

EN LO PRINCIPAL: SOLICITAN AUDIENCIA QUE INDICA; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER; **SEGUNDO OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTO.-

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ENRIQUE ALDUNATE ESQUIVEL, chileno, Abogado, en representación –según se acredita-, de las Diputadas y Diputados integrantes de la **BANCADA DE DIPUTADOS DEL PARTIDO SOCIALISTA**, en su condición de legisladores miembros del referido comité parlamentario: **JENNY PAOLA ÁLVAREZ VERA**, chilena, Diputada de la República; **JUAN LUIS CASTRO GONZÁLEZ**, chileno, Diputado de la República; **DANIELLA VALENTINA CICARDINI MILLA**, chilena, soltera, Diputada de la República; **FIDEL ESPINOZA SANDOVAL**, chileno, Diputado de la República; **MAYA ALEJANDRA FERNÁNDEZ ALLENDE**, chilena, Diputada de la República; **MARCOS ILABACA CERDA**, chileno, Diputado de la República; **RAÚL LEIVA CARVAJAL**, chileno, Diputado de la República; **MANUEL MONSALVE BENAVIDES**, chileno, Diputado de la República; **JAIME NANARANJO ORTIZ**, chileno, Diputado de la República; **EMILIA NUYADO ANCAPICHÚN**, chilena, Diputada de la República; **LUIS ROCAFULL LÓPEZ**, chileno, Diputado de la República; **GASTÓN SAAVEDRA CHANDÍA**, chileno, Diputado de la República; **RAÚL SALDÍVAR AUGER**, chileno, Diputado de la República; **JUAN SANTANA CASTILLO**, chileno, Diputado de la República; **MARCELO SCHILLING RODRÍGUEZ**, chileno, Diputado de la República; **LEONARDO SOTO FERRADA**, chileno, Diputado de la República y don **JAIME TOHÁ GONZÁLEZ**, chileno, Diputado de la República, todos domiciliados para estos efectos en Nueva de Lyon N°0145 Of. 501, Providencia, en causa **rol 8.574-20**, relativa al requerimiento de inconstitucionalidad, presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del artículo 15 en sus dos versiones (versión enviada en el mensaje del ejecutivo N° 019-368 en la fecha de ingreso del Proyecto de Ley y versión del estado de discusión de la norma al día 31 de marzo de 2020), en relación con el artículo 1 y el artículo 17 en relación con el artículo 1, todos del Proyecto de Ley que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile, Boletín N° 13.358-070, así como también, aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquellos, que por sí solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes, a **SS. Excma.** respetuosamente decimos:

Que de conformidad con el art. 37 del DFL N°5 de 2010, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, atendida la importancia sustantiva de las materias objeto de los requerimientos acumulados en el presente proceso constitucional, así como el interés público comprometido, por tratarse de reglas aplicables a *delitos contra la humanidad*, rogamos a **SS. Excma.** disponga la realización de audiencias públicas, -las que conforme a las enmiendas recientes al auto acordado puede realizarse mediante videoconferencia-, a objeto de asegurar las medidas adecuadas para la

sustanciación y resolución de este asunto. Lo anterior, se justifica sobre la base de las siguientes consideraciones:

I. La regla del art. 15 que se impugna, se refiere a criminalidad del Estado y un catálogo de delitos comunes que afectan bienes jurídicos de relevancia. El contexto de *macrocriminalidad* del Estado o criminalidad *reforzada* del Estado (Naucke).

La criminología tradicionalmente no ha puesto como objeto de sus estudios el *crimen de estado*, más bien, “tanto la atención científica como la comunicación social no pueden hacer otra cosa que concentrarse sobre campos limitados y por ello, irremisiblemente, pierden de vista o dejan en segundo plano lo que queda excluido de su foco de atención”¹, pues “en el caso de la comunicación social esto genera la llamada *indiferencia moral*: todos saben la existencia de los hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto, no existe desinformación sino negación del hecho”². Lo anterior supone destacar la banalización de la destrucción cotidiana de miles de vidas humanas ante el silencio indiferente del mundo, como si fuese el inevitable resultado de un curso natural o, más aún, como si no sucediese (negación)³, COHEN, hace largo tiempo llama la atención acerca de este fenómeno en el campo criminológico con respecto a los crímenes de estado⁴.

Por lo general, en materia de *crímenes de estado*, a partir de la teoría de SYKES y MATZA, se distinguen cinco tipos de *técnicas de neutralización* como aplicaciones no reconocidas legalmente de **causas de impunidad** (justificación, inculpabilidad o no punibilidad): a) negación de la responsabilidad; b) negación de la lesión; c) negación de la víctima; d) condenación de los condenadores; e) apelación a lealtades más altas⁵. Como sostiene ZAFFARONI, “en principio, en **el crimen de Estado suele negarse el hecho mismo**, como en los casos de negación turca del Genocidio Armenio o del Holocausto por parte del nazismo, o sea, directamente afirmar que los hechos no ocurrieron o no fueron como se los describe”⁶. En este contexto, *la negación de responsabilidad* como técnica de neutralización, no resulta extraña, pues ella es la defensa primaria de cualquier delincuente y, en este sentido no ofrece particularidades, salvo en cuanto la **magnitud de los hechos** y a la grosería de la negación. *La negación del hecho* no es una simple táctica defensiva, pero el actor sabe que los hechos existieron. Se trata de una táctica que coexiste muchas veces con la verdadera técnica de neutralización, porque no es incompatible con ella, dado que la negación del hecho se dirige a quienes lo juzgan, en tanto que la negación de la responsabilidad se dirige a la

¹ Zaffaroni, Raúl, “*El crimen de estado como objeto de la criminología*”, pág. 511, en “Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad”, *in memoriam* a Eduardo Novoa Monreal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2008.

² Ídem.

³ Ídem.

⁴ Cohen, Stanley, “*Human Rights and Crimes of The State: The Culture of Denial*”, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, July, 1993, 26: 97-115;

⁵ Zaffaroni, Raúl, “*El crimen de estado ...*”, ob. cit., pág. 518

⁶ Ídem.

propia conciencia del autor⁷. La verdadera técnica de neutralización por negación de la responsabilidad tiene lugar cuando los criminales de estado afirman que sus hechos no fueron intencionados, sino simplemente “inevitables”.

Si algo se desprende de la evolución histórica en el presente siglo, es la subordinación del Estado a los intereses de los individuos, cuestión que –aunque resulte irónico- reconoce el propio art. 1 de la Constitución Política de 1980. Es por eso que, *por ejemplo*, el Estado y sus agentes no pueden alegar en su favor la *irretroactividad de la ley penal*, ya que esta “es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de éste, y si el Estado no puede invocar esta garantía tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares.”⁸. Conforme al art. 15 del proyecto, el *supuesto de hecho* de la aplicación de la regla es un catálogo de delitos comunes de gravedad, además de aquellos en que la sentencia, hubiere considerado como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación o clasificación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena; o bien aplicable a delitos inéditos en nuestro medio contenidos en la ley 20.357.

Lo anterior, ratifica el contexto de delitos “comunes”, cometidos por agentes del Estado y con su aquiescencia, configuran hechos que cometidos masiva y sistemáticamente, se encuadran en esta clase de criminalidad, definida como “comportamientos conforme al sistema y adaptados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”(Jäger)⁹. Como bien señala Ambos, “los hechos individuales, por lo general, codificados en los ordenamientos jurídico-penales se insertan en un hecho total (*Gesamttat*), el cuál describe el respectivo contexto colectivo de comisión”¹⁰.

II. ¿Infracción al principio de igualdad?. La edad como cualidad no adscrita al sujeto, no supone *per se* una diferencia arbitraria al supeditar la procedencia del indulto a la clase de delito cometido. El art. 15 no infringe el principio de igualdad.

No existe un tratamiento desigual entre quienes se encuentran en la misma condición (los penados en delitos de esta naturaleza), porque existe una diferencia elemental entre **criminalidad común** y **criminalidad del Estado**. Tratándose de esta última forma de criminalidad, -durante el período del ejercicio del poder de sus autores, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990-, gozó de impunidad de iure (D.L. 2.191) y de facto, y que con el advenimiento del restablecimiento del régimen democrático, gradualmente se establecieron condiciones materiales para el juzgamiento de estos graves hechos delictivos. Cabe tener presente que los *delitos de lesa humanidad* en el período aludido han sido juzgados conforme a los tipos penales vigentes a la época de la comisión de los delitos (la ley N°20.357 que tipifica crímenes internacionales es de 2009), de

⁷ Zaffaroni, Raúl, “*El crimen de estado ...*”, ob. cit., pág. 518 y ss.

⁸ Bustos, Juan, “*El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas*”, p. 428, en *Obras Completas*, t. II, *Control social y otros estudios*, Ara Editores, Perú, 2004.

⁹ Ambos, Kai. “Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho Alemán y Comparado”. Editorial Jurídica de Chile, 2007: p. 34.

¹⁰ Ídem. p. 47

ahí que cobra valor lo señalado por Novoa Monreal: “cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente”¹¹. En este sentido el art. 3 bis del proyecto aprobado, recoge expresamente como requisito que respecto de estos delitos, la sentencia, en conformidad al derecho internacional, así lo hubiere acreditado. En general las sentencias en esta materia señalan lo siguiente:

“...De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados en la presente causa y tal como fueron presentados en el fallo que se revisa, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que se deben penalizar, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.”. (Considerando Trigésimo tercero, SCS Rol 5.989)

La *desigualdad* planteada por los requirentes, en el tratamiento penal en el caso de procedencia del indulto, es inconsistente, pues como con razón, se ha sostenido “la pena al genocidio no se distingue del resto del ejercicio del poder punitivo: es tanto o más selectiva que las restantes penas”¹², lo demuestra el hecho, que generalmente no se extiende a todos los autores, mucho menos a los partícipes. Ante la magnitud del ilícito cometido, -crímenes de lesa humanidad-, “el derecho penal prácticamente carece de espacio para limitar el poder punitivo e incluso la venganza privada”, la función acotante no sólo se reduce al ámbito fáctico sino que también al ético, “es tan extraordinario el esfuerzo de los hechores de los crímenes para llegar a una situación concreta de vulnerabilidad, habiendo gozado de invulnerabilidad casi absoluta”¹³. En este sentido, una regla específica de exclusión de procedencia del indulto, no debe entenderse como una vulneración de garantías, pues por esa vía lo que se busca establecer requisitos específicos y **proporcionales** al **hecho** cometido, conforme a los lineamientos del derecho penal internacional. Cabe señalar, que en varios casos, la punibilidad ha sido notoriamente disminuida (no por la insignificancia del hecho como han sostenido algunos) por aplicación de la regla del art. 103 del Código Penal (media prescripción), por lo que una exigencia **sobre la naturaleza del hecho cometido**, resulta razonable y justificada por el legislador. Se trata, en definitiva del restablecimiento de la igualdad quebrantada por los actos de poder de impunidad de los que gozaron durante la existencia del régimen de facto que lo validaba, que no buscan sino otra cosa privilegiar a un grupo bien determinado por las fechorías cometidas y procurar su impunidad. Tratándose de las condiciones configuradas para los **delitos de impunidad**, bajo la apariencia de un tratamiento similar a delitos

¹¹ Novoa Monreal, Eduardo. *El desaparecimiento de personas. Breve análisis jurídico*, p. 29, en Revista Araucaria de Chile, N° 14, 1981.

¹² Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit., p. 197 y ss. En igual sentido JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*El criminalista*”, Tomo VII, p. 290 y ss., Editorial La Ley, 1947, a propósito de su enjundioso estudio sobre los crímenes de guerra, pues no se castiga a “todos” los culpables... “de los que ocupaban asiento de acusados, ya dijimos dos han sido absueltos. Acaso los más culpables, por haber proporcionado a Hitler los medios económicos y diplomáticos... Pero eran los más conservadores y la Iglesia y el capital tenían que salvarlos”.

¹³ Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit., p. 197.

comunes, es lo que la doctrina rechaza, pues, “esto es lo verdaderamente grave, lo verdaderamente demoledor, pues cuando en un régimen republicano y democrático se mira o se trata con predilección a un sector en detrimento del resto de la ciudadanía, y más, si tal sector es el militar, que posee los instrumentos de la fuerza, se está declarando que no representa ya la voluntad popular, sino que se ha entregado el miserable arbitrio de una facción, que ha abdicado el ejercicio de la soberanía y lo ha reemplazado por una actitud de mansedumbre y sumisión”¹⁴.

Paradigmática resulta la apelación al principio de igualdad, en circunstancias, que estos crímenes fueron amparados bajo el maleficio del D.L. 2.191, mecanismo que no puede ser calificadas jurídicamente como amnistía, sino más bien, *amnistía al revés* que como sostiene RIVACOBÁ, son las “destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el futuro por cuantas fechorías hayan cometido”¹⁵. Disposiciones como estas no son fruto de un acto de indulgencia, que enaltece a quien lo cumple, ni procuran llevar sosiego a la comunidad, sino por el contrario constituyen una burda vulneración del principio de *igualdad ante la ley* y marca deshonrosa de regímenes tiránicos como el vivido en Chile.

III. El proyecto se hace cargo de la emergencia sanitaria en el contexto de la situación de hacinamiento en recintos penales. Punta Peuco es una excepción a tal característica del sistema carcelario. Existen medidas adoptadas conforme a los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud.

Si revisamos las estadísticas elaboradas por el “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: 2016-2017”, el CCP de Punta Peuco no se encuentra en el contexto de unidades de penales con nivel de hacinamiento alto o crítico, es decir, aquellas que no satisfacen los lineamiento sanitarios pen la contingencia de la pandemia. En este contexto, la pertenencia al grupo de riesgo no significa *per se*, un riesgo de contagio de la enfermedad, en la medida que se sigan las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud:

“Cuide su salud y proteja a los demás a través de las siguientes medidas:

Lávese las manos frecuentemente

Lávese las manos con frecuencia con un desinfectante de manos a base de alcohol o con agua y jabón.

¿Por qué? Lavarse las manos con un desinfectante a base de alcohol o con agua y jabón mata el virus si este está en sus manos.

Adopte medidas de higiene respiratoria

Al toser o estornudar, cúbrase la boca y la nariz con el codo flexionado o con un pañuelo; tire el pañuelo inmediatamente y lávese las manos con un desinfectante de manos a base de alcohol, o con agua y jabón.

¹⁴ Rivacoba, Manuel: “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, p. 535 y ss., en *Doctrina Penal, Teoría y práctica de las Ciencias Penales*, No 39, Julio Septiembre 1987;

¹⁵ De Rivacoba, Manuel: “*Orden Político y orden penal*”, p. 210, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N° 2, mayo-agosto de 1995.

¿Por qué? Al cubrir la boca y la nariz durante la tos o el estornudo se evita la propagación de gérmenes y virus. Si usted estornuda o tose cubriéndose con las manos puede contaminar los objetos o las personas a los que toque.

Mantenga el distanciamiento social

Mantenga al menos 1 metro (3 pies) de distancia entre usted y las demás personas, particularmente aquellas que tosan, estornuden y tengan fiebre.

¿Por qué? Cuando alguien con una enfermedad respiratoria, como la infección por el 2019-nCoV, tose o estornuda, proyecta pequeñas gotículas que contienen el virus. Si está demasiado cerca, puede inhalar el virus.

Evite tocarse los ojos, la nariz y la boca

¿Por qué? Las manos tocan muchas superficies que pueden estar contaminadas con el virus. Si se toca los ojos, la nariz o la boca con las manos contaminadas, puedes transferir el virus de la superficie a sí mismo.”¹⁶.

En este sentido el propio mensaje señala que previo a la tramitación del mensaje, objeto del presente requerimiento, “el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en conjunto con Gendarmería de Chile, ha preparado un plan de prevención y cuidado especialmente destinado al cuidado de la población de alto riesgo frente al contagio del COVID-19 o de mayor vulnerabilidad en caso de eventual brote de la enfermedad al interior de un recinto penitenciario, esto es los adultos mayores, las mujeres embarazadas, los niños y niñas menores de dos años de edad que residen en las unidades penales y sus madres. Es así como se han dispuesto las siguientes medidas”:

- a) Un programa de vacunación masiva contra la influenza, que se inició de manera extraordinaria para la población penal, el 13 de marzo del presente año.
- b) Un programa de inducción en pautas de prevención del contagio de COVID-19, tanto para las personas privadas de libertad como para el personal de Gendarmería de Chile.
- c) Un protocolo de control sanitario aplicable por funcionarios de Gendarmería de Chile, para la detección de sintomatología asociada al COVID-19 respecto del ingreso de personas a las unidades penales, principalmente familiares de las personas privadas de libertad.
- d) La distribución e instalación en todas las unidades penales de un dispositivo sanitario de mascarillas, dispensadores de jabón y de alcohol gel.
- e) La elaboración de protocolos de atención y derivación a centros de la red asistencial de salud, ante casos de sospecha de contagio.
- f) El establecimiento de una red de plazas intrapenitenciarias de aislamiento, en caso de brote de la epidemia, correspondiente a 2.667 plazas a lo largo de todo el país.

Lo anterior, supone que también el **grupo de riesgo** puede ser objeto de medidas especiales, para asegurar el cumplimiento de medidas sanitarias, en atención a que precisamente la clase de delitos, es un factor relevante para la conmutación de la pena. En la especie, no se puede desatender que el genuino sentido del beneficio proyectado por el indulto general, se refiere a situaciones de riesgo, en ciertos delitos de menor peligrosidad. La aplicación del principio de igualdad, según los requirentes, supone la abolición del sistema carcelario, en el contexto de pandemia, pues no es posible efectuar una distinción en razón del bien jurídico lesionado por el delito cometido. No existe trato discriminatorio ni arbitrario en la decisión de establecer tipos

¹⁶ <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>

penales agravados respecto de ciertos sujetos cualificados. Siendo razonable, y justificada la decisión político criminal en materia de selección e incriminación, otro tanto ocurre en la decisión –diseminada en nuestro sistema- de los requisitos que hacen procedente postular a una modalidad de la ejecución de la pena, o bien, exigibles al momento de postular a formas de penas sustitutivas, como los previstos en la ley N°18.216.

Aquí radica la necesidad de un debate público sobre la materia.

POR TANTO, de conformidad a lo dispuesto en el art. 37 y demás normas aplicables de la ley N°17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional, sírvase **SS. Excma.** tenerlo presente a objeto de ser oídos en las audiencia pública, por vía remota si así lo dispone V.E.

PRIMER OTROSÍ.- Que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir patrocinio y poder en estos autos, en virtud del mandato judicial que me fuera concedido por escritura pública de fecha 19 de abril de 2016, bajo repertorio N°2.251/2016, otorgado en la Notaría de Valparaíso don Marcos Díaz León, que se acompaña y en el mandato de 12 de diciembre de 2018, bajo repertorio N°6.597/2018, otorgado en el oficio notarial antes señalado.

POR TANTO, sírvase **SS.**, tenerlo presente

SEGUNDO OTROSÍ.- Que en este acto acompaño, copia de los mandatos judiciales individualizados en el primer otrosí.

Sírvase **SS.**, tener por acompañado el referido instrumento, donde consta la personería.