

### 3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Recurso de amparo. Revocación de indulto conmutativo. Circunstancias del amparado (perdida de domicilio y celular) permiten entender su cambio de actitud e incumplimiento sobreviniente, sin justificación, a las condiciones de control. El Tribunal de Garantía es competente para revocar indulto conmutativo. La decisión del Tribunal se torna arbitraria al no ponderar las circunstancias del caso mediante el uso del principio de proporcionalidad. Se debe asegurar la protección del derecho a la salud individual del condenado.

#### HECHOS

*Se deduce recurso de amparo a favor de condenado y en contra de la resolución dictada por Juzgado de Garantía, que revocó el indulto conmutativo concedido al amparado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge la acción constitucional de amparo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Talca.*

ROL: *229-2020, de 31 de agosto de 2020.*

PARTES: *Hans Rubio González con Juzgado de Garantía de Chiguayante.*

MINISTROS: *Sr. Rodrigo Alberto Cerda San Martín, Sra. Matilde Verónica Esquerré Pavón y abogado integrante Sr. Carlos Rodrigo Álvarez Cid.*

#### DOCTRINA

*Los sentenciados penales beneficiados por el indulto conmutativo debían cumplir efectivamente las condiciones impuestas por el organismo encargado de su control, esto es, Gendarmería de Chile, las que, en la especie, consistieron en permanecer en el domicilio fijado y efectuar cuatro registros fotográficos diarios (georreferenciados), lo que supone disponer materialmente de una residencia donde permanecer y de un teléfono celular para efectuar los registros requeridos. En el caso, el amparado perdió tales condiciones materiales al ser expulsado del domicilio donde vivía, así como también el teléfono que utilizaba, circunstancias complejas que permiten entender el cambio de actitud informado, a saber, los primeros 67 días acata todas las exigencias impues-*

*tas, para luego incumplir sin justificación desde el 25 de junio de 2020. En ese contexto, si bien la revocación del indulto fue decretada por el tribunal competente, en uso de sus facultades legales y conforme a un entendimiento literal del artículo 8° de la Ley N° 21.228, esta corte comparte lo señalado por el abogado recurrente cuando afirma que la ausencia de ponderación de las circunstancias del caso, mediante el uso del principio de proporcionalidad, transforma a dicha decisión en arbitraria, pues el mayor riesgo concreto que implicaba esa medida de revocación del indulto para la salud individual del amparado debía implicar la prevalencia de tal derecho fundamental por sobre el principio de ejecución penal efectiva, ante los incumplimientos acreditados. En todo caso, no existe propiamente una colisión de derechos fundamentales, pues el postulado punitivo mencionado no es tal y solo obedece a intereses de prevención general que propugnan que las leyes penales y las penas deben ser cumplidas, de modo que las personas ajusten sus conductas a esos imperativos normativos con la convicción de que otros también lo harán, bajo premisas de legalidad e igualdad, cuestiones que en el caso de que se trata ya se habían relativizado con la dictación misma de la Ley N° 21.228. Así las cosas, había de prevalecer el derecho fundamental amagado por sobre el imperativo general de cumplimiento de las normas, especialmente si se tienen en cuenta las dificultades que se presentan a los penados que egresan de las cárceles para cumplir cabalmente con las exigencias impuestas por el ente a cargo del control, en el estado de emergencia vigente, que por su larga duración ha conducido a una crisis adicional en los ámbitos económico y social (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*El nivel de defraudación de las expectativas normativas penales, atendido el contexto social y sanitario en que nos encontramos, no nos parece suficiente para desplazar la protección del derecho a la salud individual del condenado, que tuvo en vista el legislador al beneficiarlo con el indulto conmutativo, prerrogativa que se hará prevalecer respecto del ya aludido interés punitivo. Los motivos precedentes nos llevan a acoger la presente acción constitucional, toda vez que al amparado le ha sido revocado un beneficio legal con riesgo para su salud, a través de una decisión jurisdiccional que no realizó el juicio de proporcionalidad necesario, desprotegiendo derechos fundamentales, con infracción de las normas constitucionales y del sentido conforme de las leyes, lo que impone adoptar las medidas inmediatas para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CI/JUR/147700/2020*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República; 8° y 11 de la Ley N° 21.228.*

REVOCACIÓN DEL INDULTO CONMUTATIVO CONSAGRADO  
EN LA LEY N° 21.228

ANDREA PINTO BUSTOS\*  
*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

En la resolución con fecha 31 de agosto de 2020, la Corte de Apelaciones de Concepción se refirió a los efectos del incumplimiento de la medida alternativa de reclusión domiciliaria total introducida por la Ley N° 21.228, que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile. Tal cuerpo normativo fue incorporado en el ordenamiento positivo con el objetivo de propender a un trato digno y humano en la ejecución de las penas privativas de libertad en el contexto de la pandemia, manteniendo, en todo caso, la extensión del reproche penal<sup>1</sup>.

En su razonamiento, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de amparo deducido por la defensa en contra del fallo de la jueza de garantía que revocó el indulto conmutativo del amparado y ordenó su reingreso al recinto penitenciario. A juicio de los sentenciadores, aunque la decisión de la jueza es legal –pues se ajustó a las condiciones incardinadas al indulto–, adolece de una arbitrariedad. En particular, porque a tal determinación se arribó teniendo en consideración el imperativo general de cumplimiento de las sanciones penales, pero soslayando el estado de salud del penado, quien es portador de VIH y, por lo tanto, especialmente vulnerable a la enfermedad COVID-19. A continuación, analizaré los argumentos empleados por la Corte para alcanzar tal conclusión.

Con fecha 14 de abril de 2020, el amparado fue favorecido por la norma contenida en el art. 11 de la Ley N° 21.228, cuyo texto dispone: “Las personas que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privadas de libertad en virtud de condena por sentencia ejecutoriada, y estuvieren beneficiadas con

---

\* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora agregada del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Becaria ANID/Doctorado Nacional 2019-21191101.

<sup>1</sup> HL N° 21.228, pp. 4 y ss. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>.

el permiso de salida de fin semana, habiendo cumplido la mitad de la condena y restándole por cumplir un saldo superior a los seis meses e igual o inferior a los treinta y seis meses, transitoriamente pasarán a cumplir su condena a través de la modalidad alternativa de cumplimiento de pena mediante reclusión domiciliaria total, hasta el vencimiento del plazo de seis meses contado desde el día de entrada en vigencia de esta ley”. El mentado precepto, que se encuentra ubicado dentro del Título II de la Ley N° 21.228, cuyo epígrafe reza “[m]odalidad alternativa de cumplimiento de pena mediante reclusión domiciliaria total”, permite alterar la naturaleza de la pena originalmente impuesta<sup>2</sup>, aunque con la peculiaridad de que tal sustitución opera solo de modo temporal<sup>3</sup>. Según consta en la historia de su establecimiento, para incluir este supuesto fáctico el legislador tuvo a la vista “el altísimo nivel de impacto en las posibilidades de que se genere un foco de contagio masivo, producido por los desplazamientos que determinada parte de la población penal realiza, todos los días, desde las unidades penales hacia el exterior y viceversa”<sup>4</sup>.

Conforme a lo indicado por los sentenciadores, un entendimiento literal del art. 8° de la Ley N° 21.228<sup>5</sup> permite concluir que en el caso se debe revocar el indulto, ya que ha quedado acreditado el incumplimiento injustificado de las condiciones asociadas a la sanción de reclusión domiciliaria total. En efecto, la Corte afirma que “[e]n la especie no se discuten los incumplimientos, tampoco la ausencia de justificación concreta, limitándose el abogado recurrente a alegar que el cambio de actitud del amparado se debió a cambios drásticos en su situación personal y de vida, ya que perdió su celular y debió pernoctar por un tiempo en la calle y luego en una toma, a lo que se une la situación de crisis social y sanitaria en que nos encontramos en el país” (considerando cuarto). Sin embargo, una interpretación literal de la disposición trae aparejado un supuesto de arbitra-

---

<sup>2</sup> Por todos, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, (10ª edición, Santiago, 2011), p. 794. Es interesante notar que el art. 11 no se encuentra ubicado dentro del Título I, que alude específicamente al indulto general conmutativo. Sin perjuicio de ello, en opinión de la Corte resulta claro que las hipótesis previstas en el Título II también son constitutivas de indulto.

<sup>3</sup> En la HL N° 21.228, p. 81, consta que el Ejecutivo estimó el tiempo de duración de la pandemia en seis meses (contados desde abril del presente año).

<sup>4</sup> HL N° 21.228, p. 6.

<sup>5</sup> En realidad, resulta aplicable el art. 14 de la Ley N° 21.228, atendido el supuesto fáctico que dio lugar al cumplimiento alternativo temporal en el domicilio del condenado (art. 11). Con todo, los términos empleados por el legislador en el art. 14 son idénticos a los del art. 8°, a saber: “El incumplimiento sin justificación oportuna a Gendarmería de Chile o al tribunal, de la modalidad regulada en este título, dará lugar a su revocación, debiendo continuar el cumplimiento efectivo de la pena en un recinto penitenciario”.

riedad que solo puede ser superado si se tienen a la vista los requerimientos del principio de proporcionalidad, que ordenan ponderar la salud individual y vida del amparado “de un modo reforzado, pues pertenece a un grupo de personas doblemente vulnerables, a saber, condenado penal en un contexto de encierro riesgoso y enfermo con su sistema inmune deprimido” (considerando quinto).

De esta manera, la argumentación contenida en el fallo se construye sobre la base del principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, cuyo contenido se traduce en las exigencias de idoneidad o adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la pena<sup>6</sup>. En este sentido, la Corte estima que el principio de proporcionalidad autoriza a considerar el mayor riesgo que implica la revocación del indulto en la salud individual del condenado frente a una posible conculcación del principio de ejecución penal efectiva. De modo implícito, la resolución adopta la argumentación de la defensa fundada en la exigencia de necesidad, que permite prescindir de las penas privativas de libertad (ejecutadas al interior de un recinto penitenciario durante una pandemia) cuando existen otras sanciones penales menos gravosas para los derechos individuales, aunque igualmente útiles para la prevención de hechos delictivos<sup>7</sup>. En otros términos, la Corte reconoce el fundamento subyacente a la Ley N° 21.228, a saber, la protección de la salud y vida de los condenados en atención a las condiciones en que se verifica la ejecución de una pena privativa de libertad al interior de un recinto penitenciario. Así, el juzgador se encuentra en condiciones de excluir puntualmente la aplicación de una regla (la prevista en el art. 14), dado que para el caso concreto tal aplicación se opone a su justificación subyacente<sup>8</sup>.

Hay dos aspectos que deben destacarse sobre esta cuestión. En primer lugar, el carácter especialmente gravoso de la pena privativa de libertad cumplida al interior de un recinto carcelario y, enseguida, la eficacia preventiva de una reclusión domiciliaria total, aun incumplida.

En relación con el primer aserto, se ha aludido a los efectos secundarios de la ejecución de la pena privativa de libertad, algunos de los cuales le son consustanciales (como la afectación a la intimidad), mientras que otros –que no están vinculados con la naturaleza de la pena– se originan en la deficiencia funcional del Estado, que en este caso se traduce en la existencia de una sobrepoblación

---

<sup>6</sup> En esto seguimos a OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, (Santiago, 2007), pp. 294 y ss.

<sup>7</sup> OLIVER CALDERÓN, ob. cit., p. 290.

<sup>8</sup> RÓDENAS CALATAYUD, “Ángeles, normas regulativas y principios”, en GONZÁLEZ, Daniel (coordinador), *Conceptos básicos del Derecho*, (Madrid, 2015), pp. 20 y ss.

carcelaria<sup>9</sup>. Por cierto, las terribles consecuencias de este actuar deficiente se han hecho patentes en la actual pandemia, lo que ha permitido que con acierto se califique a esta coyuntura como una oportunidad para pensar acerca de la razonabilidad de la pena privativa de libertad<sup>10</sup>.

Ahora bien, frente a penas privativas de libertad que producen un efecto aflictivo adicional e ilícito<sup>11</sup>, la doctrina ha destacado como una opción la posibilidad de “prescindir de la ejecución de la pena de prisión que vulnera ilícitamente derechos fundamentales limitándose el juez a la declaración simbólica del injusto culpable merecedor de pena”<sup>12</sup>. Aunque una alternativa de esta naturaleza no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico penal chileno, es claro que el Estado ostenta una posición de garante respecto de las personas privadas de libertad, la que conlleva la existencia de “deberes estatales de protección y aseguramiento en favor de los reclusos”<sup>13</sup>, especialmente de quienes cuentan con una salud vulnerable. En una pandemia, tal posición de garante implica que los órganos estatales –incluyendo a los tribunales de justicia– deban asumir acciones positivas que apunten a evitar los contagios, como aquella que se adopta en la sentencia que en esta oportunidad comentamos.

---

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, (Barcelona, 2018), p. 153. Acertadamente el autor califica como consecuencias de la sobrepoblación penitenciaria la baja expectativa de resocialización y la existencia de riesgos físicos para los reclusos, que ciertamente se ven acrecentados con ocasión de una pandemia que, por lo pronto, solo puede ser superada por medio del distanciamiento. De esta situación daba cuenta la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, en informe emitido el 14 de abril de 2020 para evaluar el estado de los recintos penitenciarios en el contexto de pandemia: “En el estado de hacinamiento de los recintos penitenciarios no es posible desarrollar eficientemente las medidas de aislamiento, destinadas solo a minimizar los riesgos. En esas circunstancias el aislamiento social, base de la política sanitaria a nivel nacional es imposible de realizar” (p. 26). Véase en <https://www.pjud.cl/documents/396588/0/informe+final+carceles+por+pandemia.pdf/9efcd620-b1af-4e82-8e15-5624354e2cad>.

<sup>10</sup> SILVA GÜNDELACH, Guillermo, *Sistema penal, cárcel y pandemia, en Sistema penal carcelario y pandemia*, (Valencia, 2020), p. 51: “[L]a pandemia del coronavirus (...) implica una inédita oportunidad: la de desarrollar una política criminal más justa, humana y progresiva”.

<sup>11</sup> HORVITZ LENNON, María Inés, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿Vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en *Política Criminal* 26, 13 (2018), p. 928, quien señala que tales males son inadmisibles en tanto van más allá de los límites del merecimiento.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 154.

<sup>13</sup> HORVITZ LENNON, ob. cit., p. 925. Al mismo razonamiento alude la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema en su informe cuando afirma que existe “responsabilidad del Estado en la seguridad personal y el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad” (p. 26).

Por otro lado, es imperioso determinar la eficacia de una reclusión domiciliaria total (que ya ha sido incumplida) en la evitación de delitos futuros, dado que conforme a la exigencia de necesidad deben preferirse aquellas medidas que sean menos gravosas, pero igualmente útiles para la prevención de hechos delictivos.

Los sentenciadores observan que tal objetivo ya ha sido relativizado con la dictación de la Ley N° 21.228 (considerando sexto), aunque, por supuesto, tal afirmación depende de la eficacia preventiva que se le asigne a la pena privativa de libertad que se cumple en el interior de un recinto penitenciario. Tratándose de los incumplimientos del amparado, estiman que se debe tener a la vista que, en atención al contexto social y sanitario excepcional en el cual nos encontramos, no producen un efecto de entidad en el nivel de defraudación de las expectativas normativas (considerando séptimo). A este respecto resulta útil analizar las particularidades de tales incumplimientos.

De conformidad con los arts. 12 y 13 de la Ley N° 21.228, los requisitos previstos para la imposición de la pena de reclusión domiciliaria total consisten en la fijación de un domicilio en el cual el condenado cumplirá la sanción y en la firma de un compromiso de no volver a cometer crimen o simple delito. La verificación de la satisfacción de la pena por parte de Gendarmería de Chile reclama, además, que el condenado cuente con un dispositivo móvil con conexión a internet, en el cual esté instalada la aplicación “Geovictoria”, que dispone de un sistema de georreferencia. Con esta última, se deben efectuar cuatro registros fotográficos diarios que permitan acreditar que el sujeto se encuentra al interior de su domicilio.

Mientras el amparado contaba con tales condiciones materiales, pudo dar cumplimiento cabal a la reclusión domiciliaria total. Sin embargo, cuando perdió tales condiciones –al ser expulsado de su domicilio y al perder sus pertenencias, incluyendo su celular–, tal cumplimiento devino en impracticable. Una inobservancia de esta naturaleza, que es manifestación de la especial vulnerabilidad económica y social que se ha acentuado con el devenir de la pandemia, no parece suficiente para defraudar la vigencia de las expectativas normativas y, en cualquier caso, debió ser considerado por los sentenciadores como justificado, ya que, de otro modo, la revocación de la pena se transforma en un supuesto de penalización a la pobreza y precariedad.

#### CORTE DE APELACIONES

Concepción, a treinta y uno de agosto de dos mil veinte.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte 229-2020 comparece deduciendo re-

curso de amparo el abogado Claudio Viguera Smith, defensor penal público, domiciliado para estos efectos en Av. San Juan Bosco N° 2038, edificio de la Defensoría Penal Pública de Concepción, y lo hace en representación

de Hans José Luis Rubio González, condenado en causa RIT N° 1326-2014 y RUC N° 1410022885-9 del Juzgado de Garantía de Chiguayante.

Lo dirige contra la resolución de 19 de agosto de 2020, dictada en la causa ya singularizada por la jueza de garantía de Chiguayante doña Elvira Muñoz Sanhueza, en virtud de la cual se revocó el indulto conmutativo concedido al amparado.

Lista cronológicamente los hitos de tramitación de la causa, relevantes, en su concepto, para ponderar adecuadamente el mérito de la resolución impugnada.

El 18 de abril de 2020, el ahora amparado egresó del Centro de Cumplimiento Penitenciario Biobío, como consecuencia de haberle sido otorgado el beneficio de indulto general conmutativo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 21.228, que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile. Mediante el referido beneficio, se le conmutó el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas en causa Rit 3751-2015 del Juzgado de Garantía de Concepción, y en causa Rit 1326-2014 del Juzgado de Garantía de Chiguayante, por la reclusión domiciliaria total, durante un periodo de seis meses, transcurrido el cual debería reingresar al Centro de Cumplimiento Penitenciario a finalizar el cumplimiento efectivo de su condena, cuya fecha de término está prevista para el 11 de febrero de 2021. El indulto fue concedido al sentenciado por ser

portador de VIH. El cumplimiento de la reclusión domiciliaria total sería controlado mediante un sistema de marcación georreferencial, debiendo Rubio tomarse cuatro fotografías del rostro cada día a través de la aplicación de teléfono celular “Geovictoria”, informando así a Gendarmería sobre su actual ubicación y el cumplimiento efectivo de su pena.

Por oficio del C.R.S. de Gendarmería, de 27 de abril de 2020, se informa que el sentenciado requiere autorización para ausentarse de su domicilio a fin de suscribir, el 29 de abril, un finiquito con la empresa Sodexo. El tribunal concede la autorización por resolución de 28 de abril.

Por correo electrónico de 12 de mayo de 2020, Rubio pide directamente al C.R.S. autorización para concurrir el 14 de mayo al Hospital Regional de Concepción a retirar medicamentos necesarios para hacer frente a la enfermedad que padece. Ello es autorizado por resolución del tribunal, de fecha 14 de mayo. La situación anterior se repite, pues ahora, por correo de 22 de mayo, pide nueva autorización, esta vez para concurrir a un control médico. El tribunal concede la autorización el 25 de mayo.

Por oficio de 30 de junio de 2020, el C.R.S. de Gendarmería informa que el amparado no registró sus controles entre los días 25 y 29 de junio, ambos inclusive, e indicando que hasta esa fecha registra 67 días cumplidos bajo la modalidad fijada. El tribunal provee esta solicitud ordenando agregar los 5 días incumplidos al final de la condena,

sin perjuicio de hacer presente que el 26 de junio el imputado contaba con un permiso de salida concedido por el mismo tribunal.

Por oficio de fecha 7 de julio de 2020, el C.R.S. de Gendarmería informa que el amparado no registró sus controles los días 30 de junio de 2020 y 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de julio de 2020.

En virtud de este oficio, el tribunal cita a una audiencia para debatir la posible revocación del indulto, a realizarse el 27 de julio de 2020. Rubio no comparece a esta audiencia y, en consecuencia, se despacha a su respecto una orden de detención.

En contra de esta resolución de 27 de julio, la defensa dedujo una acción constitucional de amparo, rol 204-2020, que fue acogida por esta corte, dejándose sin efecto la orden de detención.

Por oficio de 5 de agosto de 2020, el C.R.S. de Gendarmería informa incumplimientos adicionales que ratifican que a partir del 25 de junio de 2020 Rubio no volvió a dar cumplimiento al indulto en cuestión.

En cumplimiento de lo ordenado por la Corte, se fijó una nueva audiencia, para el 14 de agosto, a la que el condenado nuevamente no compareció. Por segunda vez, se despacha orden de detención.

El 19 de agosto de 2020, el condenado fue detenido, y en audiencia celebrada el mismo día, luego de oír a los intervinientes y con oposición de la defensa, el tribunal revocó el indulto conmutativo a Rubio y ordenó su inmediato ingreso al C.C.P. Biobío,

donde actualmente se encuentra recluido, cumpliendo el respectivo saldo de condena.

Añade el defensor que las razones de Rubio para justificar sus incumplimientos son las siguientes.

Durante el tiempo que el amparado cumplió cabalmente con la pena conmutada, residía como allegado en el domicilio de la madre de su entonces pareja, quien a la sazón se hallaba privado de libertad. La última semana del mes de junio de 2020, la relación afectiva que mantenía con el hijo de la dueña del inmueble concluyó en malos términos, y a consecuencia de ello fue expulsado del domicilio, incluso con retención de buena parte de sus pertenencias, incluido el teléfono celular con el que cumplía los registros exigidos por Gendarmería.

Luego de ello, el sentenciado refiere derechamente que no pudo cumplir más, pues hasta poco antes de la fecha de su detención, se mantuvo en situación de calle al principio, para residir luego en una toma ilegal. Actualmente refiere tener una nueva pareja llamada Jonathan Molina Sánchez, con quien podría residir en el domicilio ubicado en Calle 12 de Febrero N° 509, comuna de San Pedro de la Paz, si llega a recuperar su libertad.

Dice el defensor que la resolución de 19 de agosto de 2020 es ilegal y arbitraria, en atención a las siguientes razones.

Primero, el tribunal decidió revocar el indulto conmutativo con expresa infracción del principio de proporcionalidad, a la luz de las circunstancias

concurrentes, pues no satisface las exigencias que emanan de la necesidad como criterio o subprincipio de la proporcionalidad en sentido amplio. Desde el punto de vista de la necesidad se requiere siempre “la adopción de la medida menos gravosa para los principios que se encuentran en juego”. Es así como en este caso la privación de libertad del amparado en una cárcel no se configura como la medida menos gravosa para los intereses que se encuentran en juego y mucho menos con los fines que inspiraron la dictación de la Ley N° 21.228. En concordancia con lo anterior, y para demostrar la denunciada infracción, debe tomarse en consideración que la revocación tuvo lugar en la primera audiencia en que se produjo un debate efectivo relativo a los incumplimientos informados por Gendarmería. Si bien con anterioridad se habían programado audiencias con el mismo fin, estas nunca se llevaron a cabo, precisamente por no encontrarse presente el amparado.

Añade que, además, en este caso no se ponderaron adecuadamente las consecuencias que la revocación tiene, en términos concretos, para la salud del amparado. Rubio es portador de VIH, enfermedad que se caracteriza por generar una inmunodeficiencia severa y progresiva, que por ende lo hace más susceptible a contraer enfermedades de toda clase, y en el contexto actual lo coloca en un reconocido grupo de alto riesgo si llega a infectarse con el denominado COVID-19. Si a esto se suma el hecho, también indiscutido, de que la población carcelaria se encuentra

especialmente expuesta al contagio, pues se trata de un grupo cautivo sujeto a condiciones sanitarias deficientes y ajenas a toda medida de autocuidado, entonces no es difícil concluir que los costos asociados a la revocación del indulto y el reingreso del sentenciado a la unidad penal respectiva son ampliamente superiores a las ventajas de reafirmar el imperio del orden jurídico al haber constatado el incumplimiento de la pena que sustituyó a la original, que es, este último, el interés en juego que a juicio del tribunal debe primar.

A mayor abundamiento, en este caso los incumplimientos, atendido el especial contexto que afecta al planeta todo, pueden estimarse justificados, toda vez que para evaluar lo anterior ha de observarse todo el comportamiento del penado durante la fase de cumplimiento del indulto. Por ello, la resolución de 2019 de agosto es ilegal, pues vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 21.228. Rubio cumplió satisfactoriamente con 67 controles consecutivos, y en al menos tres distintas oportunidades solicitó al tribunal autorización para salir de su domicilio tanto para suscribir un finiquito laboral como para recoger del hospital los medicamentos que requiere para controlar su enfermedad. Este tipo de solicitudes solo demuestran que el penado tenía el pleno espíritu de cumplir su pena y que por ende los incumplimientos en que luego incurrió no fueron consecuencia de una rebeldía o súbito capricho, sino de una situación del todo excepcional, motivada por problemas personales, que

en el contexto de la crisis económica, sanitaria y social actual, aparecen del todo comprensibles. Ya el 27 de abril existía constancia de que Rubio estaba desempleado, con la necesaria restricción de ingresos económicos que ello conlleva, y que le hicieron imposible encontrar un lugar fijo donde residir para dar cumplimiento a sus obligaciones como indultado, situación que hoy se encuentra subsanada.

Consecuente con lo anterior, la resolución materia de esta acción debió mantener el indulto concedido, y no ordenar el ingreso del amparado para el cumplimiento del resto de su condena.

Pide que se acoja este recurso de amparo y se declare ilegal y arbitraria la impugnada resolución de 19 de agosto de 2020, dejándola sin efecto y ordenando que el condenado retome el cumplimiento del indulto que le fuera concedido.

Informó el recurso de amparo la recurrida jueza Elvira Muñoz Sanhueza, titular del Juzgado de Garantía de Chiguayante. Dijo que resolvió conforme a derecho y dentro de las atribuciones legales y de lo dispuesto expresamente en el artículo 8° de la Ley N° 21.228, sin que pueda reprochársele un actuar ilegal o arbitrario.

Explicó que en la causa RUC 1410022885-9, RIT 1326-2014 y del Tribunal Oral en lo Penal RIT 33-2015, se condenó a Hans José Luis Rubio González a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas, cometido en lugar destinado a la habitación, en grado

frustrado, perpetrado el día 20 de julio en la comuna de Chiguayante, y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, descrito y sancionado en los artículos 1°, 6°, 9° y 11 de la Ley sobre Control de Armas, y en la causa RUC 1500139131-0, RIT 3575 del Juzgado de Garantía de Concepción, por infracción al artículo 51 de la Ley N° 20.000.

Por Oficio N° 3478-2020 de 29 de abril de 2020, el Centro de Reinserción Social de Concepción informó al Tribunal que el sentenciado el 14 de abril de 2020 egresó del CCP Biobío por habersele otorgado el indulto conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 y en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 21.228, que le sustituye la pena privativa de libertad por reclusión domiciliaria total, el encierro durante las veinticuatro horas del día en el domicilio de la persona condenada.

Se recibió Oficio N° 961/2020 de 30 de junio de 2020 del Centro de Reinserción Social de Concepción, en el que se informa que Rubio González no ha cumplido con las obligaciones impuestas al concedérsele el indulto conmutativo, en particular el deber de registrar obligatoriamente en la plataforma cuatro registros diarios los días 25, 26, 27, 28 y 29 de junio de 2020.

Por resolución de 01 de julio de 2020, el Tribunal resuelve: atendida la contingencia nacional por COVID-19, se ordena agregar al final de la condena los cinco (5) días incumplidos.

Se recibió Oficio N° 987/2020 de 7 de julio de 2020 del Centro de Reinserción Social de Concepción, en el que se indica que el sentenciado no registró las marcaciones exigidas los días 30 de junio, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de julio de 2020. Y se fijó fecha para el 14 de agosto de 2020 con el fin de que se presentara a estrados a señalar los motivos de los incumplimientos, resolución que le fue notificada válidamente, pero no compareció a la audiencia, razón por la que, y a petición del Ministerio Público, se le despachó orden de detención, la que fue cumplida por funcionarios de Carabineros de la 6ª Comisaría de San Pedro de la Paz, por haber sido ubicado en dicha comuna.

Se deja constancia de que en esa audiencia compareció el delegado del C.R.S. don Darío Huerta Pastene, quien hace presente que el sentenciado presenta incumplimientos graves y reiterados al indulto concedido. Además, que la madre y la suegra del sentenciado presentaron denuncia en la Fiscalía de Concepción por amenazas en causa RUC 2000704593-0.

Se recibió Oficio N° 1.080/2020 del Centro de Reinserción Social Concepción, que da cuenta de los incumplimientos por parte del sentenciado. En su parte final indica: “De acuerdo a la información entregada por familiares, el penado se habría cambiado de domicilio y no tendría el mismo número de celular informado en nuestra unidad, sin haber entregado sus nuevos antecedentes de contacto, ni nueva dirección, lo que se constituye en un incumplimiento grave respecto del

indulto otorgado, habiendo dejado por completo de realizar las marcaciones en la plataforma Geovictoria”.

El 19 de agosto se llevó a cabo la audiencia de control de detención del sentenciado, quien no dio ninguna explicación con relación a su incumplimiento y tampoco la defensa señaló algún antecedente que pudiese justificar el comportamiento Rubio, limitándose a señalar que por tener VIH no será conveniente que volviera al penal y la situación de pandemia que afecta al país.

El artículo 8° de la Ley N° 21.228 señala: “El incumplimiento sin justificación oportuna a Gendarmería de Chile o al tribunal, de la pena de reclusión domiciliaria total o la pena de reclusión domiciliaria nocturna reguladas en este título, según sea el caso, o de los permisos señalados en los artículos 9° o 10, dará lugar al cumplimiento efectivo del saldo de la pena original que se hubiese conmutado a la persona condenada”.

Añade que, con todos los antecedentes tenidos a la vista, estimó que el sentenciado ha sido contumaz con cumplir las exigencias que se deben cumplir con el indulto conmutativo, encontrándose en esta situación desde el 25 de junio de 2020, y teniendo en consideración que este indulto conmutativo no es una rebaja de pena, ni tampoco se asimila a una pena sustitutiva en que queda en libertad, lo que queda respaldado con el informe del Centro de Reinserción Social, que es claro al señalar que los días efectivamente cumplidos con esta modalidad son 67

días, y la fecha para el cumplimiento de la condena está previsto para el 12 de enero de 2021.

Finalmente, dice que es efectivo que ha solicitado autorización para diversos tratamientos, los que se le han otorgado, pero ello no justifica que no permanezca durante las 24 horas pernoctando en el domicilio que informó como lugar de cumplimiento al otorgársele el referido indulto y que efectúe los reportes diarios exigidos por el ente controlador.

Se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

1.- Que la acción constitucional de amparo interpuesta procede, conforme a lo señalado en el artículo 21 de la Constitución Política de la República de Chile, a favor de quien se encuentra arrestado, detenido o preso, o que sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal o seguridad individual, con infracción de las normas constitucionales o de las leyes, a fin que la magistratura ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

2.- A partir de los antecedentes aportados por el recurrente, la recurrida e informes del Centro de Reinserción Social de Concepción, es factible dar por acreditados los siguientes hechos:

a) El amparado Hans Rubio González se encontraba cumpliendo condenas en el Centro de Cumplimiento

Penitenciario Biobío, impuestas en las causas RIT 1326-2014 del Juzgado de Garantía de Chiguayante y 3751-2015 del Juzgado de Garantía de Concepción.

b) A partir del 14 de abril de 2020, el amparado, quien se encuentra en tratamiento por VIH, fue beneficiado por el indulto conmutativo contemplado en la Ley N° 21.228, por reclusión domiciliaria total por el lapso de seis meses.

c) Cumplió satisfactoriamente con los controles impuestos hasta el día 25 de junio de 2020, luego dejó de enviar los cuatro registros fotográficos diarios, a través de la plataforma Geovictoria, así como tampoco dio cuenta de su cambio de domicilio, según lo informado por el Centro de Reinserción Social de Concepción.

d) El Juzgado de Garantía de Chiguayante fijó audiencia para revisar el cumplimiento del indulto para el día 14 de agosto de 2020, a la cual no asistió, razón por la cual se despachó orden de detención en su contra. Una vez habido, se realizó la audiencia con fecha 19 de agosto del año en curso, donde la jueza recurrida revocó el indulto por incumplimientos graves, reiterados y no justificados.

3.- Para el adecuado análisis de la situación planteada debemos tener en cuenta que, a través de la Ley N° 21.228, se concedió indulto general conmutativo, a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile, a los condenados que cumplieran los requisitos señalados, según los casos, en los artículos 1° a 5°, con el fin de evitar los contagios,

especialmente tratándose de personas en situación de riesgo, ya sea por edad, enfermedad y mujeres embarazadas y con hijos menores de dos años viviendo con ellas.

El control del cumplimiento de las condiciones que impone el indulto quedó a cargo de Gendarmería de Chile (artículo 7°) y los incumplimientos en que pudieren incurrir los penados debían ser justificados, oportunamente, ante dicho organismo. En el evento de estimar que tales incumplimientos eran injustificados, el tribunal competente deberá disponer el cumplimiento efectivo del saldo de la pena original que se hubiese conmutado a la persona condenada, abonándose el tiempo que hubiere alcanzado a cumplir de la pena de reclusión domiciliaria total (artículo 8°).

4.- En la especie no se discuten los incumplimientos, tampoco la ausencia de justificación concreta, limitándose el abogado recurrente a alegar que el cambio de actitud del amparado se debió a cambios drásticos en su situación personal y de vida, ya que perdió su celular y debió pernoctar por un tiempo en la calle y luego en una toma, a lo que se une la situación de crisis social y sanitaria en que nos encontramos en el país, solicitando la mantención del indulto en razón del principio de proporcionalidad, que llama a ponderar la salud y vida del amparado como intereses preponderantes en relación con la ejecución efectiva de las penas a que fue condenado.

5.- Ciertamente la salud del amparado, atendida su enfermedad y

los riesgos concretos a su vida, por el estado de emergencia sanitaria en que nos encontramos (pandemia por COVID-19), configuran derechos que deben ser considerados de un modo reforzado, pues pertenece a un grupo de personas doblemente vulnerables, a saber, condenado penal en un contexto de encierro riesgoso y enfermo con su sistema inmune deprimido. Por el otro lado, tenemos el imperativo de hacer cumplir las sanciones penales, en los términos previstos en la sentencia firme respectiva y conforme a las leyes.

Los sentenciados penales beneficiados por el indulto conmutativo, ya citado, debían cumplir efectivamente las condiciones impuestas por el organismo encargado de su control, esto es, Gendarmería de Chile, que, en la especie, consistieron en permanecer en el domicilio fijado y efectuar cuatro registros fotográficos diarios (georreferenciados), lo que supone disponer materialmente de una residencia donde permanecer y de un teléfono celular para efectuar los registros requeridos.

En el caso del amparado Rubio González, perdió tales condiciones materiales al ser expulsado del domicilio donde vivía, así como también el teléfono que utilizaba, circunstancias complejas que permiten entender el cambio de actitud informado, a saber, los primeros 67 días acata todas las exigencias impuestas, para luego incumplir sin justificación desde el 25 de junio de 2020.

6.- En ese contexto, si bien la revocación del indulto fue decretada por el tribunal competente, en uso de sus facultades legales y conforme a un entendimiento literal del artículo 8° de la Ley N° 21.228, esta corte comparte lo señalado por el abogado recurrente cuando afirma que la ausencia de ponderación de las circunstancias del caso, mediante el uso del principio de proporcionalidad, transforma dicha decisión en arbitraria, pues el mayor riesgo concreto que implicaba esa medida de revocación del indulto en la salud individual del amparado debía implicar la prevalencia de tal derecho fundamental por sobre el principio de ejecución penal efectiva, ante los incumplimientos acreditados.

En todo caso, no existe propiamente una colisión de derechos fundamentales, pues el postulado punitivo mencionado no es tal y solo obedece a intereses de prevención general que propugnan que las leyes penales y las penas deben ser cumplidas, de modo que las personas ajusten sus conductas a esos imperativos normativos con la convicción de que otros también lo harán, bajo premisas de legalidad e igualdad, cuestiones que en el caso de que se trata ya se habían relativizado con la dictación misma de la Ley N° 21.228.

Así las cosas, había de prevalecer el derecho fundamental amagado por sobre el imperativo general de cumplimiento de las normas, especialmente si se tienen en cuenta las dificultades que se presentan a los penados que

egresan de las cárceles para cumplir cabalmente con las exigencias impuestas por el ente a cargo del control, en el estado de emergencia vigente, que por su larga duración ha conducido a una crisis adicional en los ámbitos económico y social.

7.- El nivel de defraudación de las expectativas normativas penales, atendido el contexto social y sanitario en que nos encontramos, no nos parece suficiente para desplazar la protección del derecho a la salud individual del condenado, que tuvo en vista el legislador al beneficiarlo con el indulto conmutativo, prerrogativa que se hará prevalecer respecto del ya aludido interés punitivo.

8.- Los motivos precedentes nos llevan a acoger la presente acción constitucional, toda vez que al amparado le ha sido revocado un beneficio legal con riesgo para su salud, a través de una decisión jurisdiccional que no realizó el juicio de proporcionalidad necesario, desprotegiendo derechos fundamentales, con infracción de las normas constitucionales y del sentido conforme de las leyes, lo que impone adoptar las medidas inmediatas para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Por estas consideraciones, normas citadas y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Amparo, SE ACOGE la acción

constitucional de amparo interpuesta por el abogado Claudio Viguera Smith a favor de Hans José Luis Rubio González. En consecuencia, se deja sin efecto la resolución de 19 de agosto de 2020, dictada por la jueza de garantía de Chiguayante en la causa RIT 1326-2014, debiendo disponer de inmediato que el aludido condenado retome el cumplimiento del indulto conmutativo que le fuera concedido.

Redacción del ministro Rodrigo Cerda San Martín.

Aunque concurrió a la vista y al acuerdo de la causa, no firma el abogado integrante Carlos Rodrigo Álvarez Cid, por estar ausente.

Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Concepción integrada por los ministros Rodrigo Alberto Cerda San Martín, Matilde Verónica Esquerré Pavón y el abogado integrante Carlos Rodrigo Álvarez Cid. No firma el señor Álvarez Cid, por estar ausente. Concepción, a treinta y uno de agosto de dos mil veinte.

Rol N° 229-2020.