

LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL INDULTO GENERAL CONMUTATIVO A CAUSA DEL COVID-19¹

Rodrigo Flores Ulloa²

219

RESUMEN: Este trabajo, con una perspectiva crítica, tiene como propósito identificar aquellas cuestiones conflictivas que surgen del texto de la ley de indulto y profundizar particularmente sobre una de ellas, con el objeto de promover el debate y entregar una propuesta que permita ampliar el universo de beneficiados.

En el tráfago de este artículo se identifican los objetivos y fundamentos de la ley, que surgen de la historia fidedigna de su establecimiento y otros instrumentos considerados en la fase de elaboración. Más adelante, se desarrollan brevemente los requisitos, beneficiados y exclusiones, relevando algunas cuestiones que no fue posible soslayar en relación a este último aspecto. Para, finalmente, reflexionar en torno a aquello que hemos considerado central en nuestro trabajo, la infracción a la igualdad ante la ley respecto de aquellas personas privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, pertenecientes a un grupo de riesgo, que ven constreñida la posibilidad de acceder al indulto por cumplir con los requisitos con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley, no obstante estar vigente la crisis de salud que motivó la medida.

¹ Este artículo fue elaborado gracias al valioso aporte y colaboración del Sr. Claudio Arellano Poblete, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca, a quien agradezco por su contribución en el proceso de recopilación y selección de fuentes, como asimismo a la revisión sustancial en el contenido del artículo. cm92@gmail.com / claudio.arellano.poblete@gmail.com

² Abogado, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Jefe de la Unidad de Estudios Regional, Defensoría Regional del Maule. (rfloresu@dpp.cl)

Introducción

Como una medida para enfrentar la crisis originada con la llegada del Covid-19 en Chile surge el indulto general conmutativo, con su precedente más cercano en el año 2012, en la Ley N° 20.588 denominada “Indulto General”, detonado a propósito de otra tragedia, el incendio de la Cárcel de San Miguel, que costó la vida de 81 personas allí recluidas.

Este indulto, establecido en la Ley N° 21.228, denominado “Indulto General Conmutativo a causa de la enfermedad Covid-19 en Chile”, permite que personas pertenecientes a grupos de riesgo –entre otras– conmuten el saldo de su pena privativa de libertad y en su caso la pena pecuniaria, en determinadas circunstancias. Esta medida, muy necesaria en nuestra realidad carcelaria, exige la satisfacción de ciertos requisitos a la fecha de entrada en vigencia de la ley, una cuestión pacífica en otro contexto, pero particularmente conflictiva en la situación de salud actual.

I. Contextualización de la Ley N° 21.228

Desde el punto de vista formal, en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, es posible advertir que el mensaje presidencial al Senado resaltó el hecho de que esta iniciativa se enmarca dentro de un conjunto de medidas adoptadas desde el gobierno, lo cual responde a garantizar dos objetivos, distinguiendo por un lado el cuidado preventivo de un determinado *grupo de riesgo*, y por otro, el adoptar medidas destinadas a *evitar el contagio que pueda derivar del contacto interpersonal* entre los internos y el personal de las cárceles.³

³ “Por consiguiente, la presente iniciativa se enmarca dentro del conjunto de acciones adoptadas por nuestro Gobierno destinadas a enfrentar la crisis, en este caso, con el propósito de cumplir con dos concretos objetivos de salud pública relacionados con el sistema de ejecución penal: i) la adopción de medidas destinadas al cuidado preventivo

Estrechamente vinculado a lo anterior, los fundamentos propios de la normativa consistieron en la *protección de la dignidad humana y el trato humano*, ambos como pilares integrantes dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que deben estar presentes dentro del escenario penitenciario.

En atención a lo anterior, el mensaje expresa que *“La dignidad de la persona humana y el respeto y protección de los derechos humanos constituye la piedra angular y uno de los principales fundamentos y bases de nuestra institucionalidad y del derecho internacional de los derechos humanos, siendo deber del Estado, conforme lo reconoce nuestra Constitución Política de la República en su artículo 1°”*.⁴ En el mismo sentido, la iniciativa reconoce que el trato humano *“es un estándar propio del derecho internacional de los derechos humanos, que rige la relación entre las personas privadas de libertad y el Estado”*.⁵

Señalado ello, podemos identificar que tanto la protección de la dignidad humana como el garantizar el trato humano al interior de

de grupos de alto riesgo, y ii) la adopción de medidas destinadas a reducir los contactos interpersonales, a fin de prevenir las posibilidades de un foco de contagio masivo, protegiendo de esta forma a toda la ciudadanía.”. Historia de la Ley 21.228. Primer trámite constitucional. Mensaje p. 4. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

⁴ Historia de la Ley 21.228. Primer trámite constitucional. Mensaje. p. 4. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

⁵ “En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, sostiene que “considerando el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales...”, y “reconociendo el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral...”, “toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados [...] será tratada 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.” (Principio I). Historia de la Ley 21.228. Primer trámite constitucional. Mensaje p. 4. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

las cárceles constituyen la *justificación jurídica* del primer objetivo que advertimos anteriormente, el cual atiende al *cuidado preventivo hacia un determinado grupo de riesgo*,⁶ como lo son los adultos mayores, las mujeres embarazadas, y los niños y niñas menores de dos años de edad que residen en las unidades penales junto a sus madres.⁷

Desde la perspectiva fáctica, el temor de contagio producto de un brote de Covid-19 al interior de un centro penitenciario, fue el elemento central que impulsó la Ley 21.228, temor que ha venido antecedido por las precarias condiciones que presentan las distintas cárceles del país y las condiciones de hacinamiento existentes.

Atendido a ello, distintos organismos fueron los que pusieron de relieve las condiciones de las cárceles en Chile, siendo justamente este temor de contagio derivado de la precarización en las condiciones penitenciarias lo que motivó la *adopción de medidas destinadas a reducir los contactos interpersonales, a fin de prevenir las posibilidades de un foco de contagio masivo*. Esto guarda estrecha relación con el segundo

⁶ “Debemos sumarle la obligación de respetar la integridad física y psíquica, general para todas las personas privadas de libertad, especialmente en el contexto de alerta sanitaria a nivel mundial como consecuencia de la pandemia del coronavirus. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el mismo instrumento referido anteriormente, al regular el principio de Salud (Principio X), señala que los Estados deben adoptar “medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas [...]. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.” Historia de la Ley 21.228. Primer trámite constitucional. Mensaje, p. 4. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

⁷ “Considerando lo anterior, 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.”. Historia de la Ley 21.228. Primer trámite constitucional. Mensaje, p. 5. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

objetivo de esta ley, que fue *evitar el contagio que pueda derivar del contacto interpersonal* entre los internos y el personal de las cárceles, y así lograr reducir los niveles de sobrepoblación y la disminución del tránsito al interior de los centros de cumplimiento.

En este sentido, el hacinamiento al interior de los centros de reclusión, las condiciones higiénicas, el acceso oportuno a personales de la salud y a comunicaciones con el exterior fueron factores que tornaban imposible el resguardo de la salud en la población penal, tanto de los internos como del personal de Gendarmería de Chile. La nula posibilidad de mantener el distanciamiento físico entre los residentes de las cárceles producto del sobrepoblamiento llevó a distintos actores a tomar la realidad penitenciaria y presentarla a través de distintos instrumentos a las autoridades.

Es así como el informe de la Fiscalía Judicial de la Exma. Corte Suprema da cuenta de este nivel de hacinamiento de los internos, resaltando el hecho de que

*“(...) Su permanente contacto en condiciones de hacinamiento y el constante ingreso de nuevos internos y todo tipo de personas eventualmente portadoras del virus, aumenta el riesgo para los internos y genera condiciones para la propagación de la enfermedad, poniendo en peligro no solo la salud de las personas que cumplen castigo sino también la del personal de custodia.”*⁸

Más adelante, el citado informe agrega que

“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. Es necesario, y esta pandemia lo pone de manifiesto, revisar la situación carcelaria desde una perspectiva global

⁸ Informe Fiscalía Judicial de la Corte Suprema “Situación recintos penitenciarios en pandemia Covid-19”, 2020, p. 1.

que comprenda los fines de la sanción penal y las condiciones y posibilidades de reinserción.”⁹

Por otro lado, el Instituto Nacional de Derechos Humanos sostuvo que

“A raíz de lo expuesto en los Informes Anuales del Instituto Nacional de Derechos Humanos 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014; y en los Estudios de las Condiciones Carcelarias 2012, 2014-2015 y 2016-2017 se observa con preocupación las condiciones que hacen referencia a situaciones de hacinamiento, condiciones de habitabilidad, condiciones de higiene y salubridad, acceso a servicios higiénicos y agua las 24 horas del día, acceso a atenciones de salud, comunicación con el exterior y alimentación adecuada, en consideración a la crisis sanitaria que enfrenta el país.”¹⁰

Desde la perspectiva médica, el Colegio Médico de Chile, a través de su Departamento de Derechos Humanos, se constituyó en el centro penitenciario de Puente Alto para verificar las condiciones al interior del recinto. El informe señala que

“CDP cuenta con 500 plazas, aproximadamente, disponibles para internos, y custodia a 1.132 reclusos actualmente. Ocupación del 226 %. Esta situación de grave hacinamiento, imposibilita el distanciamiento mínimo necesario para prevenir el contagio y propagación del covid-19.”¹¹

En este mismo sentido, y en el marco de adoptar medidas preventivas, la ONG 81 Razones, presentó una solicitud de cautela de garantías ante el Juzgado de Garantía de Puente Alto respecto del centro penitenciario de la misma ciudad, justamente acusando los

⁹ Informe Fiscalía Judicial de la Corte Suprema “Situación recintos penitenciarios en pandemia Covid-19”, 2020. p. 26.

¹⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos. “Informe sobre Estándares de Derechos Humanos en Materia de Personas Privadas de Libertad, en Relación a Aquellas Sujetas a la Medida Cautelar de Prisión Preventiva y Crisis Sanitaria por COVID-19”, 2020, p. 28.

¹¹ Informe Colegio Médico de Chile. “Visita al Centro de Detención Preventiva de Puente Alto, en el contexto de pandemia Corona Virus Covid-19 en el marco de los derechos humanos de las personas privadas de libertad”, 2020, p. 21.

elementos que ya identificaba el Colegio Médico, a lo que el propio tribunal decide acoger parcialmente el libelo, en donde dispone que

*“se oficiará al señor Ministro de Salud, don Jaime Mañalich como también al señor Ministro de Justicia, don Hernán Larraín y a las respectivas subsecretarías, para efectos de que en el plazo más breve posible, que no sobrepase diez días, evalúen e informen sobre un eventual cierre del Centro de Detención Preventiva de Puente Alto en su totalidad y se realice el traslado de los internos a otros centros penitenciarios, tomando los especiales resguardos del caso y salvaguardando su salud e integridad física y psicológica. En el caso anterior, también se instruye a Gendarmería de Chile para que pueda coordinar, en los casos que estime necesario, el traslado de imputados que no se encuentren contagiados a otro recinto penal, a fin de que debido al alto número de internos contagiados en el Centro de Detención Preventiva de Puente Alto, estos no se encuentren en peligro de contagiarse.”*¹²

225

Todo lo anteriormente expuesto dio forma al contexto intrapenitenciario imperante en Chile. Los resultados son contestes en identificar que las condiciones constatadas por distintos actores hacían imposible el cumplimiento de medidas sanitarias de prevención ante la pandemia. Por estas razones, el Ejecutivo se hizo cargo de la situación elaborando un plan de acción en el cual destaca la propuesta relativa a una ley de indulto conmutativo, como herramienta para prevenir un brote masivo al interior de las cárceles.

II. Análisis de la Ley N° 21.228

La normativa en análisis concede un indulto general conmutativo a las personas que, **a la fecha de entrada en vigencia de esta ley**, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada y se encuentren en alguna de las siguientes hipótesis:

¹² Individualización audiencia de cautela de garantías. Rit 4332-2020. Juzgado de Garantía de Puente Alto.

- Tener setenta y cinco años de edad o más.
- Mujeres con cincuenta y cinco años o más y menos de setenta y cinco años de edad y hombres que tengan sesenta años o más y menos de setenta y cinco años de edad, que habiendo cumplido la mitad de la condena les reste por cumplir un saldo igual o inferior a treinta y seis meses.
- Mujeres embarazadas o que tuvieren un hijo o hija menor de dos años de edad, que resida en la unidad penal, que habiendo cumplido un tercio de la condena les reste por cumplir un saldo igual o inferior a treinta y seis meses.
- Quienes se encuentren cumpliendo pena de reclusión nocturna, o pena de reclusión parcial nocturna en establecimientos especiales, y que habiendo cumplido un tercio de la condena les reste por cumplir un saldo igual o inferior a treinta y seis meses.
- Beneficiados con el permiso de salida controlada al medio libre, que habiendo cumplido la mitad de la condena les reste por cumplir un saldo igual o inferior a treinta y seis meses.
- Beneficiados con el permiso de salida dominical, o con el permiso de salida de fin de semana, que habiendo cumplido la mitad de la condena les reste por cumplir un saldo igual o inferior a seis meses. Si el saldo es superior a 6 meses e inferior a 36 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.

Las medidas adoptadas en favor de personas de avanzada edad, mujeres embarazadas o con hijos e hijas menores de 2 años de edad que residan en la unidad penal, son principalmente tributarias al primero de los objetivos del indulto, esto es, el cuidado preventivo de personas pertenecientes a grupos de riesgo. Las restantes medidas

lo son exclusivamente al segundo de ellos, esto es, reducir los contactos interpersonales, a fin de prevenir las posibilidades de un foco de contagio masivo. De particular relevancia para el objeto de nuestro trabajo resultan las medidas en favor de las personas pertenecientes a un grupo de riesgo, pues respecto de ellas la exigencia de cumplir con los requisitos a la fecha de entrada en vigencia de la ley y, en consecuencia, no permitir el indulto a quienes los cumplan con posterioridad, aun cuando subsista la situación de riesgo para la salud, colisiona con los objetivos de la ley y los derechos fundamentales de quienes se ven impedidos.

No obstante los motivos declarados en el mensaje del Ejecutivo, este indulto contiene reglas de exclusión en relación al delito por el cual la persona privada de libertad se encuentra condenada; estas exclusiones se establecen en el artículo 15 y se refieren a “*delitos muy graves*”,¹³ tales como conductas terroristas, crímenes de guerra o lesa humanidad, secuestro, homicidio, violación, infracciones a la ley de armas, entre otros.

En cuanto al fundamento de dicha exclusión, este radica en el resguardo de la seguridad ciudadana y el combate contra la delincuencia, lo que fue justificado por el propio Ministro de Justicia, quien sostuvo que

“Dado que también es deber de los órganos del Estado el mantener el resguardo de la seguridad ciudadana y su fortalecimiento, especialmente tratándose de los bienes jurídicos más relevantes, la presente iniciativa contempla medidas que logran compatibilizar el indulto general conmutativo o la modalidad alternativa de cumplimiento, para los casos anteriormente expuestos, como una herramienta para combatir la situación de crisis mundial que ha provocado la pandemia del

¹³ CABEZAS, C. “COVID-19 e indulto. La situación en Chile” en *Criminal Justice Network*, mayo 2020, pp. 1-7, y p. 3. Disponible en <<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/covid-19-e-indulto-la-situacion-en-chile>>.

COVID-19; con la seguridad ciudadana y el combate contra la delincuencia, en función de la naturaleza y gravedad de los hechos cometidos.”¹⁴

Sin embargo, y aun cuando no se trata de lo central en nuestro trabajo, resulta necesario señalar que se observa una evidente falta de proporcionalidad al interior del catálogo respecto de algunas figuras penales excluidas del indulto. En este sentido, es posible advertir que la norma *in comento* contempla una amplia gama de delitos excluidos, incorporando junto a *delitos graves* otros que no revisten tal calidad, lo que está en disonancia con lo señalado por el propio Ministro de Justicia, quien señaló que el fundamento de la exclusión atendía “*especialmente tratándose de los bienes jurídicos más relevantes(...)*”. A modo de ejemplo, se equipara —aunque solo para efectos de exclusión— el delito de violación calificada con el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, lo que carece de justificación recurriendo al criterio sostenido por el Secretario de Estado.¹⁵

En el mismo sentido, el senador Harboe, durante el análisis de las observaciones del Ejecutivo en la Comisión de Constitución del Senado, señaló que “*llama la atención acerca del delito de amenazas debido a que, por su baja penalidad, pudiese parecer desproporcionada su incorporación en esta iniciativa*”.¹⁶

¹⁴ Historia de la Ley 21.228. Primer trámite constitucional. Mensaje. p. 8. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

¹⁵ Historia de la Ley 21.228. Veto Presidencial, p. 151. En el veto el Ejecutivo justificó la incorporación de los delitos en contexto de violencia intrafamiliar como una forma de “*(...) reafirmar el compromiso con el combate contra la violencia de género y contra la violencia contra los niños y niñas, con la mayor efectividad y eficiencia posible, para que de esa forma sigamos procurando el debido resguardo, a todas las mujeres y a todos los niños y niñas que son, o que puedan ser, víctimas de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 20.066, que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.*” En la tramitación del veto ante la Comisión de Constitución del Senado se indicó que esta incorporación se hacía a requerimiento del Ministerio Público con el objeto de dar una señal en esta materia.

¹⁶ Historia de la Ley 21.228. Requerimiento de inconstitucionalidad, p. 160. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

Siguiendo con el ejemplo antes expuesto, se eleva a una categoría de “*delito grave*” un delito que el mismo ordenamiento jurídico penal no considera como tal, cuya penalidad en abstracto es de presidio menor en su grado mínimo, equiparándolo a otro cuya penalidad alcanza el presidio perpetuo.

Si bien el artículo 15 de la ley fue objeto de control de constitucionalidad por el Excmo. Tribunal Constitucional, creemos que en relación a este aspecto no ha sido zanjado el debate aún. En efecto, el requerimiento presentado por los senadores y senadoras propuso la infracción al principio de igualdad ante la ley por haber excluido de la posibilidad de acceder al indulto a los mayores de 75 años que habían sido condenados por delitos contemplados en el catálogo de exclusiones, sosteniendo “*que un trato distinto entre quienes se encuentran en el mismo grupo etario o de edad (75 años en adelante), y hacer un trato distinto entre quienes están en la misma situación de riesgo y peligrosidad frente al COVID-19 (mayores de 75 años cumpliendo condenas), es una desigualdad ante la ley que no se puede y que no se debe tolerar*”.¹⁷ Conjuntamente con ello, se señaló que la exclusión relativa a este grupo, además, constituye una vulneración al derecho a la vida, en el entendido que este derecho no solo abarca el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también, a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna (vida digna), razón por la cual los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico “*lo que no sucede en la especie, puesto que el Estado, a pesar de estar en conocimiento de la gravedad de la pandemia COVID-19 y de sus consecuencias posibles en mayores de 75 años en circunstancias de encierro, no ha tomado las medidas para el resguardo de todos ellos, sino que ha excluido a un grupo*

¹⁷ Historia de la Ley 21.228. Requerimiento de inconstitucionalidad, p. 136. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

de estas personas, dejándolos a su propia suerte y riesgo, por el solo hecho de haber sido condenados por cierto tipo de delitos”.¹⁸

En consecuencia, habiendo sido otro el fundamento del requerimiento de inconstitucionalidad creemos que sigue abierta la posibilidad de requerir la inaplicabilidad del precepto en el sentido antes indicado, es decir, por existir una *falta de proporcionalidad* entre las diversas figuras contenidas en el catálogo de exclusión.

Otra situación que huelga destacar, es el hecho de que el catálogo de delitos excluidos del artículo 15 no distingue entre el grado de desarrollo ni tampoco la forma de intervención en el mismo. Por lo tanto, se deja en idéntica situación al autor y los partícipes, así como a quien solo realiza una tentativa respecto de quien lo consuma. En la tramitación de la ley ninguna de estas situaciones fue objeto de análisis, a diferencia de lo ocurrido en la tramitación de la Ley 20.588 sobre “Indulto General”, antecedente inmediato de esta. En tal norma, se propuso que las exclusiones de aquel indulto afectaran al “*autor del delito consumado*”, sin embargo, solo quedó explicitada la expresión “*consumado*” eliminándose la referencia al autor, sin mayor discusión.

Tal vez, el hecho de no hacer tal distinción en la Ley 21.228 tenga su explicación en razones cuyo raigambre está en el Derecho Penal, particularmente en los artículos 50 y 51 del Código Penal, en el sentido de entender que cuando la ley se refiere a un delito se entiende que lo hace a la realización del tipo penal en su fase consumativa y respecto del autor. Y entonces, siendo respetuosos de la institución *indubio pro reo*, esta sea la interpretación más acorde que se deba dar y la que tuvo en vista el legislador excluyendo solo a los *autores del delito consumado* señalados en el catálogo.

No obstante, creemos que no haber realizado una mención respecto a los grados de desarrollo del delito ni tampoco a las distintas formas

¹⁸ *Ibíd.* p. 139.

de autoría y participación puede generar consecuencias indeseadas respecto a la posibilidad de acceder al indulto conmutativo, restringiendo el universo de destinatarios de la norma. A nuestro juicio, esto constituye un problema de interpretación o aplicación del precepto y no de constitucionalidad del mismo, debiendo ser resuelto por medio de acciones de tutela o la acción de amparo, según sea el caso.

IV. La exigencia de cumplir con los requisitos para el otorgamiento del indulto a la fecha de entrada en vigencia de la ley

Los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 11 de la Ley N° 21.228 sobre Indulto General Conmutativo a Causa de la Enfermedad Covid-19 en Chile,¹⁹ establecen una *condición o exigencia* para su otorgamiento,

231

¹⁹ Ley 21.228: Artículo 1°. *Concédese un indulto general conmutativo a las personas que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, y tengan setenta y cinco años de edad o más, consistente en la conmutación del saldo de las penas privativas de libertad que les resta por cumplir y, en su caso, de la multa, por reclusión domiciliaria total, por el tiempo equivalente al respectivo saldo de condena que les reste por cumplir.*

Artículo 2°. *Concédese un indulto general conmutativo a las personas que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, habiendo cumplido la mitad de la condena y restándoles por cumplir un saldo igual o inferior a los treinta y seis meses, que sean mujeres que tengan cincuenta y cinco años o más y menos de setenta y cinco años de edad, y hombres que tengan sesenta años o más y menos de setenta y cinco años de edad, consistente en la conmutación del saldo de las penas privativas de libertad que les resta por cumplir y, en su caso, de la multa, por reclusión domiciliaria total, por el tiempo equivalente al respectivo saldo de condena que les reste por cumplir.*

Artículo 3°. *Concédese un indulto general conmutativo a las mujeres que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, habiendo cumplido un tercio de la condena y restándoles por cumplir un saldo igual o inferior a los treinta y seis meses, y estuvieren embarazadas o tuvieran un hijo o hija menor de dos años de edad, que resida en la unidad penal, consistente en la conmutación del saldo de las penas privativas de libertad que les resta por cumplir y, en su caso, de la multa, por reclusión domiciliaria total, por el tiempo equivalente al respectivo saldo de condena que les reste por cumplir.*

distinta de los requisitos analizados anteriormente, la cual consiste en cumplir *a la fecha de entrada en vigencia de la ley* con los requisitos que las mismas disposiciones establecen en cada caso.

Tal como se señaló en párrafos anteriores, esta exigencia —que resulta de poca relevancia en otros contextos que podríamos llamar de

Artículo 4°. *Concédese un indulto general conmutativo a las personas que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren cumpliendo pena de reclusión nocturna, o pena de reclusión parcial nocturna en establecimientos especiales, en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, habiendo cumplido un tercio de la condena y restándoles por cumplir un saldo igual o inferior a los treinta y seis meses, consistente en la conmutación del saldo de pena que les resta por cumplir, por reclusión domiciliaria nocturna, por el tiempo equivalente al respectivo saldo de condena que les reste por cumplir.*

Artículo 5°. *Concédese un indulto general conmutativo a las personas que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, habiendo cumplido la mitad de la condena y restándoles por cumplir un saldo igual o inferior a los treinta y seis meses, y estuvieren beneficiados con el permiso de salida controlada al medio libre, consistente en la conmutación del saldo de las penas privativas de libertad que les resta por cumplir y, en su caso, de la multa, por reclusión domiciliaria nocturna, por el tiempo equivalente al respectivo saldo de condena que les reste por cumplir.*

Artículo 11. *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 el permiso de salida dominical, o con el permiso de salida de fin de semana, habiendo cumplido la mitad de la condena y restándoles por cumplir un saldo igual o inferior a los seis meses, pasarán a cumplir su condena a través de la modalidad alternativa de cumplimiento de pena mediante reclusión domiciliaria total, por el tiempo equivalente al respectivo saldo de condena que les reste por cumplir.*

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 el permiso de salida dominical, o con el permiso de salida de fin de semana, habiendo cumplido la mitad de la condena y restándoles 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. En estos casos, a contar del día siguiente al vencimiento del plazo de seis meses señalado en el inciso anterior, cada persona condenada continuará con el cumplimiento de sus respectivas penas privativas de libertad, en la forma que lo hacían con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, abonándose para estos efectos un día por cada día completo de cumplimiento de la modalidad que trata este artículo.

“normalidad” – es motivo de nuestra atención por las consecuencias que de ella emanan, particularmente para las personas privadas de libertad que pudieran optar al indulto previsto en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 21.228.

En efecto, esta exigencia obliga a cumplir con los requisitos antes señalados *en la fecha de entrada en vigencia de la ley*, en consecuencia, impide acceder a dicho indulto a quien los cumpla con posterioridad.

Esta última situación riñe con los objetivos del indulto expuestos al inicio de este trabajo, particularmente cuando nos encontramos en presencia de personas que pertenecen a grupos de riesgo, ya que, no obstante mantenerse la situación de peligro para estas personas, la misma ley les impide acceder al indulto por la sola circunstancia de no haber cumplido con el requisito en la oportunidad que ella señalaba.

Si la situación que motivó el indulto fue precisamente el Covid-19 y esta enfermedad no ha cesado ni dado tregua y, por el contrario, permanece vigente e incluso se acrecienta conforme pasan los días y el número de contagios y muertes aumenta,²⁰ no se entiende que se impida acceder al indulto. En consecuencia, podemos decir que mientras la situación de peligro para la vida de las personas pertenecientes a estos grupos no ha cesado, la posibilidad de optar al indulto sí lo ha hecho.

Esta exigencia, mirada desde otra perspectiva, puede ser considerada como una verdadera exclusión para el indulto, respecto de quienes cumplan con posterioridad con todos los requisitos. Y esto es una situación “compleja” si consideramos que las razones que motivaron la dictación del indulto siguen plenamente vigentes.

²⁰ De acuerdo al Informe Epidemiológico N° 34 enfermedad SARS-Cov-2 (Covid-19) de fecha 17 de julio de 2020, se registran al día 16 julio un total de 366.595 personas contagiadas y 8.580 personas fallecidas, números muy superiores a los registrados el día 16 de abril del año en curso, donde se contaban 9.252 casos confirmados, en <<https://www.minsal.cl/nuevo-coronavirus-2019-ncov/informe-epidemiologico-covid-19/>>.

Sin embargo, expresiones como estas son comunes en las leyes de indulto general. En su precedente inmediato, la Ley 20.588, las mismas expresiones fueron empleadas,²¹ lo que forma parte de la técnica legislativa en este tipo de materia. Lamentablemente, en la historia de la ley estas expresiones no fueron objeto de análisis ni comentarios, así como tampoco lo fueron en la ley de indulto anterior.

A continuación, se señalan algunos supuestos de personas privadas de libertad que se encontrarían impedidas de optar al indulto por no cumplir con esta exigencia, no obstante encontrarse cumpliendo condena por un delito no comprendido en el catálogo del artículo 15 de la Ley 21.228:²²

²¹ Ley 20.588: Artículo 1°. Concédese un indulto general, consistente en la conmutación del saldo de las penas privativas de libertad que les resta por cumplir y, en su caso, de la multa, por la sujeción a la vigilancia de la autoridad en los términos del artículo 4°, a las mujeres que, **a la fecha de entrada en vigencia de esta ley**, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada y que satisfagan las siguientes condiciones copulativas: a) Tener cumplidos dos tercios de la pena. Tratándose de mujeres con hijos cuya edad no supere los dos años, se entenderá cumplido este requisito si les faltaren hasta seis meses para enterar los dos tercios de la pena. Si la condenada hubiere obtenido, con anterioridad a la vigencia de esta ley, reducción en su condena por indulto particular u otra causa, el cómputo de los plazos previstos en esta letra se efectuará respecto de la pena ya reducida. b) Haber observado, durante los tres últimos bimestres, una conducta sobresaliente, de acuerdo a lo dispuesto en la ley N° 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta. c) Suscribir un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito.

Artículo 2°. Concédese, respecto de la pena privativa de libertad y de la multa, un indulto general a los condenados por sentencia ejecutoriada que, **a la fecha de entrada en vigencia de esta ley**, estuvieren beneficiados con el permiso de salida controlada al medio libre. Para acceder a este indulto el condenado deberá suscribir un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito.

Artículo 3°. Concédese un indulto general respecto de la pena privativa de libertad y de la multa, a las personas que, por sentencia ejecutoriada, **a la fecha de entrada en vigencia de esta ley**, estuvieren cumpliendo condena de reclusión nocturna. Para acceder a este indulto los condenados deberán suscribir un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito.

²² Los ejemplos que proponemos tienen como presupuesto que el delito por el cual se cumple la condena no esté excluido en el catálogo del artículo 15 de la ley 21.228

- Las personas privadas de libertad que cumplieron los 75 años de edad con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.
- Los varones privados de libertad que cumplan los 60 años de edad con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley y que hayan cumplido la mitad de su condena y les reste un saldo por cumplir igual o inferior a 36 meses, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.
- Las mujeres privadas de libertad que cumplan los 55 años de edad con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley y que hayan cumplido la mitad de su condena y les reste un saldo por cumplir igual o inferior a 36 meses, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.
- Las mujeres de 55 años de edad o más y los varones de 60 años de edad o más que se encontraren privados de libertad y que con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley cumplan la mitad de su condena y les reste por cumplir un saldo igual o inferior a 36 meses, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.
- Las mujeres de 55 años de edad o más y los varones de 60 años de edad o más que se encontraren privados de libertad, que habiendo cumplido la mitad de la condena con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley les reste por cumplir un saldo de 36 meses, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.

y que, según sea el caso, solo uno de los requisitos para acceder al indulto se cumpla con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley y mientras subsista la situación de riesgo para la salud que motivó el indulto. Sin embargo, consideramos que es perfectamente aplicable cuando sean más de uno los requisitos que se cumplan con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, en la medida que el riesgo para la salud motivado en el Covid-19 subsista.

- Las mujeres privadas de libertad embarazadas o que tuvieren un hijo o hija menor de dos años que resida en la unidad penal y que, con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplan el tercio de su condena y les reste por cumplir un saldo igual o inferior a 36 meses, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.

- Las mujeres privadas de libertad embarazadas o que tuvieren un hijo o hija menor de dos años que resida en la unidad penal que hayan cumplido un tercio de la condena y que, con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley, les reste por cumplir un saldo igual a 36 meses, no obstante estar vigente el riesgo para su salud a causa del contagio del Covid-19.

Así, la frase, “*a la fecha de entrada en vigencia de esta ley*”, contenida en las normas antes indicadas, constituye una exigencia, una condición de entrada para el otorgamiento del indulto, ya que limita la posibilidad de acceso solo a quienes alcancen los requisitos en la oportunidad señalada por la ley, generando una distinción o diferenciación *carente de razonabilidad* para quienes cumplen con estos con posterioridad.

Luego de identificar algunos de los posibles casos que no podrán acceder al indulto a propósito de la mencionada exigencia –**a la fecha de entrada en vigencia de esta ley**– cabe preguntarnos lo siguiente: ¿Es adecuada, resulta idónea o es razonable tal exigencia?, sobre todo cuando observamos que una persona que hoy cumple con todos los requisitos para acceder al indulto no puede beneficiarse por no haberlos cumplido ayer.

Por tanto, vale preguntarse cuál es la razón que justifica que la persona que cumplió 75 años el 18 de abril del 2020 o el varón de 70 años de edad que cumplió la mitad de su condena al día siguiente que la ley entró en vigencia o la mujer que ese mismo día dio a luz y luego de haber cumplido el tercio de su condena le resta un saldo inferior a 36 meses o el hijo de un año de edad, cuya madre, que había cum-

plido el tercio de la condena hoy sigan privados de libertad mientras el riesgo para su salud perdura. ¿Dónde está la diferencia con quienes accedieron al indulto?

V. La “razonabilidad” de la exigencia de cumplir con los requisitos para el otorgamiento del indulto *a la fecha de entrada en vigencia de la ley*, un problema de igualdad ante la ley

Conviene destacar que “*la igualdad debe ser vista como un principio que irradia todo el ordenamiento jurídico, prohibiendo la arbitrariedad*”.²³ La cual somete a todos los órganos del Estado y, muy especialmente, a quienes tienen la potestad de crear las normas y administrar la justicia.

En opinión del Excmo. Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley consiste en que “*las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo*”.²⁴ En el mismo sentido, agrega que “*(...) no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares*”.²⁵

Sin embargo, la igualdad ante la ley no excluye la posibilidad de que atendido el contexto fáctico en que se encuentre una sociedad o grupo de individuos en un momento determinado, el legislador pueda establecer diferenciaciones. En palabras del profesor Nogueira:

²³ VIERA-GALLO, J., “Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un Derecho Razonable.” en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N° 46, 2011, p. 48.

²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 784, considerando 19. En el mismo sentido, Roles 1254 considerando 46, 1399 considerando 12, 1732 considerando 48, 1812 considerando 26, 1951 considerando 15.

²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 811, considerando 18.

“Ello permite en la perspectiva constitucional contemporánea, donde dichos principios se encuentran inscritos y ante una sociedad cada vez más compleja y dividida en diversos estratos sociales, que el legislador pueda establecer diferencias, pero como lo establece la jurisprudencia constitucional e internacional uniformemente, la regulación de las diferencias debe estar justificada racionalmente”. “(...) La diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias basadas en tales situaciones siempre ilegítimas. En otras palabras, la igualdad en una perspectiva normativa significa que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y considerada de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo.”²⁶

Por último, y citando al profesor Eduardo Rabossi, Nogueira señala que

“Así surge el principio de no discriminación como uno de los derechos más básicos del ser humano y elevado a la categoría de los Cogens, el que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o arbitrarios. Así el principio de no discriminación puede formularse de la siguiente forma: “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra.”²⁷

Mirada de esta perspectiva, la exigencia contenida en los artículos 1º, 2º y 3º de la normativa 21.228 no cumple con el respeto a la igualdad ante la ley, ya que genera una diferenciación entre personas que se encuentran en similar situación —que podríamos llamar iguales— que adolece de fundamentos razonables o, dicho de otra forma, carece de razonabilidad.

Conforme a lo expuesto, podemos decir que la igualdad ante la ley se vulnera no por el solo hecho de entregar un trato diverso a

²⁶ NOGUEIRA, H., “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional” en *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII, 1997, p. 168.

²⁷ NOGUEIRA, H., “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional” en *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso XVII, 1997, p. 169.

personas que se encuentran en similar situación, o un igual trato a quienes se encuentran en una situación diversa, sino que se vulnera cuando este trato diferenciado se establece careciendo de fundamento razonable para ello.

Aproximándonos al concepto de razonabilidad, Maldonado recuerda que el profesor Bernal Pulido señala que la razonabilidad “*se erige como un concepto ambiguo (...) De esta manera, no puede hablarse de un significado unívoco y constante del concepto de razonabilidad*”.²⁸

En tanto, en la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional la razonabilidad es entendida como “*(...) el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad*”.²⁹

Corolario de lo anterior, podemos decir que la igualdad ante la ley supone por tanto, una distinción razonable entre quienes se encuentren en la misma condición fáctica. *A contrario sensu*, supone la falta de arbitrariedad en análogas situaciones.

El profesor Mauricio Maldonado, recordando lo expuesto por Bidart Campos, sostiene que “*lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad*”. *Así entendido, el principio es una exigencia de justicia jurídica. El mismo doctrinario apunta, precisamente, a la equivalencia del concepto a la garantía del debido proceso sustantivo, de lo que se sigue que su finalidad es “resguardar al valor justicia en el contenido de todos los actos de poder, y también de los particulares”*.³⁰

²⁸ MALDONADO, M., El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas” en *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2012/2013, pp. 139-174 y p. 147.

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 784, considerando 19. (En el mismo sentido, STC 1138 c. 24, STC 1140 c.19, STC 1340 c. 30, STC 1365 c. 29, STC 2702 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2921c.11, STC 2922 c.14, STC 3028 c. 11, STC 2895 c. 9, STC 2983 c.3, STC 6685 c.17, STC 5674 c. 3, STC 4434 c.33, STC 4370 c.19, STC 3470 c. 18, STC 5275 c. 27)

³⁰ MALDONADO, M., “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio

Maldonado agrega que el mismo profesor Bidart, en otro de sus trabajos, ha manifestado que

*“la razonabilidad y lo razonable superan las formalidades para internarse en un contenido sustancia que no es “puesto” discrecionalmente por quien dicta la norma y adopta las medidas “razonables”, sino que se anuda a patrones axiológicos superiores y objetivos”; o, lo que es lo mismo, que el derecho válido se supone razonable por cuanto se arregla a ciertos valores y principios.”*³¹

No obstante no encontrar la razonabilidad un reconocimiento expreso en la Carta Fundamental, Zúñiga y Martínez sostienen que sí tiene cabida, al señalar que *“la Constitución chilena no contiene ninguna norma que consagre expresamente el principio de razonabilidad. Sin embargo, su art. 7°, al consagrar el principio de imperio del Derecho, descansa claramente en la idea de que los poderes públicos no pueden actuar de manera arbitraria”*,³² los autores agregan que *“A su vez, en el Art. 19 de la Constitución se cuentan algunos derechos que implícita pero claramente se vinculan a la idea de razonabilidad. Se trata del principio de igualdad y sus diversas manifestaciones (N°s 2, 20 y 22) y del derecho al debido proceso (N°s 3 y 7).”*³³

En este punto, la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional ha concebido a la razonabilidad como un parámetro para establecer una distinción o una diferenciación objetiva respecto a la situación en que se han de encontrar los sujetos. A este respecto, ha resuelto que

“el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, pero ello debe sustentarse siempre en pre-

de validez de las normas jurídicas” en *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2012/2013, pp. 139-174 y p. 143.

³¹ *Ibidem*, p. 143.

³² MARTÍNEZ, J. y ZÚÑIGA, F., “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, 2011, pp. 199-226 y p. 208.

³³ *Ibidem*, p. 209.

supuestos razonables y objetivos que justifiquen la diferencia sin que, por tanto, ella quede entregada al libre arbitrio del legislador.”³⁴

Sostener que la razonabilidad es parte informadora de la igualdad ante la ley, conlleva necesariamente asumir que esta cumple un rol delimitador en cuanto a las diferenciaciones hechas por el legislador en determinadas materias.

En relación a la *justificación de las diferencias*, el Excmo. Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha resuelto

“(…) considerar el examen de la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, dando cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea proporcional, sino que además debe ser objetiva y razonable.”³⁵

El examen de si una norma es respetuosa de la igualdad ante la ley exige, además, analizar la finalidad perseguida por el legislador, la que debe ser “*adecuada, necesaria y tolerable*” para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina.³⁶

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España en las sentencias 76/1990 y 253/2004 ha señalado que

“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.”³⁷

³⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1133, considerando 17.

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 8574-20, considerando 10 voto disidente. (en el mismo tema, Roles 755 y 790).

³⁶ En este sentido, véase Fernández, T., *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 34.

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 8574-20, voto disidente, considerando 10. (En el mismo sentido Roles 755 y 790.)

En este orden de ideas, debemos destacar que la razonabilidad por sí sola no impide la diferenciación que el legislador pueda realizar respecto a las situaciones fácticas en que puedan encontrarse determinado grupo de personas.

Así, la arbitrariedad entonces será el resultado final de la falta de razonabilidad de las diferencias. Por tanto, el cómo llegar a establecer la arbitrariedad es determinante, por lo cual el Tribunal Constitucional ha fijado ciertas pautas en la materia. Al respecto, el intérprete constitucional ha señalado que

242

“Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. El segundo consiste en que debe, además, ser objetiva; esto es, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador. Luego, es necesario, además, atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.”³⁸

Pues bien, señalado todo lo anterior, conviene someter el examen de razonabilidad al caso en concreto que representa la Ley de Indulto Conmutativo conforme a lo antes señalado es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar. Así, podemos sostener que efectivamente existe **una diferencia de trato** ya que por un lado se encuentran las personas que fueron beneficiadas por el indulto y que actualmente cumplen, el saldo de

³⁸ Repertorio Constitucional. Criterios para determinar arbitrariedad (2), en *Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional*, Disponible en <<http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Doctrinas--3016--Inciso>>.

su condena extramuros, frente a otros que permanecen privados de libertad y que no fueron beneficiados. Por tanto, la **diferencia de trato** radica en no haber otorgado el indulto o, dicho de otro modo, haberlo concedido solo a algunos. Empero, esta diferencia de trato *–prima facie–* no es suficiente para sostener una arbitrariedad y es menester analizar las cuestiones comunes que presentan ambos grupos, para posteriormente concluir si se está en presencia de similares condiciones personales o no, respecto a quienes debió darse un trato igualitario.

Sobre esto último, podemos decir que ambos grupos tienen en común varias características, entre las que destacan: que ambos se refieren a personas privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada, ninguna de las personas se encuentran condenadas por un delito comprendido en el catálogo de exclusiones que establece el artículo 15 de la Ley 21.228. Asimismo, todos pertenecen a algún grupo de riesgo para Covid-19, ya que se trata de personas mayores de 55 o 60 años de edad (según el sexo), mujeres embarazadas o madres con hijos o hijas menores de 2 años que residan en las unidades penales.

Por último y dentro de las características comunes que hemos señalado, cabe destacar que todos cumplen con los *criterios* para acceder a alguno de los indultos previstos en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 21.228, siendo la única diferencia la oportunidad en la cual lo cumplen. En el caso de los beneficiados, la exigencia fue alcanzada a la fecha de entrada en vigencia de la ley, y para quienes aún siguen privados en libertad en las cárceles, esto ocurrió con posterioridad a la mencionada entrada en vigencia.

Ahora bien, conforme nos propone la jurisprudencia el Excmo. Tribunal Constitucional, corresponde analizar si la exigencia *–de cumplir los requisitos a la fecha de entrada en vigencia de la ley–* se sustenta en presupuestos razonables y objetivos que la justifiquen.

El primer aspecto que debemos recordar es que estas expresiones contenidas en las normas *–tantas veces señaladas–* no fueron objeto de

ninguna reflexión en el proceso creativo; al respecto nada se señaló en el mensaje del Ejecutivo y tampoco en la tramitación de la ley. Inclusive en la ley que hemos identificado como su precedente inmediato y que utilizó la misma técnica legislativa –Ley N° 20.588– tampoco existieron reflexiones al respecto.

Esto genera una dificultad al tratar de reconstruir la fundamentación de las “diferencias” introducidas por los legisladores, porque tal como se dijo, ésta no ha sido declarada.

En esta parte, es menester precisar que no podemos confundir la motivación de la ley de indulto (crisis sanitaria a causa del Covid-19), respecto de la cual no se está cuestionando arbitrariedad alguna –ya que no es esta la decisión sometida a escrutinio– con la decisión de exigir la concurrencia de los requisitos al momento de entrada en vigencia de la ley, lo cual carece de fundamentos.

Desde nuestra perspectiva la única fundamentación o explicación de estas expresiones, a nuestro juicio “poco felices”, fue la de establecer con meridiana certeza el universo de destinatarios o beneficiarios y la oportunidad para la satisfacción de los requisitos, nada muy distinto de lo que el mismo texto señala.

En estos términos, si bien el criterio sostenido por el legislador se observa como objetivo, ya que atiende a una medida de tiempo y parece no “*fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido*”,³⁹ desde una interpretación teleológica tal distinción o trato no resulta razonablemente adecuada ni necesaria.

No es razonablemente adecuada porque mantiene privadas de libertad a personas que pertenecen a grupos de riesgo para el Co-

³⁹ CORREA, J., “Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, en *Anuario de derecho público*, UDP, N° 1, 2011. pp. 96-126 y p. 106.

vid-19, no obstante cumplir con todos los criterios que tuvo en vista el legislador para conceder el indulto conmutativo, porque tal como se señaló anteriormente, se trata de personas que no estando condenados por delitos que la misma ley excluye, se encuentran en una situación o presentan algún factor de *riesgo*, ya sea por su avanzada edad, su estado de preñez o residir en el penal junto a su hijo o hija menor de 2 años de edad, todo esto en un contexto de riesgo sanitario subsistente.

Al respecto, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que

*“Si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y cuyo propósito sea perseguir finalidades necesarias y tolerables”*⁴⁰

Esta diferencia en el trato generada por las exigencias contenidas en la norma se aparta de la finalidad de la ley, que en este punto fue la adopción de medidas destinadas al cuidado preventivo de grupos de alto riesgo, provocando que esta distancia deslegitime la diferencia, lo que profundiza así su arbitrariedad.

En esta parte es necesario insistir en una idea planteada anteriormente, y es que si la situación que motivó la dictación de la ley es el riesgo para la salud y vida de las personas privadas de libertad, a causa del Covid-19, y este riesgo permanece en el tiempo amenazando la salud y vida de tales personas, ¿qué *racionalidad* tiene la decisión de restringir el acceso? Desde otra perspectiva, podemos decir que si el indulto constituye una medida preventiva frente al riesgo de contagio del Covid-19, ¿cuál es la *racionalidad* de la decisión de retirar tal medida cuando el riesgo sigue vigente?

En otros contextos, bien podría sostenerse que es razonable la diferencia de trato que deriva de la exigencia –de cumplir con los

⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1502, c. 11 (En el mismo sentido, STC 3121 c. 14, STC 6339 c. 6, STC 6370 c. 6, STC 7330 c. 4, STC 7443 c. 4).

presupuestos a la fecha de entrada en vigencia de la ley— como cuando el propósito es disminuir el hacinamiento carcelario o mejorar las condiciones de habitabilidad de las personas privadas de libertad. Empero, no lo será si nuestro propósito es velar por la salud y vida de dichas personas, quienes se ven amenazadas por una pandemia como la generada por el Covid-19.

Al respecto, conviene recordar que una diferenciación podrá permitirse en tanto se observen las ya mencionadas exigencias establecidas por el Excmo. Tribunal Constitucional, *so pena* de ser considerada una diferenciación arbitraria, el cual ha señalado que

246

*“el juicio de igualdad exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación”*⁴¹

Esta ausencia de racionalidad en la decisión adoptada por el legislador, hace que la diferencia de trato generada por la norma resulte arbitraria, vulnerando de esta forma la igualdad ante la ley.

Conclusión

Conforme se ha venido razonando, el legislador debe respetar la igualdad ante la ley y, consecuente con ello, solo puede realizar diferencias en la medida que no resulten arbitrarias.

La justificación de las diferencias debe ser proporcional, objetiva y razonable. De este modo, si bien el legislador puede establecer

⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1448, c. 37 (En el mismo sentido, STC 1584 c. 19, STC 2841 c. 14, STC 4592 c. 22, STC 4735 c. 22, STC 4820 c. 24, STC 5835 c. 22, STC 5016 c. 20, STC 3896 c. 19, STC 7641 c. 22).

criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos de razonabilidad y objetividad que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados al libre y absoluto arbitrio del legislador. En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.

Por último, en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 21.228 la exigencia de cumplir con los demás requisitos a la fecha de entrada en vigencia de la ley, si bien puede considerarse como un criterio objetivo, constituye una distinción o diferencia carente de razonabilidad a la luz de las motivaciones y fines de la ley de indulto, al dejar se asistir a quienes encontrándose en igual situación de riesgo cumplan con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley con los demás requisitos. Esta falta de razonabilidad en la distinción constituye una afectación al derecho a la igualdad ante la ley.

Bibliografía

- CABEZAS, CARLOS, “COVID-19 e indulto. La situación en Chile”, 2020 en <<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/covid-19-e-indulto-la-situacion-en-chile>>.
- CORREA, JORGE, “Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, en *Anuario de derecho público*, UDP, N° 1, 2011. pp. 96-126.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- HISTORIA DE LA LEY 21.228, en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7745/>>.

HISTORIA DE LA LEY 20.588, en <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4438/>>

INFORME FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA “Situación recintos penitenciarios en pandemia Covid-19”, 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre estándares de derechos humanos en materia de personas privadas de libertad, en relación a aquellas sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva y crisis sanitaria por Covid-19”, 2020.

INFORME COLEGIO MÉDICO DE CHILE. “Visita al Centro de Detención Preventiva de Puente Alto, en el contexto de pandemia Corona Virus Covid-19 en el marco de los derechos humanos de las personas privadas de libertad”, 2020.

MALDONADO, MAURICIO, “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas” en *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2012/2013, pp. 139-174.

MARTÍNEZ, JOSÉ y ZÚÑIGA, FRANCISCO, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, 2011, pp. 199-226.

NOGUEIRA, HUMBERTO, “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVII*, 1997.

VIERA-GALLO, JOSÉ, “Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un Derecho Razonable”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N° 46, 2011.

