridad personal, es un derecho ampliamente reconocido, contenido en nuestra Constitución Política de la República de Chile como en diversos Tratados ratificados por Chile, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹.

⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015.

⁹ Artículos 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.

a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. 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.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

La estrecha relación entre la protección de la integridad personal, y las personas privadas de libertad queda de manifiesto en el párrafo 2 de la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

“La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado. La prohibición enunciada en el artículo 7 queda complementada por las disposiciones positivas del párrafo 1 del artículo 10, según el cual ‘toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humanos’”¹⁰

Asimismo, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en su interpretación del artículo 5, ha sostenido:

“De conformidad con ese precepto [Artículo 5] toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal

[...]

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

¹⁰ CDH. Observación General No. 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7). 30 de septiembre de 1992. Párr. 2.

A su vez, la Corte Interamericana entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal”¹¹

Junto con lo anterior, sobre el tratamiento a las personas privadas de libertad, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado posee diferentes obligaciones y observancia de principios conceptualizados, por ejemplo, claramente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En relación al objeto de la presente opinión, son pertinentes los siguientes:

1. Posición de Garante del Estado sobre las personas bajo su custodia:

“el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar.”¹². Además, es importante señalar que “[e]sta posición de garante en la que se coloca el Estado es el fundamento de todas aquellas medidas, que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, aquel

¹¹ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párr. 150 y 156.

¹² CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011. Párrafo 49. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>

debe adoptar con el fin de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad.”¹³<

2. Principio de Trato Humano: Que de acuerdo a los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, obliga al Estado a tratar a toda persona privada de libertad “humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”¹⁴

3. El control judicial de la detención como garantía de los derechos a la vida e integridad personal de los detenidos: En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[E]l análisis por la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a una mera formalidad, sino debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”¹⁵.

¹³ CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011. Párrafo 50. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>.

¹⁴ CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011. Párrafo 68. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>

¹⁵ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Párr. 96.

4. El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana: En palabras de la CIDH “esto significa, que el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización. La seguridad ciudadana es una de las dimensiones de la seguridad humana, y por lo tanto, del desarrollo humano, e involucra la interrelación de múltiples actores, condiciones y factores.”¹⁶

Las Reglas Nelson Mandela mencionadas en el apartado anterior, también contienen provisiones relacionadas con la integridad personal, en armonía con el Sistema Interamericano:

“Regla 1. 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, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

¹⁶ CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf> e Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011. Párr. 2. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

Regla 3. La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

[...]

Regla 24

1. 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.

2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia.

[...]

Regla 109

1. No deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables o a quienes se diagnostique una discapaci-

dad 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.

2. En caso necesario, otros reclusos con discapacidades o enfermedades mentales podrán ser observados y tratados en centros especializados bajo la supervisión de profesionales de la salud competentes.”

Junto con los principios generales de tratamiento de personas privadas de libertad, a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la CIDH, en el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas ya citado, sin profundizar en el tema objeto de esta opinión, destacó en general la necesidad de que los Estados adoptaran medidas en cuanto al goce del derecho a la salud —íntimamente ligado a la protección de la integridad personal— de personas privadas de libertad. En esa oportunidad la CIDH sostuvo:

“Asimismo, la CIDH reitera 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. Sin embargo, un análisis comprensivo de las obligaciones de los

Estados con respecto a estos grupos amerita un estudio mucho más extenso y pormenorizado que excede los objetivos del presente informe.”¹⁷

Dicho lo anterior, y en concreto, las medidas especiales —siempre razonadas— que pueden ser otorgadas a personas privadas de libertad, en razón de una condición propia, pueden ir desde adecuaciones de celdas como hasta formas alternativas de cumplimiento de condenas.

En el caso de las medidas alternativas de cumplimiento, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras del año 2013, advirtió la existencia de una ley en dicho país “para Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal y Enfermedades Degenerativas del Sistema Nervioso”¹⁸, que contempla un procedimiento administrativo y judicial de “desinternamiento” para personas gravemente enfermas¹⁹.

3. Normativa Comparada.

¹⁷ CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011. Párr. 535. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>

¹⁸ CIDH. Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras. 2013. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/HONDURAS-PPL-2013ESP.pdf>>

¹⁹ Decreto 5 – 2007 “Ley Especial para Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal y Enfermedades Degenerativas del Sistema Nervioso” Disponible en <<http://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/117-ley-especial-para-personas-privadas-de-libertad>>

La normativa comparada trata de manera diferente las medidas que se pueden decretar ante la situación de un privado de libertad con una enfermedad en fase terminal o neurodegenerativa, contemplándose la posibilidad de un cumplimiento alternativo de la pena o una suspensión de la misma. A continuación, se detallarán tres experiencias relevantes:

3.1. Argentina.

En Argentina, la Ley N° 24.660 de enero de 2009²⁰, modificó la Ley N°26.472, sobre Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“Modifícase el artículo 32 de la Ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

- a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

²⁰ Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149566/norma.htm>

- c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) Al interno mayor de setenta (70) años;
- e) A la mujer embarazada;
- f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

De esta forma, la medida no suspende la ejecución de la pena, sino que constituye una forma de ejecución de la condena.

Asimismo, se estableció el siguiente procedimiento en el artículo 2º, que modifica el artículo 33 de la Ley N° 24.660:

“La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social.

El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad”.

En consecuencia, la concesión de la medida queda entregada a un órgano jurisdiccional, y para la causal de enfermedad incurable en período terminal, la

decisión del tribunal deberá fundarse en informes médicos, psicológicos y sociales.

3.2. España.

En España, la libertad condicional constituye una suspensión de la ejecución de la pena, a diferencia de nuestra normativa nacional, donde es una forma de cumplimiento de la misma.

Así, en el sistema español, coexisten la libertad condicional tradicional y modalidades anticipadas con requisitos diversos. En este último caso, la libertad condicional puede otorgarse por motivos humanitarios.

Es así como el artículo 91 del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica N° 1/2015²¹, de 30 de marzo de 2015, dispone la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión, mediante la concesión de la libertad condicional, cuando:

“[l]os penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior [Artículo 90], excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

²¹ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios”.

Como la norma española hace remisión a los requisitos del artículo 90, entonces, para que se disponga la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y se conceda la libertad condicional, los condenados que hayan cumplido la edad de setenta años o que padezcan enfermedades muy graves con padecimientos incurables, deben cumplir las exigencias previstas en el artículo 90 del Código Penal, salvo los requisitos temporales, a saber:

- a) Que haya observado buena conducta.
- b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
- c) Ausencia de peligrosidad.

Respecto del requisito de “ausencia de peligrosidad”, el artículo 90 establece dos regímenes de evaluación de la peligrosidad, uno general, y otro especial para condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o grupos terroristas, y los condenados por delitos de terrorismo:

Para el régimen general se indica en el numeral 1º de dicho artículo:

“[e]l juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Respecto del régimen especial se señala en el numeral 8°:

“En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código²², la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista [...] lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

d) Colaboración con la persecución penal, respecto de los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o grupos

²² Capítulo referido a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo.

terroristas, y los condenados por delitos de terrorismo, como refiere el artículo 90 en el numeral 8°:

“En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código²³, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado [...] haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

El procedimiento se encuentra regulado en los artículos 90 y 91 del Código Penal.

Conforme al artículo 91, es el juez de vigilancia penitenciaria quien decide sobre la concesión de la medida previa remisión de los antecedentes por la Administración Penitenciaria, es decir, recae en un órgano jurisdiccional la decisión de la medida. Así es como se dispone en el artículo 91, numeral 2°:

“Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al

²³ Capítulo referido a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo.

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.”

El artículo 90 en el numeral 7º, previene que el juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado.

En su decisión, el juez debe considerar dos hipótesis de exclusión de la libertad condicional, reguladas en el artículo 90 del Código Penal:

“[s]i el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”.

“El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado”.

Como la libertad condicional en España, implica la suspensión de la ejecución de la pena, se puede imponer un plazo de suspensión de 2 a 5 años, no pudiendo ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento, tal como lo señala el artículo 90 en el numeral 5º:

“El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento.

El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado”.

Por otro lado, el artículo 91, número 6º, indica que el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión, que no permita mantener ya la expectativa de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.

Finalmente, el artículo 91, numeral 3º, establece un procedimiento sumario de concesión de la medida, cuando el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente. En este caso, el juez o tribunal podrá decretar la medida, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito, salvo la falta de peligrosidad relevante del penado:

“Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así 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”.

3.3. Colombia.

En la legislación colombiana, existe una primera norma que se refiere a personas privadas de libertad enfermas, en situación de detención preventiva. La detención preventiva en establecimientos carcelarios puede sustituirse en la residencia, cuando, entre otros, el imputado o acusado esté en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, evento en el cual el juez determinará si la persona debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital, conforme dispone el Código de Procedimiento Penal, artículo 314, numeral 4º, modificado por el 27 de la Ley 11442 de 2007²⁴.

Por otra parte, para las personas condenadas, según el artículo 68 del Código Penal²⁵, cuando padezcan una enfermedad muy grave, que sea incompatible con la vida en reclusión formal, el juez podrá autorizar la suspensión de la pena privativa de la libertad y reemplazarla por un período en el domicilio del penado o en el centro hospitalario que establezca el Instituto Nacional Penitenciario

²⁴ Ley Disponible en http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENTIDO/INPEC%20INSTITUCION/INPEC_HOY/LEYES/LEY%201142%20DE%202007.PDF .Ver también sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-035/13 del 28 de enero del 2013. Párr. 5.3. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-035-13.htm>.

²⁵ Código Penal disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf.

–INPEC-. En este último caso, la norma señala que para la concesión de esta medida debe mediar un informe de un médico legista especializado.

Indica, además, que el juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste. En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.

Como se puede apreciar, en Colombia la medida constituye una suspensión del cumplimiento de la pena, pero la enfermedad grave puede llegar a constituir también una forma de extinción de la pena.

4. Marco Normativo Nacional.

Junto con la exposición del marco normativo internacional y de experiencias comparadas, se abordará a continuación las normas nacionales que regulan parcialmente la materia objeto de esta opinión, o que son aplicables indirectamente. Se analizará: (1) El marco regulatorio aplicable a la concesión de beneficios o de modificación de la pena y (2) Los derechos que todo paciente posee, independientemente que esté privado, o no, de libertad.

4.1. Normas sobre Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal o Neurodegenerativas.

Actualmente la legislación chilena no contempla un marco normativo que regule expresamente formas alternativas de cumplimiento de condenas penales para personas privadas de libertad con enfermedades en fase terminal o neurodegenerativas. Por su parte las formas de acceder a estas medidas para privados de libertad en esta situación, son solamente aquellas disponibles para toda la población penal, como los beneficios intrapenitenciarios, la libertad condicional, la reducción de condena o eventualmente el indulto presidencial²⁶, entre otras.

En relación al indulto, esta facultad presidencial ha sido descrita recientemente por la I. Corte de Apelaciones de Santiago como “una causal o modo de extinción de la responsabilidad penal, conforme lo establece el artículo 93 del Código Penal [...] se la ha conceptualizado como la ‘Gracia por la cual se remite total o parcialmente un delito, se conmuta una pena o se exceptúa y exime del cumplimiento de la ley o de otra obligación cualquiera’²⁷. Se debe señalar que ésta facultad, al ser esencialmente discrecional, no exige basarse en parámetros objetivos para su concesión o su rechazo.

4.2. Cuidados Paliativos como Derecho del Paciente en Fase Terminal.

Junto con la normativa anteriormente señalada, es relevante traer al debate lo establecido en la ley de Derechos y Deberes de los Pacientes Ley N°20.584, que en su artículo 16 señala:

²⁶ Establecido en la Constitución Política de la Republica y regulado por la ley N° 18.050 que fija normas generales para conceder indultos particulares.

²⁷ ICA de Santiago. Sentencia sobre Recurso de Protección Rol 20197- 2017 – 24 de mayo de 2017. Considerando Séptimo.

“Artículo 16.- La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

[...]

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.”

Dicha norma, que establece un verdadero derecho a morir en condiciones de dignidad, aplicada a la realidad carcelaria chilena, podría tonarse inexistente debido a que en los espacios de reclusión, no existirían los medios para que familiares de una persona privada de libertad los acompañaran, haciendo aconsejable la adopción de medidas, tales como la disposición de lugares especiales, facilidades para las visitas de los familiares, el traslado a recintos hospitalarios o la autorización para el cumplimiento de la pena en otros lugares, como el domicilio.

5. Opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Considerando los antecedentes anteriormente señalados, se puede opinar lo siguiente:

1. Las personas privadas de libertad condenadas, en general, aquejadas de una enfermedad en fase terminal o neurodegenerativa, pueden ser objeto de medidas que alteren la ejecución de la pena a la que fueron condenadas, por ejemplo, la modalidad de cumplimiento, sin que esto constituya un trato discriminatorio con respecto al resto de la población penal, si es que la medida se encuentra justificada en razones objetivas.
2. Actualmente no existe un marco normativo nacional específico que establezca medidas para hacer frente a la condición de personas privadas de libertad condenadas en las condiciones antes señaladas. El INDH constata la necesidad, en este sentido, de legislar al respecto.
3. El Estado de Chile puede establecer diferentes medidas para atender la situación de estas personas privadas de libertad, pudiendo entender estas medidas como: suspensión de las penas o una forma de cumplimiento alternativo, diferente a la cárcel, entre otras.
4. El mecanismo que establezca las medidas antes señaladas, debe tener un procedimiento regulado, transparente, que asegure todas las garantías del debido proceso, controlado en todo momento por una autoridad jurisdiccional. Será ésta, en definitiva, quien determine, mediante resolución pública, fundada y con antecedentes suficientes, las modificaciones que corresponda a la condena del privado de libertad afectado. La supervisión judicial de estas medidas debería radicarse en una jurisdicción especializada de ejecución de la pena, para dar mayores garantías a todas las partes intervinientes.
5. Un aspecto a determinar en el debate legislativo será considerar si las medidas disponibles para personas privadas de libertad con las afecciones antes

señaladas será considerado un beneficio asociado al cumplimiento de determinados requisitos de conducta y ausencia de peligrosidad; una suspensión de la pena asociada a una incompatibilidad de residir en un establecimiento penitenciario; o una forma de ejecución alternativa de la pena, ante circunstancias de grave enfermedad, entre otras posibles medidas.

6. En cualquiera de los casos antes señalados, y con el fin de aplicar estas medidas en los casos que correspondan, deberán existir antecedentes médicos y circunstancias que ameriten la adopción de las mismas, aplicándose cuando existan casos acreditados, por la opinión de instancias calificadas e imparciales, de enfermedades en fase terminal o enfermedades neurodegenerativas. El procedimiento de calificación deberá realizarse de manera expedita y oportuna.

7. El INDH recuerda que, en el caso de todas las personas privadas de libertad con enfermedades, el Estado debe brindar todos los tratamientos médicos y facilidades, como garantía del derecho a la integridad personal.

8. Es relevante destacar que, en base a la legislación nacional (Ley N° 20.584), existe un derecho de los pacientes en fase terminal: “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”. Por lo anterior, en determinadas circunstancias, el espacio de reclusión no posibilita la plena realización de este derecho, haciendo aconsejable la adopción de medidas intra o extra penitenciarias.

9. En vista que en la actualidad no existe un marco normativo que regule la materia, las personas privadas de libertad condenadas, afectadas por una en-

fermedad en fase terminal o neurodegenerativa, pueden solicitar otras medidas, tales como libertad condicional, reducción de condena o el indulto presidencial para modificar el cumplimiento de su pena.

10. En relación al indulto presidencial, al ser ésta 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.

11. Se recuerda, y sin perjuicio que el INDH lo ha mencionado en diversos informes y recomendaciones, que 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, las necesidades de grupos en situaciones especiales, en condiciones de dignidad, tales como personas privadas de libertad que necesiten controles, tratamientos o intervenciones médicas de manera periódica. 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.