

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”

Polít. crim. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_14/n_27/Vol14N27A1.pdf]

Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?*

The elderly and prison policy: A matter of humanity or legal rights?

Francisco Maldonado Fuentes

Doctor en Derecho

Director del Centro de Estudios de Derecho Penal

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Talca

franciscomaldonado.2006@gmail.com

Resumen: El trabajo aborda los problemas que plantea el cumplimiento de condenas privativas de libertad por parte de adultos mayores. Se hace cargo del tratamiento que se ofrece fundamentalmente en el derecho comparado y de las problemáticas que ofrece proponiendo una aproximación basada en la necesidad de realizar una distinción fundamental, separando el análisis y resolución de la situación que enfrentan los condenados que padecen enfermedades crónicas o terminales; los que sufren los efectos de patologías que inciden de manera importante en su salud mental y la de quienes simplemente presentan las condiciones propias de un adulto mayor. Con ello se propone una caracterización específica para cada supuesto que habilita a advertir problemáticas y soluciones diversas, que se aleja del tradicional recurso a razones de carácter humanitario. Se aborda finalmente las particularidades que ofrece el escaso tratamiento que ha tenido la temática en Chile (especialmente en el ámbito legislativo) lo que lleva necesariamente a tratar las diferencias que supone el tratamiento de este tipo de temas en el contexto de crímenes de lesa humanidad.

Palabras clave: Régimen penitenciario, adulto mayor, sustitución de condena.

Abstract: The article addresses the problems observed in the process of serving custodial sentences by elder people, focusing mainly on the treatment offered in the comparative law, and the inconveniences it may cause to elderly. It proposes an approach based on the need of stating a fundamental difference by separating the analysis and resolution of the situation depending on the type of illness suffered by the convicted person. This division states three different categories; the ones diagnosed with chronic or terminal illnesses, the ones suffering the effects of a specific pathology which significantly impacts their mental health and the ones who simply endure the conditions of old age. The aim of this proposal is to specify the characteristics of each circumstance with the purpose of noticing possible problems and their effective solutions. Finally, the lack of discussion about the topic in Chile (specifically in the legislative field) is strongly criticized by this article with the

* El texto forma parte del proyecto Fondef Código ID16AM006, financiado por Conicyt, referido a “El maltrato estructural a las personas mayores de edad en Chile, formulación de un índice multidimensional”, del cual el autor es co-investigador. El autor agradece el apoyo brindado por el ayudante de investigación Sebastián Galleguillos, asociado a la recolección y selección de fuentes.

objective of exposing the importance of addressing these differences to handle crimes against humanity.

Keywords: Penitentiary system, elderly, commutation of sentence.

Introducción

La decisión de someter a una persona a un régimen de privación de libertad conlleva el padecimiento de condiciones de afflictividad que van más allá del contenido propio del encierro o de la sola restricción en las posibilidades de desplazamiento. Supone además la sujeción del desempeño vital y cotidiano a condiciones excepcionales, diversas a las que naturalmente propone el medio libre¹. Lo dicho no es más que una consecuencia propia e inevitable de la necesidad de que dichas sanciones se administren bajo un régimen institucional, lo que supone un conjunto complejo de reacciones e individuos sujetos a un contexto privativo de libertad, que por ello conlleva la implementación de medidas de gestión y la administración de espacios y tiempos limitados². En dicho contexto, las particularidades y formas bajo las cuales los “internos” asumen y definen el desarrollo de las diversas actividades que comprende su día a día (inicio y fin de la rutina, régimen alimenticio, recreativo, laboral, etc.) suelen verse limitadas en atención a los requerimientos que demanda la organización del régimen colectivo, debiendo sujetar su desempeño vital a condiciones y dinámicas que en general son acotadas, homogéneas o estandarizadas.

Con ello no resulta difícil advertir que todas aquellas personas que presenten condiciones individuales que supongan formas de desempeño que se alejan de los parámetros más habituales tendrán una mayor dificultad para adecuarse a dicho régimen de vida, motivando que los diversos estatutos consideren modalidades “excepcionales” orientadas a adaptar las condiciones del encierro a este tipo de situaciones de carácter particular. Así sucede en el caso de mujeres embarazadas, con aquellas que tienen hijos muy pequeños, con las personas enfermas o convalecientes (p. ej. con las que deben ser sometidas a procedimientos terapéuticos o a intervenciones quirúrgicas) y con aquellas que aún no cumplen la mayoría de edad. Dichas modalidades especiales de cumplimiento suelen ser dispuestas con carácter transitorio en atención a los motivos que los justifican. Así se explica porqué su consideración, aplicación o tolerancia no suele ser cuestionada, a pesar

¹CARNEVALI, Raúl; MALDONADO FUENTES, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, *Revista Ius Et Praxis*, año 19, n°2, (2013), pp. 385-418, p. 395; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Reimpresión de la Tercera edición, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 303; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ G., Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Tomo I, Santiago: Edit. Thomson Reuters, 2015, p. 285; ORTIZ Q., Luis; AREVALO C., Javier, *Las consecuencias Jurídicas del delito*, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2013, pp. 124 y 125. Sobre las condiciones que supone la sujeción al régimen penitenciario GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2009, pp. 230 y ss.

² Se suele identificar la noción de “régimen penitenciario” con un contenido diverso, asociado a “programas” o “planes de actividades” del condenado. A nuestro juicio es altamente discutible que dicho contenido pertenezca al núcleo esencial de dicha sanción, como también el que buena parte de las medidas y acciones que suele comprender presenten una naturaleza compatible con su carácter sancionatorio, pues contrastan con la voluntariedad que se suele asignar o reconocer a buena parte de las acciones o actividades que comprenden. Al respecto CARNEVALI / MALDONADO, “El tratamiento”, cit. nota n°2, p. 385 a 388.

de que redundan en la aplicación de un régimen sancionatorio menos estricto o aflictivo que el habitual.

En este contexto, algunas regulaciones han considerado mecanismos orientados a brindar un tratamiento especial e igualmente excepcional para quienes deben cumplir una pena privativa de libertad y presentan una avanzada edad, procurando con ello dar cuenta de las particulares condiciones físicas y psicológicas que caracterizan a los adultos mayores. En algunos casos dichas medidas se reflejan en programas o prácticas asociadas a los problemas específicos que ofrece su permanencia en la cárcel, otras orientadas a prevenir afectaciones de su salud física (como las relativas al desarrollo de kinesioterapia), o también otras asociadas a su régimen de alimentación o de actividades³, siendo también posible constatar experiencias acotadas -la mayoría exitosas- que carecen de un perfil integral o de aplicación general⁴. En otros modelos se regulan institutos orientados a materializar modificaciones más importantes en las condiciones o exigencias que conlleva el estatuto o régimen penitenciario común, sea en forma integral o en relación a algunos componentes esenciales del mismo (como sucede en Colombia⁵ o en Argentina⁶). En otros casos se consideran reglas que habilitan a cumplir la correspondiente sanción en unidades independientes de carácter especial ubicadas al interior de los recintos comunes, sujetos a un régimen particular, con espacios y rutinas adaptados a sus condiciones físicas y psicológicas y donde se los mantiene separados del resto de la población penal⁷. En otros casos -o en forma adicional- se prevén instituciones y causales ad-hoc que les permiten acceder al régimen de libertad condicional o a modalidades equivalentes de libertad controlada o vigilada (como sucede en España⁸) o prevén, finalmente, instancias que

³A este respecto destacan en Estados Unidos los llamados "Projects for Older Prisoners" (POPS), centrados en la atención de las condiciones de salud de los adultos mayores que se encuentran en prisión (con detalle, véase GUBLER, Tia; PETERSILIA, Joan, *Elderly Prisoners Area Literally Dying For Reform. California Prison Reform*, Documento de Trabajo del "Sentencing and Corrections Policy Project", Stanford Criminal Justice Center, Stanford University, 2006, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=977249 [visitado el 26.02.2018], pp. 13 y ss.; YAGÜE OLMOS, Concepción (Coord.), *Análisis de la ancianidad en el medio penitenciario*, Madrid (España): Ediciones Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2009, pp. 45 a 47. En la realidad española existe una disposición que obliga a contar con este tipo de programas especializados, a pesar de lo cual no existen en la actualidad. Al respecto YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p.105 y RENART G., Felipe, “El tratamiento jurídico de la ancianidad en el penitenciarismo español: pasado y presente”, en SANZ DELGADO (Dir.), *Derecho Penal y penitenciario: Nuevos desafíos del sistema penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Doctor D. Germán Small Arana*, Mexico: Ed. Ideas, 2016, pp. 883-923, pp. 903 y ss. En general, sobre el tema, véase GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, pp. 24 y ss.

⁴CHU, Victor, *Greying Behind Bars: The older male offender's experience of prison life and preparations for resettlement*, 2009, en <https://howardleague.org/wp-content/uploads/2017/02/Greying-Behind-Bars.pdf> [visitado el 26.02.2018], p. 13.

⁵A este respecto véase el Artículo 3° A del Código Penitenciario colombiano.

⁶En este caso la excepción se vincula al cumplimiento de las obligaciones laborales asociadas al régimen de cumplimiento penitenciario, respecto de todo condenado que tenga más de 60 años según dispone el ARTÍCULO 7° del Código Penal Argentino.

⁷En Colombia, por ejemplo, tanto el cumplimiento de la condena como la prisión preventiva y cualquier otra forma de privación de libertad (incluyendo el arresto de fin de semana) queda sujeto a dicha exigencia, según dispone el Artículo 29 del Código Penitenciario colombiano.

⁸En la legislación española se exige a los condenados mayores de 70 años de la exigencia de haber cumplido satisfactoria y efectivamente una determinada parte de la condena originalmente impuesta para acceder a dicho régimen. Al respecto véase, por todos, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 48. Su consideración

habilitan a la sustitución de la privación de libertad efectiva por un régimen de reclusión, arresto o detención domiciliaria (como en el caso del régimen argentino⁹ y en algunas experiencias aisladas que se ofrecen en Estados Unidos¹⁰).

En términos equivalentes, otro tipo de regulaciones procuran reconocer efectos similares a partir de la utilización de institutos de carácter general, cuya aplicación se dispone o tolera respecto del adulto mayor con base en la constatación de ciertas condiciones que favorecen su utilización, aún y cuando no existan causales específicas fundadas en dicha condición en particular¹¹. En concreto, se regulan supuestos asociados al padecimiento de patologías de salud mental o basados en la acreditación de complejas afecciones a la salud física de los condenados, cuyo tratamiento o mantención resulta difícil de compatibilizar con las condiciones que supone la vida en prisión. Destaca en este sentido la consideración de recintos o unidades especiales donde cumplan su pena (como sucede con preferencia en una parte de los Estados Unidos¹², en el Reino Unido e históricamente en España¹³)¹⁴; el uso de

formal es en todo caso reciente pues en forma previa a la década de 1980 se utilizaba esta vía de manera informal. Al respecto véase RENART, “El tratamiento”, cit nota n° 4, p. 906 y ss. y, especialmente, pp. 911 y 921.

⁹ARTICULO 10 del Código Penal Argentino. Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: (...) d) El interno mayor de setenta (70) años”.

¹⁰Se las reconoce como programas de “liberación geriátrica” y se fundan en consideraciones que suelen obedecer a razones pragmáticas relativas a los elevados costos que demanda la administración de “recintos especiales”. GAYDON, Beth; MILLER, Mónica, “Elders in the Justice System: How the system treats elders in trials, during imprisonment, and on Death Row”, *Behavioral Sciences and Law*, n°25 (2007), pp. 677-699. También se pueden identificar otros programas orientados a la sustitución del régimen de encierro por el arresto domiciliario con control telemático, aplicables a adultos mayores con mediano riesgo de reiteración (sobre ellos véase GAYDON/ MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 689; GUBLER y PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 18). Otros Estados, finalmente, ofrecen en tiempos recientes una opción alternativa y más acotada que se conoce como “liberación compasiva”, orientada exclusivamente a quienes se encuentran en sus “últimos días de vida” (al respecto véase GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 689). Todas estas alternativas son utilizadas preferentemente respecto de adultos mayores, pero se les reconoce utilidad para personas más jóvenes que se encuentran aquejadas de una condición terminal (al respecto GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 15).

¹¹ De esta forma, si bien es correcto sostener que en la mayoría de los países no existe un estatuto especial orientado a asignar un tratamiento particular a esta parte de la población penal (por todos, CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 6 y 9; ORNDUFF, Jason, “Relasing the elderly in mate: a solution to prison overcrowding”, *Elder law Journal*, n° 4 (1996), pp. 173-200, p. 183) es posible reconocer que en buena parte de los modelos consideran instancias o reglas especiales asociados a su permanencia en prisión. Al respecto véase CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 14 quien, por ejemplo, destaca que este es el régimen que domina en USA.

¹²Al respecto, véase, por todos, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 22, constituyendo una alternativa originada en la década del 70 y que va en aumento. Asimismo, véase AHUERHAHN, Kathleen, “Selective incapacitation, three strikes, and the problem of aging prison populations: using simulation modeling to see the future”, *Criminology and Public Policy*, vol. I, n°3 (2002), pp. 353-388, p. 379; YORSTON, Graeme; TAYLOR, Pamela, “Commentary: Older Offenders – no places to go?” *Journal of American Academy of Psychiatry Law*, n° 33 (2006), pp. 333-337, p. 334.

¹³Hasta el año 1979 constituyó una opción formal en este modelo, asociada a instituciones concebidas como hospitales y para el “cuidado de enfermos u otros segmentos especiales como mujeres o para padecimientos mentales”. Al respecto véase RENART, “El tratamiento”, cit nota n° 4, pp. 887 a 893; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 26 a 44. Desaparece como categoría identificable entre 1979 y 1981 (RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, p. 894; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 42 y ss.), lo que se atribuye a su baja relevancia estadística en el volumen total de internos (RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, p. 895). Hoy en día no existe ni un solo centro especializado (p. 100).

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

herramientas que habilitan a una virtual suspensión de la ejecución de la pena (como sucede en Alemania, Bélgica, Francia e Italia¹⁵), destacando el uso de la libertad condicional (como sucede en Dinamarca, Inglaterra¹⁶ y en algunas localidades de Estados Unidos¹⁷) o de otros recursos desformalizados (de gracia o de carácter discrecional) como el indulto particular.

En estos casos se recurre a una diversidad de argumentos de sustento. Para algunos las condiciones antedichas (o alguna de ellas) dan pie a considerar motivos de corte “humanitario” o relativos al respeto que cabe brindar a la dignidad esencial al ser humano, apelando con ello de forma algo elástica y poco precisa a consideraciones excepcionales asociadas a conceptos como la piedad o la compasión¹⁸. Para otros, lo relevante radica en la exigencia constitucional de atender a los requerimientos y tratamientos médicos de los privados de libertad, obligación que debe cumplirse con carácter prioritario aun y cuando resultara incompatible con la satisfacción efectiva de la pena impuesta. Desde una perspectiva diversa se sostiene también que dichos padecimientos modifican o “alteran” el sentido o función general de la pena¹⁹, sea por entender que alguno de dichos supuestos

¹⁴Sobre otros ejemplos comparados equivalentes, véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 22 y ss.

¹⁵En Alemania se considera la interrupción (definitiva) de la condena si se constata la “insanidad” incurable del condenado o si se acredita una enfermedad de carácter grave que conlleva un riesgo vital de continuar con el encierro o cuyo tratamiento resulta incompatible con la vida en prisión, conforme dispone el art. 455 del Código de Procedimiento Penal. Esta misma disposición prevé asimismo la suspensión de la pena si dichas condicionantes asumen –al menos preliminarmente- carácter transitorio. En cualquier caso, se debe advertir que ambos tipos de medidas pueden quedar sin efecto por razones de seguridad pública que se califiquen como “imperiosas”.

¹⁶YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 45.

¹⁷ La libertad condicional se usa para estos fines en la mayoría de los Estados Americanos pero con base en una condición de enfermedad que padezca el adulto mayor, siendo incluso “recomendada” para dicha población cuando presenta un bajo o mediano riesgo delictivo. Al respecto véase GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 18. Estos mismos autores detallan (pp. 19 y ss.) una serie de prevenciones asociadas a las bajas opciones que dichos condenados presentan para cumplir con dicho régimen y que suelen ser valoradas a la hora de resolver (dificultad para conseguir empleo, para desplazarse en forma autónoma -por razón precisamente del padecimiento o enfermedad que los aqueja- o por la eventualidad de que demanden cuidados permanentes). Al respecto véase ADAMS, William Jr. “The intersection of elder law and criminal law: more traffic than more might assume”, *Stetson Law Review*, Vol. 30 (2000-2001), pp. 1331-1352, p. 1351; ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, p. 192. Se considera asimismo que en dicho contexto la constatación de una mejoría en las condiciones de salud constituiría causal suficiente para revocar el régimen de libertad condicional, en tanto “desaparecerían” las razones que justifican dicho régimen excepcional (ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, pp. 193 y 194).

¹⁸ Este tipo de apelaciones o bases de sustento son usuales en el contexto iberoamericano. Al respecto véase, por todos, ABAUNZA F. Carol; MENDOZA, Mónica; BUSTOS, Paola; PAREDES, Giovanni; ENRIQUEZ, Karla; PADILLA, Andrea, *Los adultos mayores Privados de libertad en Colombia*, Bogotá (Colombia): Ediciones Universidad Nacional de Rosario, 2014, en <http://www.urosario.edu.co/Accion-Social-SERES/Documentos/pi-Adultos-mayores-SERES/> [visitado el 26.02.2018], pp. 43, 44 y 130. Sobre la consideración del contenido “humanitario” en Derecho Penal véase, por todos, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, *Nociones Fundamentales de la Teoría del delito*, Tercera edición actualizada, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 45 a 47.

¹⁹ Como síntesis resultan ilustrativas las palabras de ORNDUFF quien indica que el uso de estas alternativas -particularmente, en su caso, de la llamada “liberación temprana”- permite “evaluar mejor el menor riesgo de recaída que al dictar sentencia; (...) llega(r) a los condenados viejos que delinquieron cuando jóvenes; reducir el hacinamiento; permitir una mejor distribución del recurso “cárcel” concentrado en los más jóvenes y peligrosos; un menor costo monetario social y una mejor cobertura para todos los presos ancianos.” ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, pp. 197 - 199.

“compensa” el déficit retributivo que conllevaría una suspensión o sustitución de la condena o porque se asume que en estos casos las precarias condiciones de salud de los presos enfermos o deteriorados permiten proyectar un menor riesgo de reiteración delictiva (es decir, una menor necesidad preventiva de pena). Se agrega a ello el que dichas razones contribuyen a sostener que resulta innecesario solventar los mayores costos que supone la mantención y tratamiento de los adultos mayores en prisión, considerablemente elevados en comparación a los que se demandan para la administración del régimen ordinario o común²⁰.

1. Propuesta de trabajo.

El panorama descrito da cuenta de una amplia constelación de fundamentos, razones y formas de reaccionar frente a este tipo de supuestos, planteando un “estado del arte” que se caracteriza por la dispersión de pareceres y argumentos en torno a una preocupación que se define como común. En concreto, el amplio consenso que existe en la actualidad en torno a la idea de que es necesario “hacer algo” respecto a este segmento de la población penal no se encuentra acompañado de certezas a la hora de definir la forma cómo debe ser abordado en particular, los fundamentos que podrían servir de base para motivar el recurso a mecanismos alternativos o excepcionales de cumplimiento ni, finalmente, acerca de las razones que resultarían idóneas o atendibles para ello²¹.

Este estado de cosas se explica básicamente por la relativa novedad del tema y por el sentido de urgencia con que se ha abordado en tiempos recientes. En concreto, el escaso y aislado tratamiento que se ofrece a través de la historia²² se ha visto modificado por un

²⁰ En este sentido se sostiene que las tasas de reincidencia son más bajas en esta población de forma que no se trata de un conjunto de “alto riesgo” (por todos, GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 692). De hecho, es usual que se ocupe la edad, en este sentido, como predictor de baja entidad (GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, pp. 7 y 8). Lo dicho se advierte con nitidez en torno a medidas como la “liberación geriátrica” pues suelen ser valoradas positivamente como medidas “eficientes”, por el bajo impacto que tiene en las tazas generales de criminalidad (pues los beneficiados son muy pocos) y los elevados costos de su mantención en prisión (AHUERHAHN, “Selective incapacitation”, cit. nota n°13, p. 379). Se agrega a ello que permite reservar espacios en las cárceles para la población penal más peligrosa y violenta y que los ancianos no suelen incurrir en “delincuencia callejera” que es la que incide fuertemente en las tasas de preocupación públicas por el delito (pp. 360 y 361).

²¹ Al respecto véase UZOABA, Julius, *Managing Older Offenders: Where do we stand?*, Research Branch, Correctional Services of Canada, 1998, en: http://www.csc-scc.gc.ca/research/092/r70_e.pdf [visitado el 26.02.2018], p. 4.

²² En la literatura se destaca de manera uniforme que se trata de una realidad escasamente investigada hasta hace poco, siendo conceptualizados inicialmente como un grupo o “minoría olvidada” (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 8) o como un caso “invisibilizado”. Al respecto véase ADAMS, William Jr., “The incarceration of older criminals: balancing safety, cost, and humanitarian concerns”, *Nova Law Review*, vol. 19 (1994-1995), pp. 465-486, p. 465; BIERMANN, Teresa; DIPPEL, Olga; BERGNER, Matthias; KELLER, Jochen; COFFEY, Claire; SPERLING, Wolfgang; BLEICH, Stefan; KORNHUBER, Johannes; REULBACH, Udo, “Assaults in the elderly. A population-based study with victim and perpetrator characteristics”, *Journal of Forensic Sciences*, vol. 56, n°3 (2011), pp. 669-673, p. 6; BRANK, Eve, “Elder research: filling an important Gap in Psychology and law”, *Behavioral Sciences and Law*, n° 25 (2007), pp. 701-716, pp. 703 y ss. (en cuanto a sus implicancias legales y forenses en general); GAYDON y MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 699; RAMÍREZ GARCÍA, Telésforo, “Envejecimiento en reclusión: un estudio de caso de los adultos mayores mexiquenses en situación de cárcel”, *Revista Kairós*, n°12 (1) (2009), pp. 149-180, pp. 151 y 152.

amplio y distendido debate, concentrado casi exclusivamente en las últimas décadas (especialmente en lugares como Estados Unidos, Reino Unido), motivado por la constatación de un importante y sostenido aumento de este segmento poblacional al interior de las prisiones²³. Resulta relevante tener en cuenta que este dato no se explica por un aumento en la frecuencia de los delitos que cometen²⁴ o por una mutación en su caracterización²⁵, sino que se atribuye preferentemente al paulatino envejecimiento que ha experimentado la población mundial²⁶ y, en mayor medida, a la amplia y distendida

Influye también la percepción de que es baja la probabilidad de que incurrieran en delitos (ADAMS, “The incarceration”, cit. nota nº 23, p. 465; ADAY, Ronald, “Golden years behind bars special programs and facilities for elderly inmates”, *Journal Federal Probation*, Vol. 58, nº2 (1994), pp. 47-54, p. 47) y el que porcentualmente son muy pocos (lo que explica que no hayan sido catalogados como una prioridad (al respecto CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, p. 8).

²³Los primeros estudios se radican en USA en la década de los 70 (HOWSE, Ken, *Growing Old in prisión. A scoping study on older prisoners*, Centre for Policy on Ageing and Prison Reform Trust, 2003, en: http://www.prisonreformtrust.org.uk/uploads/documents/Growing.Old.Book_-_small.pdf [visitado el 26.02.2018], p. 2). En sus inicios la atención se concentra en la problemática del adulto mayor como víctima de delito (BIERMANN, Et. Al, “Assaults”, cit. nota nº 23, p. 669) lo que resulta escasamente justificable si se tiene en cuenta que no presentan mayores riesgos que el resto de la población (CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, p. 4). Ello confirma que se trata de un ámbito cargado de estereotipos (CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, pp. 4 y 7) lo que probablemente se debe a la escasa investigación existente. En la actualidad (y a partir de la década de los 80) no solo se ha desarrollado la investigación, sino que ha ganado terreno como prioridad, siendo conceptualizada como una “población especial” que demanda por ello una atención igualmente especial (UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota nº22, p. 3).

²⁴La información existente da cuenta de un incremento pero de carácter leve, de forma que su representación sigue siendo la propia de un segmento marginal dentro de la población penal. Al respecto CRAWLEY, Elaine; SPARKS, Richard, “Hidden Injuries? Researching the Experiences of Older Men in English Prisons”, *Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 44, nº 4 (2005), pp. 345-356, p. 348; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota nº22, p. 3). De hecho, pareciera ser una cuestión de óptica, pues aisladamente los aumentos parecen significativos, pero se invisibilizan en una perspectiva general por el hecho de que son y siguen siendo muy pocos casos (ADAMS, “The incarceration”, cit. nota nº 23, p. 468; ADAMS, “The intersection”, cit. nota nº 18, p. 1343; ADAY, “Golden years”, cit. nota nº23, p. 53; FAZEL, Seena; GRANN, Martin, “Older criminals: descriptive study of psychiatrically examined offenders in Sweeden”, *International Journal of Geriatric Psychiatry*, nº17 (2002), pp. 907-913, pp. 907 y 912; ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota nº 12, p. 174). En cualquier caso, y dentro de ese margen, el aumento se califica como “sostenido”. Véase CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, p. 8); CRAWLEY, Elaine, “Institutional Thoughtlessness in Prisons and Its Impacts on the Day-to-Day Prison Lives of Elderly”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21 (2005), pp. 350-363, p. 351; GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota nº4, p. 2; FAZEL, Seena; HOPE, Tony; O’DONNEL, Ian; JACOBY, Robin, “Unmet Treatment needs of older prisoners: a primary care survey”, *Age and Ageing*, Nº 33, Vol. 4 (2004), pp. 396-398, p. 396. Otros autores destacan otros factores que inciden en dicho incremento, como el aumento general del delito (ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota nº 12, p. 182; y HOWSE, *Growing Old*, cit. nota nº 24, p. 6 y ss. (con estadísticas específicas referidas a la realidad de Reino Unido), la mayor visibilización que hoy en día tiene este segmento (ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota nº 12, p. 182) y el hecho de que los análisis suelen basarse en aproximaciones fragmentadas. Hay que tener en cuenta finalmente que la existencia de instancias informales que evitan la condena o la privación de libertad ha contribuido asimismo a reducir este conjunto de condenados en forma artificial (YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota nº4, pp. 124 y 125).

²⁵Sobre cómo esa caracterización ha ido mutando véase MOBERG, David, “Old age and crime”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 43, nº6 (1953), pp. 764-776, pp. 768 y 769, donde se podrá apreciar que no es un factor de incidencia relevante.

²⁶ADAMS, “The incarceration”, cit. nota nº 23, pp. 469 y 470; ADAMS, “The intersection”, cit. nota nº 18, p. 1332 y 1333; BRANK, “Elder research”, cit. nota nº 23, p. 707; RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota nº 23, p. 150; RENART, “El tratamiento”, cit. nota nº 4, p. 895; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota nº22, p. 4; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota nº4, p. 11; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*,

prolongación que han experimentado las condenas de encierro en el sistema penal en general²⁷. En concreto uno de los fenómenos expansivos del derecho penal que caracteriza a las últimas décadas apunta al uso de penas más rigurosas por delitos comunes y -sobre todo más extensas²⁸- y al establecimiento de restricciones en el acceso a formas de cumplimiento alternativas a la privación de libertad efectiva (p. ej. mediante restricciones de acceso al régimen de libertad condicional)²⁹, provocando un aumento en la extensión material del tiempo que los condenados permanecen en prisión. En este contexto, la atención que ha provocado el tema aparece estrechamente vinculada a una preocupación de orden pragmático, referida fundamentalmente a los elevados costos que supone la mantención de los “presos viejos” al interior de la prisión y a los numerosos problemas que supone en materia de gestión y administración penitenciaria, empalmando sólo de forma secundaria con la mayor relevancia que hoy en día se atribuye a los temas propios del adulto mayor (como “temática emergente”). Así se explica porqué buena parte de los razonamientos y propuestas se desarrollan a través de medidas informales o que se recurra en forma preponderante al uso de institutos de carácter general (obviando con ello los caracteres particulares que propone su tratamiento específico) como también el que buena parte de las justificaciones tiendan a conectarse con aspectos que parecen más bien pedestres, asociados -como señalamos- a la gestión, administración o a los costos que supone su permanencia en prisión.

Frente a esta realidad consideramos necesario poner el acento en dos órdenes de problemas específicos que en buena medida explican la dispersión e incertidumbre que reina en torno a la forma como se debe abordar esta temática en particular, y que probablemente se

cit. nota n° 19, p. 69. El fenómeno de envejecimiento de la población es de larga data, y cuenta con precedentes históricos en el Siglo XIX y a mediados del siglo XX. Al respecto véase MOBERG, “Old age”, cit. nota n° 26, p. 766.

²⁷ Sobre esta base YORSTON / TAYLOR, “Commentary”, cit. nota n° 13, p. 333 sostienen que solo ha aumentado la representación carcelaria de los adultos mayores, pero no la cantidad de delitos que cometen, constituyendo preferentemente “delincuentes históricos”, condenados a largo tiempo por delitos cometidos hace ya muchos años (véase CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 5 y 6).

²⁸ Se destacan en general como “fenómenos políticos proclives al encarcelamiento masivo” (ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 69) ocupando un lugar preferente las reformas implementadas en California en torno a las llamadas leyes de “three strikes”. Al respecto véase ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 475; AHUERHAHN “Selective incapacitation”, cit. nota n° 13, p. 353, 355 y 359; BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 708; CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n° 25, p. 351; FAZEL y GRANN, “Older criminals”, cit. nota n° 25, p. 913; GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 686; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 1; MORTON, Joann, *An administrative overview of the older inmate*, National Institute of Corrections, 1992, en <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=144056> [visitado el 26.02.2018], p. 2; ZIMBARDO, Philip, *Transforming California's prisons into expensive old age homes for felons: Enormous hidden costs and consequences for California's Taxpayers*, Report of Center on Juvenile and Criminal Justice, 1994, en http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/transforming_californias_prisons_into_expensive_old_age_homes_for_felons.pdf [visitado el 26.02.2018], pp. 3 y ss. (con análisis detallado).

²⁹ Con relación al cierre o restricciones en el acceso a regímenes de libertad condicional ADAY, “Golden years”, cit. nota n° 23, p. 53; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 5; GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 687; GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n° 4, p. 3; ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, pp. 175 y 187. En USA se constata además que el largo proceso de espera de la ratificación y apelaciones por casos de pena de muerte también contribuye al incremento de esta población en particular (GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 693 y 697).

originan en el excesivo pragmatismo y sentido de urgencia que hemos descrito. En primer lugar, consideramos que en la generalidad de los casos se asume el tratamiento a partir de una inadecuada configuración del supuesto problemático que propone naturalmente la privación de libertad de un adulto mayor. A partir de ello, se estructuran razones o fundamentos igualmente inadecuados, que suelen resultar genéricos o insuficientes para lograr el objetivo de configurar un auténtico motivo o una justificación. En concreto, es indispensable tener en cuenta que la constatación de patologías que provocan efectos inhabilitantes asociados a la salud física o mental del preso propone una problemática diversa a la que sugiere la sola condición que es propia de la vejez, al margen de la mayor probabilidad de advertir dichos padecimientos en esta franja etárea. Con ello, es posible sostener que si la razón para adoptar medidas excepcionales radica en dichos padecimientos éstas deberán tener lugar con total independencia de la edad que pueda tener el preso. Al mismo tiempo lleva a sostener que la privación de libertad podría llegar a ser compatible con la condición que presenta el adulto mayor que no las padece, a menos, claro está, que lo sugieran otras variables (distintas), siendo necesario analizarlas. En este último caso, la aplicabilidad de razones diversas, centradas exclusivamente en el estado de deterioro que supone dicha condición (auténticamente “geriátrica”), debiesen motivar la adopción de éstas mismas u otras medidas orientadas a “adaptar” la condena -o, en su caso, se debe descartar su suficiencia a dichos efectos- las que debiesen operar con total independencia de la constatación o ausencia de condiciones patológicas. Se podrá advertir que lo relevante en el fondo es que se trata de supuestos que dan lugar a análisis y fundamentos diferenciados, de conformidad con el mérito que ofrezcan o puedan ofrecer sus respectivos presupuestos problemáticos, pues el rendimiento de las razones esgrimidas para motivar un tratamiento diferencial dependerá del tipo de conflicto o problema que se sugiera en cada caso en particular. Así, por ejemplo, si se trata de un caso que propone un problema asociado a salud del preso, su configuración tomará la forma de un conflicto de derecho que se estructura a partir de la contraposición en que quedan las garantías correspondientes (asociadas a su salud individual) y las obligaciones asociadas a la satisfacción de la condena, que por ello debiera ser resuelto bajo una dinámica de ponderación de los intereses que se enfrentan en un contexto de necesidad. Visto de esta forma las razones asociadas a los fines de la pena necesariamente aportarán en un segundo plano, en tanto no resultan suficientes por sí mismos para resolver la cuestión planteada en forma autónoma. Asimismo, se debe tener en cuenta que la fisonomía es diversa cuando se trata de padecimientos que afectan de forma relevante a la salud mental de los condenados o cuando tienen carácter indefinido o, en su caso, terminal, pues en todos esos casos se pueden constatar incidencias concretas y específicas en el sentido o significado de la pena que resta por cumplir.

Por otro lado, también es posible advertir que algunas de estas consideraciones, del todo usuales, presentan serias deficiencias para configurar una auténtica razón o justificación pues su contenido no se muestra idóneo o suficiente a dichos efectos. Así sucede, por ejemplo, con los argumentos asociados al mayor gasto público que supone la permanencia de los adultos mayores en prisión, principalmente pues se trata de razones que se mueven en un ámbito del todo ajeno a consideraciones de valor, que es plano en el que se plantean y desarrollan las respectivas problemáticas tanto en nuestro medio como en aquellos que

resultan más afines culturalmente³⁰. Así también sucede con el recurso a razones “humanitarias” -predominante en el contexto latinoamericano- tanto por la ambigüedad e indeterminación del contenido subyacente a dicha noción, la poca seriedad con se argumenta a estos efectos³¹, y por el escaso rendimiento o funcionalidad que ofrece para estructurar argumentos decisivos o concluyentes en ámbitos que no sean extremos o absolutamente excepcionales, cuando los supuestos denotan una contradicción flagrante con aquello que representa el respecto esencial a la humanidad de los individuos³².

El recurso a caracteres esenciales de la personalidad, a la compasión o a otros contenidos, sentimientos o emociones equivalentes sólo aportan un límite en relación a casos que se ubican más allá del desarrollo que es considerado como regular, natural o adecuado, resultando por ello idóneos para configurar un criterio diferencial en torno a casos que se ubican estrictamente fuera del límite de “lo normal” (como sucede por ejemplo en relación a los privados de libertad que presentan una condición “terminal”), lo que no permite abarcar todos los casos asociados a la condición de los adultos mayores. Así se explica que resulten idóneos para configurar fórmulas de carácter facultativo o ampliamente discrecionales (como válvulas “abiertas” o “prudenciales”), que los efectos asociados a su mérito suelen también identificarse como liberalidades o beneficios y no como “derechos” (de los que pueda reclamarse una auténtica garantía), y que tengan vocación de ser administrados al margen de su vinculación con criterios de racionalidad o igualdad, ajenos por ello a contraste, validación o siquiera a las exigencias argumentativas mínimas que debiesen respaldar cualquier tipo de resolución sujeta a ponderación³³.

Por todo lo señalado, creemos que para avanzar en razones y formas de reaccionar frente a estos casos es indispensable asumir un desarrollo que aborde en forma separada cada uno de los supuestos problemáticos, diferenciando el tratamiento que cabe asignar a las situaciones estructuradas en torno al padecimiento de condiciones patológicas que inciden

³⁰ De hecho, se trata de una línea argumental desarrollada en modelos fuertemente influenciados por la idea de que la administración de la privación de libertad se debe resolver con base en criterios de “incapacitación selectiva”, como destaca GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 686.

³¹ Hay que tener en cuenta que es usual que estas apelaciones se utilicen a estos efectos en forma algo apresurada, pues se basan en el estado de los recintos carcelarios, en el hacinamiento u otros aspectos del régimen penitenciario que son comunes a todos los presos, y que por ello no llevan a sostener medidas especiales respecto de este segmento en particular de la población penal. Al respecto véase ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, pp. 130 y ss.

³² No suelen dar lugar a auténticas “reglas de carácter excepcional”, integradas en propiedad dentro del campo del derecho justo, ocupándose más bien de situaciones que constituyen “excepciones a la regla”. Al respecto, véase la explicación que propone Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona (España): José María Bosch, 2002, pp. 259 y 260) acerca de su contenido y rendimiento limitativo o “garantístico”. Asimismo, véase con mayor precisión aun PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad*, segunda edición corregida y aumentada, Santiago (Chile): Thomson Reuters, 2014, pp. 299 a 301.

³³ El propio derecho penal ofrece un ejemplo ilustrativo pues, al margen de reconocimiento de dichos contenidos como un criterio regulativo de aplicación general -que se expresa en el llamado “principio de humanidad de las penas”- dicha noción es identificada históricamente como una de las razones para el uso del indulto particular, cuya administración se sujeta (por lo mismo) exclusivamente a la responsabilidad política. Visto desde esta perspectiva se ha llegado a sostener que “*el indulto por razones humanitarias puede ser la mejor opción*”. Al respecto véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 48 y 186.

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

en la salud física o mental de quienes se encuentran en prisión de aquellos otros casos que se vinculan a la condición de vulnerabilidad que es propia del “adulto mayor”. Abordaremos en lo que sigue el tratamiento de cada uno de estos casos en forma particular siguiendo precisamente el orden señalado, finalizando con una necesaria referencia a las características particulares que ofrece la discusión -escasa- que al respecto ha tenido lugar en nuestro medio nacional.

2. Condiciones de salud, condena y Derecho penal.

2.1. Enfermedad, prisión y adulto mayor. Cuestiones generales

Los casos en que un condenado padece alguna patología de carácter físico o mental resultan problemáticos en la medida que sus efectos o las necesidades asociadas a su tratamiento presenten características que resulten incompatibles con el desarrollo de la vida en prisión, en tanto proponen una relación de tensión entre las necesidades que demanda el respeto y protección de su salud y la necesidad de satisfacer la condena. De esta forma se trata de situaciones configuradas en torno a la contraposición de dichos intereses que debe ser resuelta en términos ponderativos.

No obstante, hay que tener presente que se trata de una controversia que no suele ser asumida como particularmente traumática siendo en general resueltas –actualmente y en términos históricos- en favor de las atenciones que demanda la salud del condenado. Para ello se considera prioritario el compromiso de una garantía individual teniendo en cuenta su reconocimiento constitucional y el hecho de que no constituye un aspecto que deba ser restringido a partir del contenido o de las restricciones que supone el cumplimiento de una pena privativa de libertad³⁴. Sobre esa base los sistemas jurídicos suelen contar con mecanismos que habilitan y favorecen la plena aplicabilidad de los procedimientos paliativos y curativos que correspondan, aun y cuando ello suponga exceptuar al condenado del cumplimiento efectivo del encierro o del correspondiente régimen. Por ello, su aplicación en caso alguno va acompañada de una suspensión en el cómputo del tiempo de encierro que el condenado debe satisfacer; ni puede dar lugar a una aplicación estricta de las obligaciones o características que definen el desarrollo ordinario de la vida en prisión; no pueden servir de base para una evaluación insatisfactoria respecto a dichas obligaciones, ni menos aún es legítimo considerar dichos imperativos para rechazarlas u omitirlas. En este sentido nadie objeta el acceso al correspondiente tratamiento respecto de cualquier preso que deba ser sometido a una intervención quirúrgica, debiendo computarse el periodo de permanencia hospitalaria como si se tratara de la satisfacción efectiva de la privación de libertad y debiendo exceptuarse de la satisfacción de las obligaciones del régimen durante el respectivo periodo de convalecencia. Lo propio sucede si un preso requiere ser sometido a diálisis varias veces a la semana -por ejemplo- y cuando debe desplazarse a un centro

³⁴Al respecto, por todos, GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 686 a 688 (con detalle en pp. 691 y ss.); GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 6. El punto es tan claro en Estados Unidos que constituye un argumento que se utiliza para rechazar el acceso a la libertad condicional de adultos mayores por esta razón si no hay cómo asegurar la atención de salud requerida en el medio libre. Sobre ello véase ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, p. 193.

hospitalario donde se le pueda brindar la atención médica que requiera en forma periódica por cualquier otro motivo semejante³⁵.

Esta conclusión parece absolutamente lógica si tenemos en cuenta el peso relativo de los intereses en conflicto y la plena vigencia de los derechos y garantías asociados a la salud del condenado en el contexto de la prisión (incluyendo su salud física y mental) toda vez que su restricción no forma parte del contenido afflictivo que conlleva su ejecución³⁶. Pero además –y tal vez lo más importante- se favorece por el hecho de que el condenado preso se encuentra en una relación de sujeción especial con el Estado que emana del sometimiento a una reacción institucional (la pena) que ha sido resuelta unilateralmente por este último, de forma que toda omisión de servicio asociada a la administración de sus condiciones básicas admite ser leída como una infracción a un deber de cuidado de carácter específico, con todas las consecuencias que ello origina en materia de responsabilidad³⁷.

Ahora bien, al margen de este contexto básico, algunos supuestos más específicos suelen ofrecer problemáticas más complejas de resolver pues se trata de casos cuyos caracteres dan cuenta de un estado que resulta “incompatible” con la vida en prisión en forma permanente. En dichos casos se cuestiona por ello la propia continuidad, regularidad y el sentido que puede predicarse de la ejecución de la sanción (y, con ello, a esta misma) pues la aplicación del criterio de base señalado previamente daría lugar a una virtual “suspensión” indefinida del régimen afflictivo, lo que equivale -en los hechos- a su término. Así sucede cuando el padecimiento se vincula a afecciones crónicas que provocan efectos permanentes o indefinidos de carácter inhabilitante, con aquellas que presentan carácter terminal y con aquellas que inciden en la salud mental del condenado provocando severos efectos en su capacidad de comprensión o desempeño autónomo. Se trata precisamente del

³⁵ En el derecho chileno se cuenta con reglas que dan cuenta de lo señalado. En efecto, el art. 35 del Decreto 518 de 1998 del Ministerio de Justicia que contiene el “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios” dispone que: “*Excepcionalmente el Director Regional podrá autorizar la internación de penados en establecimientos hospitalarios externos, previa certificación efectuada por personal médico del Servicio que dé cuenta de alguna de las siguientes situaciones: a) Casos graves que requieran con urgencia, atención o cuidados médicos especializados que no se pueda otorgar en la unidad médica del establecimiento.*”. Incluso más se prevé que “*(...) si la urgencia lo amerita*” será “*el Jefe del Establecimiento (quien) podrá autorizar la salida, lo que deberá ser ratificado por el Director Regional, dentro de las 48 horas siguientes.*”. La misma regla se aplica también, según detalla la misma disposición, “*b) Cuando el penado requiera atenciones médicas que, sin revestir caracteres de gravedad o urgencia, no puedan ser prestadas en el establecimiento.*”. en forma complementaria se establece en la disposición siguiente (art. 37) que “*La duración de la internación de los penados en recintos hospitalarios externos, será determinada por el personal médico de Gendarmería de Chile, el que realizará o solicitará evaluaciones de la salud del interno con la periodicidad que el caso amerite.*”

³⁶ Se considera en forma adicional que en la mayoría de los casos no es posible atribuir al propio condenado la ocurrencia misma del padecimiento (obviando los casos de autolesión y de agresión provocada) y que buena parte de esos padecimientos se generan o incrementan por las propias condiciones que ofrece el régimen penitenciario. BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 708; GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 688.

³⁷ Por todo, véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4 (p.145). Lo dicho se ratifica en el caso chileno en el texto del inciso segundo del art. 6° del Decreto 518 de 1998 del Ministerio de Justicia que contiene el “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, en cuanto señala que “*La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal.*”.

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

tipo de casos que concentran las discusiones relativas a los problemas de salud que enfrentan los adultos mayores en prisión y que necesariamente requieren ser abordados, acorde a los caracteres de la problemática que encierran, en forma separada.

2.2 El supuesto de base en el adulto mayor: Padecimientos inhabilitantes de carácter crónico o indefinidos

Nos haremos cargo en primer lugar de las situaciones referidas a padecimientos que presentan caracteres crónicos o inhabilitantes de carácter indefinido que demandan una atención paliativa o curativa de cierta intensidad. El factor relevante que determina lo problemático de dichos supuestos se asocia a la constatación de la incompatibilidad permanente que dicho padecimiento propone para la satisfacción del correspondiente régimen de privación de libertad, sea a partir de sus caracteres y efectos propios o a consecuencia del tratamiento que corresponde aplicar. Se trata de supuestos problemáticos que se configuran bajo el esquema de una colisión de intereses enfrentados en un contexto de necesidad, donde el carácter insalvable que se atribuye al dilema obliga al sacrificio de uno de ellos, cuestionando con ello las funciones y fundamentos que respaldan la aplicación de la correspondiente sanción (penal).

Desde este punto de vista, una primera mirada llevaría a entender que la alternativa más idónea para compatibilizar los intereses en conflicto radica en la opción de privilegiar el uso de recintos, unidades o secciones específicas al interior de los establecimientos penales, pues de esta forma se lograría brindar las atenciones e intervenciones requeridas al interior de la prisión. No obstante, una mirada un poco más profunda lleva naturalmente a inclinar la balanza en un sentido diverso.

Hay que tener en cuenta en primer lugar que en múltiples ocasiones será igualmente necesario tener que recurrir a alternativas de tratamiento presentes en el medio libre, pues ya hemos visto que en caso de conflicto la priorización siempre está centrada en las necesidades que demanden las atenciones de salud. De esta forma en todos aquellos casos en que dichos recintos no ofrezcan condiciones idóneas o compatibles con el tratamiento correspondiente deberán abrirse las puertas para habilitar al correspondiente tratamiento. La pretensión de evitar dicho desenlace pasa por un reforzamiento de las atenciones disponibles al interior de la prisión que no solo demandarían un importante esfuerzo económico para el servicio penitenciario -superior en cualquier caso al desarrollo normal- sino que probablemente redundarán en una oferta poco eficaz y –lo más importante- deficitaria desde el punto de vista técnico. Hay que tener en cuenta la enorme dificultad que suele advertirse en los recintos penales para satisfacer los estándares de calidad que requieren las intervenciones en el ámbito de la salud³⁸, en tanto se trata de prestaciones

³⁸ A pesar de los esfuerzos, es un hecho que las condiciones de las instalaciones de salud al interior de las cárceles no son las mejores, siendo calificadas en general como lentas y de mala calidad. El propio acceso a plazas y turnos es muy deficitario, incluso respecto de padecimientos menores, lo que aplica también a la atención que reciben los ancianos. Al respecto véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 177. En ocasiones, además, impactan negativamente en el servicio general pues es habitual que la atención de los adultos mayores cope las plazas disponibles, generando una imagen que se asemeja más a un “hogar de ancianos” más que a “enfermerías”. Sobre todo ello véase ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, pp. 178 y 185.

completamente ajenas a su giro específico, dispuestas en un contexto poco funcional o adecuado, que afectan incluso a aquellas que responden a necesidades de atención de carácter habitual, cotidianas y de emergencia³⁹.

Si bien la opción de recurrir a la oferta pública de salud plantea importantes desafíos asociados a la administración y gestión de procesos (en la medida que suponen el despliegue de acciones que resultan ajenas a la función propia de los servicios de prisiones) es claro que conllevan esfuerzos considerablemente menos complejos a los que supondría la incorporación de dicha oferta en el campo de su giro cotidiano, aun y cuando se llegue a desarrollar en unidades o recintos especiales. De esta forma, por razones de gestión y de atención en salud parece preferible concentrar los esfuerzos de la administración penitenciaria a la realización de traslados periódicos o permanentes y en la implementación de medidas de seguridad especiales para el acceso a los sistemas generales de salud, en lugar de transformar dichos recintos especiales en auténticos “hospitales”, en tanto dedicados fundamentalmente a brindar servicios de salud.

Por esto mismo, su consideración parece poco sensata desde la perspectiva de una adecuada gestión pública, máxime cuando se asocia -por ejemplo- a procedimientos demasiado específicos o que demandan una elevada tecnificación (e, inclusive, en aquellos casos que suponen actuaciones que alteran sustancialmente la rutina propia del servicio). En torno a estos casos -que parecen propios del supuesto que nos ocupa- todo indica que resulta preferible la opción de recurrir al sistema público de salud, tanto por razones de gestión o de buen servicio como por motivos asociados a la calidad y pertinencia de las prestaciones correspondientes, determinación que necesariamente atiende a criterios de racionalidad administrativa (asociados a la “complejidad” o “especificidad” de las correspondientes intervenciones).

Este análisis de contexto lleva a cuestionar la conveniencia de priorizar la satisfacción de los fines asociados al cumplimiento de la sanción, favoreciendo la consideración de espacios de excepción al régimen de cumplimiento, aun y cuando ello suponga dar lugar a una modificación más drástica y de carácter indefinido o perpetuo. Desde esta perspectiva, resulta sensato concluir que las intervenciones y procedimientos que puedan brindarse al interior del correspondiente recinto penal deban incidir en las modificaciones necesarias de considerar sobre las condiciones propias del régimen de penitenciario (horarios, asistencia a programas o actividades, etc.), mientras que en aquellos casos en que ello no fuese posible se debieran considerar medidas o modalidades de cumplimiento que fuesen compatibles con los procedimientos y tratamientos correspondientes, aun y cuando supongan la sustitución del régimen de encierro por uno que se ejecute en el medio libre. De fondo, lo

³⁹Hay que considerar además que existen constancias que dan cuenta de que las atenciones o siquiera el control y asistencia propiamente geriátrico también es deficitario, inclusive en recintos o unidades especiales (YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 105). De hecho, en diversas evaluaciones se constata que el mayor problema -y preocupación- se vincula a la atención de las necesidades o requerimientos de salud de los condenados mayores lo que, en particular, se vincula a la escasez o ausencia de ciertos tratamientos y a un notable déficit generalizado de periodicidad. A este respecto se deja también constancia que esta población demanda un riguroso control periódico que raras veces se cumple. Al respecto ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 106.

relevante es tener en cuenta que en dichos casos la vigencia formal de la pena a cumplir no pasará de ser una apariencia carente de correlato práctico a nivel material, pues, en los hechos, el desarrollo de la rutina del condenado será la propia de una modalidad alternativa de cumplimiento que se desarrolla prácticamente en libertad. En ese contexto las alternativas posibles de implementar son solo dos (obviando la que consiste en omitir el correspondiente tratamiento): mantener o perpetuar dicho régimen “virtual” o disponer medidas que habiliten a su reemplazo formal, gozando esta última de las ventajas que aporta una mejor adecuación entre el sentido que ofrece la sanción y la realidad que conlleva su aplicación práctica.

Hay que tener en cuenta que este componente cobra especial significación a efectos de valorar el sentido que se asigna a la ejecución de la pena, teniendo en cuenta que las funciones asociadas a dicho hito suelen vincularse a efectos que se valoran o desarrollan a partir del contenido que ofrece la materialidad de la sanción y no a partir de la mera declaración formal que “dispone” su imposición. En este sentido, basta advertir que carece de racionalidad sostener que la pena intimida, disuade, resocializa o contiene a partir del acto declarativo que la sostiene, al margen o con independencia de lo que suceda o se proyecte para su ejecución⁴⁰. Y lo propio sucede con el sentido retributivo que le corresponde servir. Hay que tener en cuenta que la sujeción de un enfermo de estas características a un régimen privativo de libertad conlleva la imposición de un contenido aflictivo comparativamente superior al que supone esta misma consecuencia en una persona sana, pues su padecimiento suele desencadenar efectos concretos que se traducen en una sensible merma en las condiciones físicas y psicológicas de quien las padece. Estas mismas condiciones, además, determinan una reducción en las necesidades preventivas que conlleva la intervención penal, especialmente si se tiene en cuenta que constituyen condiciones que inciden sensiblemente en la valoración de un potencial riesgo de reiteración delictiva, tal como profusamente se ha sugerido en el seno internacional. En este contexto resulta complejo sostener que la aplicación de un régimen sustitutivo del encierro podría llegar a proponer un déficit en la satisfacción de las funciones preventivas o retributivas de la sanción, pues dicho efecto -en su caso- sólo podría atribuirse a condicionantes que ofrece el correspondiente padecimiento o su tratamiento, pero no al efecto que conlleva la modificación formal de la condena.

Sobre esa base entendemos que las regulaciones debieran considerar para este tipo de casos, algún tipo de modalidad o instancia específica que habilite a la conmutación de la prisión efectiva por un régimen de reclusión parcial (que permita, por ejemplo, requerimientos diurnos de atención médica, terapéutica o paliativa), de arresto o reclusión domiciliaria o, en su caso, por un régimen de libertad controlada (siendo a dichos efectos idóneo el mecanismo que ofrece la libertad condicional), al menos cuando se trate de casos en que se constate un padecimiento que cumpla las características reseñadas (asociada a patologías crónicas o inhabilitantes, de carácter permanente o indefinido, que demanden una atención paliativa o curativa de carácter especial que resulte incompatible con la satisfacción del

⁴⁰La pena provoca sus efectos y cumple sus funciones (intimida, disuade, reinserta, contiene, responsabiliza o retribuye) a partir de la aflicción que supone su padecimiento. Al respecto, de forma general, véase JAKOBS, Gunter, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid (España): Thomson-Civitas, 2006, pp. 129 - 166.

régimen que conlleva la privación de libertad o que al menos suponga una modificación drástica en las condiciones de cumplimiento).

Ahora bien, el que el señalado supuesto se haya considerado particularmente relevante cuando compromete la situación de adultos mayores privados de libertad pareciera vinculado a dos órdenes de consideraciones. Por un lado, el asumir que su condición física contribuye naturalmente a hacer más sólido el mérito de las razones que llevan a priorizar los requerimientos que demanda la atención de su salud, teniendo en cuenta que dicha condición supone un estado físico y mental deteriorado y degenerativo. Por otro, el que su avanzada edad haría menos traumática la adopción de medidas que impliquen una modificación o relajación del encierro, teniendo en cuenta que en dichos casos es mayor la probabilidad de que en condenas de larga duración no se llegue en caso alguno a cumplir la totalidad de la sanción.

No obstante, ninguna de esas consideraciones pareciera generar incidencias relevantes en la valoración de dichos supuestos. En este sentido, es correcto entender que buena parte de los caracteres definitorios del adulto mayor se asocian con determinados padecimientos, enfermedades o discapacidades que pasan a ser entendidas o interpretadas como condiciones propias de la vejez, pero ello no implica que la sola constatación de que se ha cumplido una avanzada edad amerite por sí misma la acreditación de una “condición patológica”, ni tampoco lleva a suponer -a la inversa- que la presencia de un padecimiento o aflicción de salud relevante sea una condición característica o privativa del adulto mayor⁴¹. De esta forma, bajo la primera de esas perspectivas el solo dato que aporta el envejecimiento o el cumplimiento de una determinada edad no ofrece por sí mismo un supuesto idóneo para fundar un tratamiento diferencial bajo perspectivas como las señaladas, lo que si ocurriría de constatare un estado patológico que lo justifique aun tratándose de personas que no admitan ser calificadas como adultos mayores. Con ello, dicha condición agota su relevancia en el plano estadístico, en tanto presentan efectivamente una mayor probabilidad de padecer patologías que cumplan con los caracteres antedichos⁴². Por esta misma razón, tampoco parece relevante considerar razones

⁴¹Como destaca KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Las personas ancianas en la jurisprudencia Argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n°1 (2006), pp. 37-68, pp. 47 y 53, no es correcto sostener que “la ancianidad no debe identificarse con enfermedad ni es sinónimo de la misma”.

⁴²No se puede discutir que la condición del adulto mayor favorece la presencia de enfermedades en cuanto se caracteriza por condiciones físicas que generan una mayor propensión a su padecimiento (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 8; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 66). De hecho, se sostiene que el 80% de los adultos mayores padece una o más patologías crónicas, sin siquiera considerar el factor adicional que supone su vida en prisión (ZIMBARDO, *Transforming California's prisons*, cit. nota n° 29, p. 5), y también se sostiene que la mayoría presenta una media de tres enfermedades crónicas (ADAY, “Golden years”, cit. nota n°23, p. 47). Destacan, como más frecuentes, las enfermedades metabólicas, las patologías de origen cardiovascular, osteoarticulares y, en el campo de la salud mental, los cuadros depresivos y de ansiedad. Al respecto BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 702 (quien agrega asimismo déficits asociados a audición y visión); UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 61; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 178; ZIMBARDO, *Transforming California's prisons*, cit. nota n° 29, pp. 5 y 6. Lo relevante de todo ello es que el padecimiento crónico de dichas enfermedades no va aparejado necesariamente de caracteres de gravedad o efectos que sean coincidentes con aquellos que motivan el tratamiento excepcional reseñado, lo que confirma que no existe una relación directa entre ancianidad y

asociadas al tiempo que resta para cumplir efectivamente la sanción ni atender de cualquier forma a su duración en general, pues los efectos que hemos destacado en cuanto a las funciones preventivas o retributivas de la pena se hacen presente en igual medida cualquiera sea el tiempo que reste para la satisfacción de la condena. El que la sustitución de la condena parezca menos traumática cuando la perspectiva de futuro es menos prolongada (cuando resta menos de pena por cumplir), no es más que un efecto asociado a percepción, al menos si se tienen en cuenta las específicas modificaciones que este tipo de padecimientos provocan en el sentido y función de la condena.

2.3. Consideraciones relativas al padecimiento de una enfermedad de carácter “terminal”

Los casos configurados en torno al padecimiento de patologías que tienen carácter terminal merecen una consideración distinta y especial, pues la concurrencia de un pronóstico de tales características propone una problemática diversa que por ello da lugar a consideraciones que también lo son. Hay que tener en cuenta en primer lugar que dicha condicionante no plantea un estado que resulte en sí mismo problemático para el contexto que ofrece el cumplimiento de una pena de prisión, al margen de los efectos que puede provocar en el estado de salud del condenado. De esta forma su valoración autónoma carece de los caracteres que llevan a los efectos sostenidos en el apartado precedente, debiendo por ello ser analizados en torno a un tópico diverso.

En este sentido, hay que advertir que desde antiguo se ha considerado que la decisión consciente de permitir que un condenado “pase sus últimos días de vida en la cárcel” constituye un acto de crueldad, algo en sí mismo “inhumano” o como una auténtica tortura, lo que lleva a sostener que supone un padecimiento que resulta incompatible con las consideraciones mínimas que cabe brindar a cualquier individuo. Este razonamiento lleva a justificar mecanismos que permitan la liberación de los condenados que enfrentan dicha situación, a fin de que puedan “pasar sus últimos días” fuera de la prisión. Dicho rol se satisface a través de la llamada “liberación compasiva” -generada a estos efectos en los Estados Unidos- o preferentemente a través del uso del indulto particular⁴³, lo que confirma que se la define como un caso “absolutamente excepcional” que obedece a una lógica “de extremos”, ratificando de paso la adecuación del recurso a lo “humanitario” como base de sustento. Lo mencionado lleva a advertir la irrelevancia de cualquier otra consideración, como el tipo de delito que justifica la condena, la cercanía con el inicio de la ejecución o la propia edad del condenado, incluyendo en ello el hecho de que eventualmente sea un adulto mayor. Las afirmaciones antedichas se sostienen, de hecho, con total independencia de dicha condición, la que solo aporta en términos de certeza o entidad, en tanto permite advertir en forma más nítida el carácter cruel o inhumano que supone dicho padecimiento.

dichos supuestos (al margen de lo dicho en cuanto a probabilidades).

⁴³ En este sentido GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 689 (especialmente en lo referido a la llamada liberación compasiva); ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, p. 192; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 86. Lo propio sucede con el uso de la libertad condicional en casos relativos al padecimiento de enfermedades terminales en fases avanzadas. Al respecto véase ADAMS, “The intersection”, cit. nota n° 18, p. 1351.

Lo señalado suele corresponder a un consenso y no pretendemos controvertirlo. Solo quisiéramos llamar la atención sobre lo incompleto que resulta el tratamiento propuesto si se tiene en cuenta las características y problemas que ofrece este caso en particular, lo que probablemente se debe al sentido de urgencia o el carácter excepcional que es propio del recurso a “razones humanitarias”. La lectura expuesta se conforma con la constatación de que la muerte no se debe producir en prisión -entendida como hito o “como un momento” en términos estrictos-⁴⁴, sin advertir que el sentido de humanidad que la inspira pareciera insuficiente para decir algo respecto de buena parte del tiempo en que el condenado se enfrenta a su vida en la cárcel bajo los efectos irreversibles de una patología de estas características⁴⁵. Lo importante es que también tiene relevancia analizar los efectos o el padecimiento que supone la “agonía en prisión” -y no la “inminencia de la muerte”- teniendo en cuenta que la constatación de un diagnóstico de carácter terminal también genera incidencias que alteran el sentido o significado de la pena que el condenado debe cumplir⁴⁶.

Lo relevante es tener en cuenta que la cárcel deja de ser finita para un enfermo terminal, incorporando con ello los efectos propios de la falta de proyección de vida que supone la sujeción a un régimen de prisión virtualmente perpetuo. Esta constatación no solo incide (“altera”) en la dimensión significativa de la sanción, sino que incide concretamente en el margen de afflictividad que su satisfacción supone en cuanto sanción. Ello es así pues el hecho de que el encierro se desarrolle al margen de cualquier oportunidad de recuperar la libertad no solo anula toda opción asociada a la idea de reinserción (incluyendo aquellas que en términos muy básicos asimilan dicho concepto a la sola recuperación de la libertad) sino que supone -además- un padecimiento que conlleva la pérdida absoluta de la vida en libertad y, con ello, de las posibilidades de autodeterminación, reflejando un desvalor que resulta asimilable a una autentica condena de interdicción. Así se explica porqué en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que consideran condenas perpetuas se reserve el uso de este tipo de sanciones para los crímenes de mayor gravedad y que en otros se encuentren formal o virtualmente abolidas (por la consideración generalizada de la libertad condicional). De esta forma, no parece que la previsión y aplicación de dichos efectos se encuentre justificada en relación a hipótesis que no ameritan -conforme a la valoración legislativa- esta especial gravedad, de forma que en aquellos casos en que se pueda advertir dicha distorsión (de facto) procedería considerar mecanismos idóneos para incorporar una adecuación.

Hay que tener en cuenta, en cualquier caso, que el desarrollo de esta línea argumental conlleva límites estrictos asociados a sus propios contenidos o elementos de sustento, de forma que carece de mérito para favorecer algún tipo de modificación en el régimen de

⁴⁴En efecto, se trata de argumentos que suelen estar vinculados a un padecimiento en condiciones de desarrollo extremas o muy avanzadas, habilitando -en términos prácticamente literales- a que los condenados pasen “*sus últimos días*” fuera de la cárcel. En este sentido ADAMS, “The intersection”, cit. nota n° 18, p. 1351; ORNDUFF, “Relasing”, cit. nota n° 12, p. 192.

⁴⁵En un sentido equivalente ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires (Argentina): Ediar, 2005, pp. 950 y 951.

⁴⁶Este mismo criterio se sostiene en los fundamentos y en las reglas propuestas recientemente en Chile en el Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad” (boletín n° 11.569-07) y al cual nos referiremos más adelante.

cumplimiento de la prisión cuando no es posible advertir la provocación de una distorsión equivalente a la señalada. En concreto, no permite favorecer medidas destinadas a brindar un tratamiento especial para quienes se encuentran condenados a una pena que supone un padecimiento equivalente, esto es, uno que formal o materialmente tenga esta misma perspectiva perpetua, lo que sucede específicamente con quienes deben satisfacer condenas de larga duración, las que formalmente tienen carácter perpetuo y en la generalidad de los casos referidos a personas que han cumplido una avanzada edad⁴⁷.

2.4. Salud mental, condena (prisión) y derecho penal

Finalmente, y al margen de todo lo señalado, corresponde que nos hagamos cargo de los contenidos problemáticos que sugieren los supuestos asociados al padecimiento una patología propia del ámbito de la salud mental, los que constituyen supuestos problemáticos en aquellos casos en que provocan efectos inhabilitantes que afectan la capacidad del condenado para comprender el sentido o significado de la sanción o, en su caso, de la condena. Como señalan gráficamente GAYDON y MILLER “*lo relevante para oponerse a la pena de muerte (...) en un caso de retraso mental*” es advertir que el condenado “*no entiende por qué lo van a matar*”, razón por la cual se trata de una condena que tampoco “*disuade ni satisface necesidades de retribución*”⁴⁸. En estos casos, lo relevante es que la pérdida de la capacidad de comprensión del sentido o significado de la sanción impide que la pena se muestre idónea para satisfacer alguno de los fines o funciones a las que se asocia en forma tradicional, lo que lleva a concluir que no existen razones que habiliten a continuar con su ejecución.

De esta forma la constatación de estos supuestos debiese dar lugar a la suspensión o incluso al cese de la ejecución de la sanción⁴⁹. Así sucede en el caso chileno en particular, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 482 del Código Procesal Penal cuando “*el condenado cayere en enajenación mental, el tribunal, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad*”⁵⁰. Con todo, la única excepción estaría dada por una orientación hacia la mera

⁴⁷Hay que tener en cuenta -por ejemplo- que la imposición de una condena de 25 años de encierro sobre un individuo que tiene más de 70 años supone en los hechos una reclusión perpetua, al menos si se analiza en el campo de las percepciones sobre el particular. Lo relevante es que en dicho contexto el padecimiento de la condena pareciera anular toda opción de desarrollar “algo” de su vida cotidiana, de relación o de proyección gozando del ejercicio de su autonomía en el medio libre, ofreciendo condiciones que a este respecto resultan equivalentes a las de quien recibe un diagnóstico terminal en la cárcel.

⁴⁸GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 694 y 695.

⁴⁹Este criterio se menciona a los mismos efectos en los fundamentos y en el contenido del Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad” (boletín n° 11.569-07). Se consigna asimismo en la regla 82.1 de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en resoluciones 663C de 1957 y 2076 de 1977 (que indica que “*Los alienados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos antes posible a establecimientos para enfermos mentales*”).

⁵⁰La relevancia sustantiva del problema se ratifica por el solo hecho de que el propio Código Penal se hace cargo del problema, si bien se limita a proponer una remisión a la correspondiente Ley de enjuiciamiento. Al respecto véase al art. 81 de dicho cuerpo legal.

inocuidad lo que se explica por la total ausencia de “significados” relevantes de considerar cuando se trata de este tipo de orientación (al menos en lo relativo al destinatario de las respectivas consecuencias). Así se explica que sobre dicha base se suele complementar la revocación de la correspondiente sanción con la imposición sustitutiva de una medida de seguridad, al menos en los regímenes que prevén dichas formas de reacción. En nuestro medio nacional su imposición se regula en el mismo art. 482 del Código Procesal Penal, en cuanto señala que en dichos supuestos “dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere”. Si bien la regla no discrimina en cuanto al tipo de condena -lo que es coherente con los fundamentos de la institución y consistente con el desarrollo que hemos sostenido- es claro que aplica a todo aquél que se encontrare cumpliendo una pena efectiva de prisión⁵¹.

Se podrá advertir que nuevamente nos encontramos frente a un supuesto que no discrimina en función de la edad del condenado⁵², siendo irrelevante que se trate de un adulto mayor, salvo en lo relativo -nuevamente- a las connotaciones estadísticas⁵³.

3. Adulto mayor, condena y derecho penal

3.1. Presupuestos para una definición. Razones y fundamentos que justifican un tratamiento particular de los adultos mayores en prisión.

Nada de lo mencionado hasta este momento permitiría concluir que la condición que ofrece un adulto mayor en la cárcel aporte por sí sola alguna razón de mérito que permitan fundar o justificar una modificación en el régimen que conlleva el cumplimiento de dicha sanción. No obstante, algunos caracteres que son propios o connaturales a la condición de las personas de avanzada edad abren un camino a considerar la aplicabilidad de efectos similares, pues generan incidencias que afectan a una parte del sentido o significado que conlleva el cumplimiento de un régimen privativo de libertad.

⁵¹La misma regla se prevé respecto de quien no es considerado capaz de responsabilidad por razones equivalentes (arts. 458 y ss. del Código Procesal Penal) y respecto de quien “cae en enajenación” durante el proceso (art. 465 del Código Procesal Penal), lo que confirma que la incompatibilidad que valora el legislador radica a nivel material, sea que incida sobre el castigo (la condena), la sanción, o que haya impedido la propia atribución de responsabilidad. Conviene advertir que los mismos criterios y soluciones se consideran en la regulación previa al Código Procesal Penal, en los arts. 682 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto aplica a los delitos cometidos en forma previa a la vigencia del “nuevo” régimen procesal penal.

⁵²GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 696 (“*los ancianos no presentan necesariamente dicha condición*”).

⁵³En el ámbito de la salud mental esto es aún más claro pues no existe evidencia que dé cuenta de una mayor tasa de patologías en la población de adultos mayores que se encuentran recluidos, en comparación con el resto de la población penal. Solo se constatan algunas diferencias de contenido asociadas a la prevalencia de demencia y de psicosis de carácter afectivo (asociados a inclinaciones sexuales y violencia). Al respecto véase FAZEL / GRANN, “Older criminals”, cit. nota n° 25, pp. 908 y 911 a 913). Esta asimetría se explica por la mayor prevalencia de patologías psiquiátricas que presenta la población penal en general en comparación con quienes se encuentran en el medio libre. Otra opinión en HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, pp. 13 y 14 quien sostiene con base estadística que la prevalencia es mayor en Reino Unido (con modificaciones relevantes en su caracterización).

El punto de partida es que la vejez se caracteriza por constituir una etapa de la vida en la que natural y paulatinamente se detonan una serie de procesos degenerativos y carencias vinculadas al desarrollo físico y psicológico del individuo⁵⁴ que impactan en otras pérdidas asociadas a su desempeño social o económico⁵⁵. Desde este punto de vista se define la vejez como un “proceso” (no como un “estado”⁵⁶) vinculado a la idea de “deterioro”, referido específicamente a diversas condicionantes que inciden negativamente sobre las capacidades de desempeño autónomo del individuo⁵⁷.

En el plano físico, por ejemplo, dicha condición se expresa a una disminución en las capacidades funcionales del cuerpo, asociada a una menor fortaleza de su estructura ósea (con incidencia en reumatismos o artritis), dental, en el tono muscular y en la energía (fuerza)⁵⁸. También en el desgaste que presenta la estructura y funcionamiento de órganos vitales -como el aparato digestivo o respiratorio- con incidencias que también afectan a la capacidad funcional de los sentidos⁵⁹ -con particular énfasis en la audición y la visión-⁶⁰. Dichos deterioros detonan una mayor prevalencia en el padecimiento de enfermedades crónicas (según ya hemos advertido)⁶¹, una merma en la capacidad de recuperación física⁶² y en la necesidad de recurrir a permanencia a numerosos suplementos farmacológicos o medicamentos⁶³, todo lo cual incide en rutinas de vida que incrementan los efectos restrictivos que provienen de su condición física. Por otro lado, en lo referido a su desarrollo psíquico, destacan pérdidas similares en sus capacidades funcionales, asociadas específicamente a limitaciones en la memoria, en la retención de corto y mediano plazo⁶⁴, en la fluidez de su desempeño cognitivo⁶⁵ y en su estabilidad emocional, afectando con ello el funcionamiento del sistema nervioso, del sueño (“insomnio”), la orientación espacio-

⁵⁴ CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 6; MARCHIORI, Hilda, “Ancianos-adultos mayores. Los procesos de victimización y su asistencia victimológica”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Colección multidisciplinaria sobre víctimas de delito*, México, 2012, pp. 41-56, pp. 41 y 47.

⁵⁵ HUENCHUAN, Sandra, *Los derechos de las personas mayores. Materiales de estudio y divulgación. Módulo 1. Hacia un cambio de paradigma sobre el envejecimiento y la vejez*, CEPAL, Naciones Unidas, 2011, en https://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo_1.pdf [visitado el 26.02.2018], p. 2. En este último plano, se lo suele asociar a enfermedad e incapacidad productiva. Al respecto, véase CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 6; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 66.

⁵⁶ ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, pp. 74, 75 y 80.

⁵⁷ En el centro del concepto está la idea de que el individuo avanza paulatinamente hacia condiciones que le impiden valerse por sí mismo. KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 47.

⁵⁸ HUENCHUAN, *Los derechos*, cit. nota n° 56, p. 3.

⁵⁹ MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, p. 47; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 81.

⁶⁰ Para una caracterización más precisa de estos aspectos véase MORTON, *An administrative overview*, cit. nota n° 29, p. 5.

⁶¹ ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 81; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 6. Por ello presentan necesidades de atención médica diversas y más numerosas (GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 678).

⁶² MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, p. 44. Por ello se sostiene que las enfermedades son más graves en términos comparativos, pues cuesta más recuperar la salud.

⁶³ Véase, al respecto, CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n° 25, pp. 357.

⁶⁴ ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, pp. 143 y ss.

⁶⁵ BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, pp. 702 y 703.

temporal y el campo de los intereses vitales asociados a su capacidad motivacional⁶⁶. Se podrá advertir que este conjunto de caracteres les provoca una mayor dificultad para adaptarse a situaciones complejas, fortuitas y especialmente nuevas, y hace que sus conocimientos sean obsoletos en corto tiempo⁶⁷, todo lo cual provoca una mayor inestabilidad y desconfianza para enfrentar su desempeño vital. Con ello este conjunto de características decanta en una sensible merma en las capacidades de dominio y desempeño autónomo, favoreciendo la percepción de que son individuos dependientes y vulnerables⁶⁸, lo cual se afirma con total independencia del padecimiento de patologías que afecten a su salud física o psíquica⁶⁹.

Ahora bien, lo relevante es que este conjunto de efectos físicos y psicológicos provoca múltiples impactos en el desarrollo de la vida en prisión⁷⁰. Partiendo por los aspectos de corte material, es fácil advertir que las condiciones y limitaciones físicas que los caracterizan proponen un desempeño cotidiano difícil de compatibilizar con la utilización y distribución de espacios y con las rutinas que son propias del régimen de encierro. Se destaca a este respecto que las cárceles no cuentan con diseños arquitectónicos idóneos para albergar a personas que presentan una movilidad reducida o que padecen deficiencias crónicas o discapacidades físicas, considerando aspectos tan elementales como el desplazamiento, las distancias, escaleras o el uso de literas⁷¹. Si bien se sostiene que es sencillo y poco costoso introducir modificaciones que eliminen o reduzcan dichas dificultades⁷² o el disponer su traslado a lugares que se consideran físicamente “adecuados” (en los que se reduce el uso de escaleras o literas y se dispone de instalaciones y personal idóneo), es un hecho que dichas opciones alteran sensiblemente sus rutinas y las del resto de la población y a la administración penitenciaria, pues afecta la distribución y la organización de los espacios, turnos y procesos comunes, generando además otras incidencias tanto o más negativas para su desempeño en prisión. Lo más relevante de ello es que su uso resulta contraproducente para el propio desarrollo vital del “beneficiario”, pues hace más difícil que el preso de mayor edad participe o se integre al desarrollo de las rutinas cotidianas generales, incrementando con ello su nivel de aislamiento⁷³.

⁶⁶MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, p. 47; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 81.

⁶⁷KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 42.

⁶⁸Sobre dicha característica, en cuanto definitoria, véase BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 703; FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela; ISERN, Mariana, “El principio supremo de justicia y el desarrollo del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos en la posmodernidad”, *Oñati Socio-Legal series*, n°8 (2011), pp. 1-11, p. 8.

⁶⁹Como indica BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 702, las enfermedades son sólo un “*factor de riesgo*” adicional, a partir de este conjunto de aflicciones físicas y psicológicas.

⁷⁰AHUEHANN, “Selective incapacitation”, cit. nota n° 13, p. 353.

⁷¹GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 6; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, pp. 25 y 26.

⁷²Se menciona, como ejemplo, un programa implementado en España a partir de 1996. Al respecto véase RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, p. 897, quien considera que es “*una medida útil, efectiva y no costosa*”.

⁷³Véase, por todos, ADAY, “Golden years”, cit. nota n°23, p. 48; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 15. Hay que tener en cuenta que no es posible alcanzar estos efectos en torno a numerosos espacios de uso común, como sucede con las oficinas, lugares de atención de profesionales, de aseo, alimentación, atención médica, etc., donde el interno probablemente deberá seguir acudiendo y a veces en forma regular. YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp.103 menciona como ejemplo –ilustrativo– que lo normal es que deban salir

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

Por otro lado, en aquellos casos en que su dependencia física es mayor, su condición demandará cuidados personales habituales y permanentes de diversa entidad o grado⁷⁴ (incluyendo algunos aspectos que parecieran muy sencillos, como la administración diaria y periódica de medicamentos⁷⁵) lo que también impacta en el desarrollo de las rutinas generando requerimientos específicos para los demás internos y para el personal penitenciario (quienes además requieren por ello particulares exigencias de capacitación)⁷⁶.

Esto último permite advertir que también hay otras rutinas difíciles de compatibilizar con su condición física a pesar de que a primera vista puede resultar imperceptible su carácter problemático⁷⁷. Así sucede con el régimen disciplina interno⁷⁸, con la necesidad de cumplir con ciertos tiempos de desplazamiento⁷⁹, con las necesidades de atención médica de rutina

fuera de la celda para la ducha debiendo en ello someterse a las condiciones generales (no hay sujetamanos, es escasa el agua caliente, no existen bancas para sentarse, etc.).

⁷⁴ BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 709; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 61.

⁷⁵ UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 62.

⁷⁶ GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 6. Se destaca asimismo que los establecimientos penitenciarios no cuentan –ni tienen por qué contar– con recursos orientados a la atención geriátrica (al respecto véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 50). A este respecto, los tribunales americanos han empezado a exigir medidas sanitarias especiales a los recintos penales, asociadas a la necesidad de preparación de los funcionarios que se desempeñan en dichos ámbitos. Véase GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 688 (incluyendo contenidos asociados al trato geriátrico) considerando que se trata de una preparación y profesionalización compleja (BERMEJO, Juan Carlos, “Humanizar el servicio social y judicial”, en COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Colección multidisciplinaria sobre víctimas de delito*, Volumen II, México: 2012, pp. 89-115, pp. 102 y ss.). Dicha demanda (y el correspondiente déficit) también se aplica a los delegados de libertad condicional, por razones equivalentes. En este sentido GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 20. Finalmente, debemos mencionar que la administración penitenciaria suele hacer que compartan celda con personas de menor edad (no con otro anciano) para que puedan tener ayuda en lo cotidiano y en las emergencias, durante las noches, reduciendo con ello los requerimientos de asistencia a la propia administración. Al respecto YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 102, 114 y 125.

⁷⁷ CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, pp. 359 y ss. menciona a este respecto una serie de ejemplos cotidianos: “i) no se les permite el tiempo suficiente para completar las actividades o para ir y venir de lugares específicos, ii) se espera para ver una televisión comunitaria en el pasillo mientras estábamos sentados en sillas con tapizados duras (como las que se utilizado por niños en edad escolar), iii) se les niega ropa adicional o ropa de cama cuando hace frío, iv) tener que hacer largas colas (a veces hasta una hora) para obtener su medicación, vi) subir escaleras mientras se llevan bandejas de comida, vii), o tomar una ducha en cubículos resbaladizas, con azulejos que no estaban equipadas con agarraderas-carriles o tapetes antideslizantes y viii) la sensación abandonada y simplemente 'objeto de dumping' porque tenían poco acceso a personal del ala (prisioneros de edad avanzada a menudo se encuentran en la planta baja mientras que la oficina de ala estaba ubicada en la primera o segunda). A este respecto parte de la literatura destaca también la incidencia del hacinamiento (por todos, KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 62) si bien, a nuestro juicio, constituye un factor de carácter secundario (principalmente por cuanto constituye per se una irregularidad).

⁷⁸ Si bien es claro que el anciano no tiene porqué eximirse de su aplicación, muchas de las formas de reaccionar carecen de correlato efectivo en su caso. Al respecto véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 51.

⁷⁹ Como indica CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, pp. 358 y ss. (con varios ejemplos) “*son más lentos, y en todo*” (a partir de sus condiciones naturales) lo que dificulta satisfacer los tiempos de la administración penitenciaria (uso de espacios comunes, rutinas de aseo, de desplazamiento, etc.).

o por padecimientos básicos⁸⁰ o en todo lo referido a sus necesidades alimenticias⁸¹. CRAWLEY y SPARKS⁸² llegan por ello a sostener que el solo cumplimiento del régimen ordinario se encuentra plagado de “lesiones ocultas” que llevan a sostener que a dicho respecto se “*magnifican los dolores del encarcelamiento*”⁸³.

Por otro lado, es un hecho que la condición física del adulto mayor lo coloca en una particular posición de debilidad y vulnerabilidad comparativa, encontrándose por ello más “expuesto” al padecimiento de abusos en relación al resto de la población penal, lo que resulta particularmente relevante en el contexto de la vida y la interacción en prisión⁸⁴. Además, hay que tener en cuenta que la cárcel incrementa y acelera el proceso degenerativo (de carácter físico y psicológico) que experimentan de forma natural, pues “*el aislamiento, la soledad, el no ejercitar las capacidades y la autonomía propia generan más incapacidad*”⁸⁵. Y lo propio sucede con el aislamiento, el abandono o la soledad (en las que se refleja la “dimensión social” del envejecimiento), con efectos que potencian sus condiciones de vulnerabilidad y exposición y que además generan incidencias en las emociones asociadas a dichas experiencias⁸⁶.

⁸⁰Véase al respecto RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 177 quien destaca la importancia de constatar que el padecimiento de enfermedades sencillas o cotidianas no recibe un tratamiento adecuado en prisión. Para los adultos mayores ello implica que deberán tolerar los malestares propios en condiciones físicas deficitarias, con mayor dificultad en los procesos de recuperación y con menos resistencia física, todo lo cual conlleva un importante incremento en los dolores que supone su padecimiento.

⁸¹GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, p. 686; RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, p. 898; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 61.

⁸²CRAWLEY / SPARKS, “Hidden Injuries?”, cit. nota n° 25, pp. 345, 346, 350 y 351, con descripción más precisa.

⁸³CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 10, en cita a un texto de Crawley.

⁸⁴ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 31. Se constatan altos niveles de acoso y abuso (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 14 y 33) pues se encuentran naturalmente más expuestos (ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 475; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 33; RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 152). Como indica HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 30, hay que tener en cuenta además que “*los prisioneros mayores, al igual que las personas mayores en el mundo exterior, ya no son respetados como antes*”. En contra, autores como YAGÜE OLMOS (*Análisis*, cit. nota n°4 pp. 122 y 145) o CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, p. 359) sostienen que lo usual es que la población penitenciaria general los respete más, pues no suelen presentar problemas de convivencia ni son habituales las constancias detectadas sobre abusos físicos o patrimoniales. A dicho respecto se debe considerar que su particular situación de dependencia institucional y personal constituye un fuerte desincentivo para denunciar los potenciales abusos (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 33 y 34; MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, p. 47), lo que relativiza el mérito de estas últimas opiniones.

⁸⁵En este sentido KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 42 quien sostiene que la cárcel provoca “*un envejecimiento mayor*” pues el encierro carcelario constituye per se un régimen degenerativo. Lo dicho excede el plano propio de la “desocialización” en tanto también provoca incidencias en el plano físico. La literatura destaca en este sentido que quienes han cumplido un largo tiempo en prisión presentan diferencias en su estado físico con respecto a su definición cronológica, efecto que suponen desfase de hasta 10 años en promedio. Al respecto véase GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, pp. 10 y 11; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 2; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 60.

⁸⁶YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp.161. El aislamiento en la cárcel es físico y afectivo MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, pp. 50 y 51. Como indica CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, pp. 359), la propia percepción de la dependencia los retrae y genera aislamiento (por efectos de la propia indignidad o vergüenza).

A este respecto es relevante destacar que se trata de presos que en general sufren importantes pérdidas en sus lazos familiares (la mayoría)⁸⁷, lo que reduce uno de los factores más relevantes para su contención, apoyo y superación durante su vida en prisión⁸⁸. Este “abandono” suele tener impacto en otros aspectos relevantes⁸⁹ y en sus condiciones económicas, siendo usual detectar en esta población carencias propias de la indigencia⁹⁰. El resultado también se ve favorecido por el hecho de que no suelen tener opciones para generar ingresos pues, en general, no cuentan con espacios u oportunidad de trabajar⁹¹. Esto último los priva además de los efectos positivos que el trabajo provoca en materia de autoestima y, en general, en términos emocionales, incrementando los efectos sensitivos del aislamiento y la marginación⁹².

Sobre esto último hay que tener en cuenta además que lo señalado se replica a nivel general con respecto a la mayor parte del régimen de actividades que se desarrollan al interior de la

⁸⁷ Se constata en ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 475; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 11; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 34; RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 151; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 199. En algunos casos este abandono se explica por el hecho de que resulte normal que los amigos y familiares empiecen a morir a esta edad. En otros, los familiares abandonan a quienes son institucionalizados en la vejez por problemas con la justicia precisamente por esta misma razón (RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 155) y otros porque no soportan la visita a la cárcel (física o mentalmente). Sobre estas razones o explicaciones véase CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, p. 360. Los efectos emocionales asociados a estas experiencias se pueden intuir con facilidad (se siente juzgados y rechazados). Sobre esto último véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p.171; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 116 y 117. Hay que considerar además que existen estudios que señalan que la visita de la descendencia (nietos, especialmente en esta edad) es determinante, por razones vinculadas a las naturales necesidades de proyección (YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 60).

⁸⁸RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p.170; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p.116.

⁸⁹Por ejemplo, se menciona el caso de los tratamientos médicos pues muchas veces consideran la intervención de familiares que respalden las definiciones, especialmente cuando hay razones para presumir la incompetencia del paciente. En el caso de los presos no hay a quien recurrir a tiempo. Al respecto véase BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 709.

⁹⁰Se trata de un efecto de carácter general pues el cese de la vida laboral suele estar asociado a la condición del adulto mayor, como también el que de ello se deriven condiciones de necesidad y de marginalidad. Al respecto véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p.172, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 118; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 65. Existen también opiniones diversas, al menos en relación a algunos casos. Como indica YAGÜE OLMOS (*Análisis*, cit. nota n°4, pp. 132 y 136) a veces este problema se salva a través del régimen de pensiones, existiendo casos en que sus condiciones son por este motivo comparativamente mejor que las que presenta el resto de la población penal. A este respecto dicho autor menciona ejemplos de casos en que los condenados pensionados tienen incluso la posibilidad de contratar sus servicios personales (aseo de ropa, limpieza etc.).

⁹¹Lo relevante es que la administración privilegia el acceso de la población más joven pues se considera más útil de cara a las opciones que tienen en el futuro en el medio libre, de forma que se considera que la disposición de opciones para el adulto mayor constituye una auténtica pérdida de tiempo. Al respecto, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 118 y ss.; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 32; ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 184; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 69. No hay que olvidar, finalmente, que en general el acceso a opciones laborales constituye un recurso escaso, pasando a considerarse más bien como un beneficio. Sobre ello véase CARNEVALI / MALDONADO, “El tratamiento”, cit. nota n°2, pp. 392 y ss., asimismo 396 a 399.

⁹²El trabajo los ayuda a sentir utilidad en una etapa en la que dicha sensación es escasa. Genera además sensación de autovalía y autonomía. Al respecto, véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 166.

prisión, teniendo en cuenta que prácticamente no existen programas de actividades adaptados o idóneos para esta población pues la oferta programática no suele dar cuenta de sus necesidades y requerimientos particulares o considerar sus limitaciones⁹³. De ahí que buena parte de los propios adultos mayores no se muestren motivados a participar en ellas y en general en todos los programas e intervenciones que favorecen la integración o que se orientan a la reinserción⁹⁴, considerando además que la escasa perspectiva de futuro que ofrece su condición potencia la percepción de que se trata de acciones y medios que no les servirán de nada al salir de la prisión (si es que llegan a salir)⁹⁵. Se encuentran por ello en una situación que se ubica al margen de cualquier “proceso de reinserción”⁹⁶, lo que también impacta negativamente en la satisfacción de las condiciones que les permitirían optar a modalidades de cumplimiento menos restrictivas (p.ej., a beneficios carcelarios o a la propia libertad condicional).

Ahora bien, es un hecho que por estas razones la administración penitenciaria suele flexibilizar las rutinas aplicables o exigibles a los adultos mayores⁹⁷ lo que decanta en un régimen cotidiano caracterizado por una gran pasividad o inactividad, muy superior a la que experimenta el grueso de la población penal⁹⁸. Si bien estas definiciones parecieran obedecer a la necesidad de adaptar la vida en prisión a los caracteres particulares de su especial condición, constituyen más bien una forma de obviar o encubrir dicha condición pues, en los hechos, favorece un régimen de vida que dificulta su integración e interacción y que los mantiene en buena parte del tiempo aislados del resto de la población penal. Con ello no solo se aceleran los procesos (naturales) de deterioro físico y cognitivo -según ya hemos tenido oportunidad de comentar- sino que se dificulta sensiblemente el control o la contención de la angustia y otros efectos psicológicos equivalentes, cuyo padecimiento

⁹³ ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 184; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp.118 y ss.. En este sentido también CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 11; ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 175; y, con ejemplos concretos bien significativos, ADAY, “Golden years”, cit. nota n°23, p. 53; y UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 69. Véase asimismo HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 32. De ahí que se concluya que “*el anciano en prisión sufre graves privaciones educativas, laborales o recreativas*” (MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, pp. 50 y 51).

⁹⁴YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp.120 y ss. (quien destaca que en general se los califica por ello como personas con “*baja iniciativa*”, en p. 121).

⁹⁵ ZIMBARDO, *Transforming California’s prisons*, cit. nota n° 29, p. 6.

⁹⁶ En la literatura se asume, con razón, que “*la perspectiva preventivo especial (positiva) es negativa pues, en la vejez, es casi imposible reconstruir lazos familiares, personales o laborales*”. Al respecto, por todos, véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 151 y 152.

⁹⁷ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 239. En algunos estados americanos (entre otros en Texas, Alaska, Carolina del Sur) se consideran modificaciones del régimen en base al solo dato que ofrece la edad, impactando en las obligaciones laborales, las condiciones de alojamiento o la periodicidad de la examinación médica de base (ADAY, “Golden years”, cit. nota n°23, p. 48). Se consideran a este respecto -como adecuaciones del régimen- la modificación de los horarios, tratamiento especial del sueño, de los elementos y condiciones de higiene, en la disposición de ropa de abrigo, en el uso de prótesis y, evidentemente, en el acceso a necesidades de asistencia asociadas a sus déficits de autonomía. Véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 146 a 158.

⁹⁸ ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 184. Las rutinas características se asocian a actividades como la música o la lectura, lo que incide en un incremento en los niveles de lectura y escritura entre los adultos mayores que se encuentran en prisión. ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p.169. Al respecto véase también CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 11.

resulta connatural a la vida en prisión⁹⁹. En el caso del adulto mayor estos efectos se potencian pues la percepción de su condición (degradada física y psicológicamente), de sus propias limitaciones (en especial, el temor al deterioro físico y psicológico, a su carácter inevitablemente progresivo, degenerativo y “*sin retorno*”)¹⁰⁰ y otras similares asociadas a la percepción del tiempo¹⁰¹ o a la necesidad de proyección en la vida, los coloca en una posición de especial vulnerabilidad emocional¹⁰².

En extremos, lo dicho se grafica en la fundada y generalizada angustia o pavor que provoca el “temor de morir en prisión”, explica porqué el ingreso de un adulto mayor a la prisión es interpretado siempre -sin excepciones- como “*el fin de la vida*”¹⁰³ y porqué los efectos de la primera prisionización -devastadores en la población penal en general en términos de estabilidad emocional- pueden llegar a ser fatales en la vejez¹⁰⁴. Lo relevante -en síntesis- es que representa una anulación de cualquier proyección de la vida¹⁰⁵. Si este efecto lo vinculamos con el estado de abandono personal en que se suelen encontrar (especialmente en el plano familiar) podremos advertir que el impacto o incidencia de dichos componentes es inclusive mayor al que proviene de su natural condición de aislamiento en la cárcel¹⁰⁶. Incluso más, su situación es a veces tan significativa a este respecto que la propia opción de recuperar la libertad incrementa la incertidumbre acerca de su destino, pues suelen carecer de conexiones con el medio libre -y de ingresos- lo que reduce las opciones de que sus necesidades de atención personal reciban cobertura¹⁰⁷.

⁹⁹ Contribuye a que “*envejecan más rápido*” (ZIMBARDO, *Transforming California's prisons*, cit. nota n° 29, p. 6), pues “mantenerse ocupado en la cárcel constituye algo clave” (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 23).

¹⁰⁰ CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 10.

¹⁰¹ ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, 77; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 6.

¹⁰² CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 10; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 159. De ahí que presenten una elevada prevalencia de patologías asociadas a depresión (prácticamente el 60%), incluso en el medio libre.

¹⁰³ CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 10 y 12.

¹⁰⁴ ORNDUFF, “*Releasing*”, cit. nota n° 12, p. 184. En el mismo sentido ADAY, “*Golden years*”, cit. nota n° 23, p. 53.

¹⁰⁵ En la vejez se realizan procesos de revisión de la vida en forma natural, especialmente luego de la jubilación, que no hacen más que incrementar el sentido negativo sobre el futuro y la desesperanza. Al respecto CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 27. Por ello, se sostiene -como indica MARCHIORI, “*Ancianos-adultos mayores*”, cit. nota n° 55, p. 54 en cita a G. Bergman- que “*el anciano (...) necesita un presente y un mañana y, más que otras edades, una filosofía de la esperanza*”.

¹⁰⁶ Todo lo dicho permite advertir porqué resulta del todo insuficiente recurrir a la simple idea de permitirle un encierro celular por razones de comodidad (del interno y de la propia administración penitenciaria) opción que se privilegió en sentido histórico o tradicional. Al respecto véase ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, pp. 127 y 128.

¹⁰⁷ Como indica CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 12) “*no saben donde van a vivir, con quien o de qué (asociado a su incapacidad de ser autovalente)*”. En el mismo sentido RAMÍREZ GARCÍA, “*Envejecimiento*”, cit. nota n° 23, p. 151 y CRAWLEY, Elaine, “*Release and resettlement: the perspectives of older prisoners*”, *Criminal Justice Matters*, n° 56, Vol. 1 (2004), pp. 32-33, p. 32. De esta forma no debe extrañar que los estudios basados en encuestas suelen concluir que los internos de avanzada edad valoran sobremanera el hecho de tener todas las necesidades cubiertas en prisión, a pesar de que son conocidas las malas condiciones generales que las caracterizan. Sobre ello véase. YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n° 4, p. 132. Está -asimismo- documentado que las opciones de reasentamiento laboral son casi nulas para esta franja de condenados una vez recuperada la libertad (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 30 y 31) y se ha puesto de relieve asimismo que se trata de personas que van quedando desfasados del desarrollo tecnológico (que caracteriza la vida cotidiana en la actualidad), incrementando aún más estas mismas dificultades (CHU,

Lo relevante de todo lo mencionado es que lleva a concluir – en palabras de ORNDUFF- que “*los delincuentes de mayor edad sufren más a pesar de que las sentencias impuestas son las mismas*”¹⁰⁸, pues la privación de libertad supone a su respecto un padecimiento y un contenido restrictivo que es comparativamente más riguroso o intenso al que supone su aplicación sobre el resto de la población penal¹⁰⁹. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que la pena es esencialmente un régimen de afflictividad -un “*mal*” o una “*restricción material de derechos*”¹¹⁰- resulta posible cuestionar la equivalencia o correspondencia valorativa de la sanción prevista en forma ordinaria o normal pues su imposición en estos casos bajo redundaría en un régimen más estricto, exigente o afflictivo que por ello resultaría discriminatorio o, lisa y llanamente, contrario a la igualdad¹¹¹.

De esta forma, la previsión de un régimen de adecuación no supone en caso alguno una modificación en los criterios valorativos generales dispuestos por el legislador, sino que tendería más bien a asegurar que su aplicación sea realmente representativa de estas mismas definiciones a nivel material. Constituiría, por lo demás, un expediente ampliamente conocido para el derecho penal, cuya expresión más conocida y comparable radica en los diversos mecanismos consagrados desde antiguo para alcanzar una adecuada y justa determinación e individualización de las sanciones pecuniarias (entre los que destaca el sistema conocido como de “*días multa*”)¹¹². El recurso a este ejemplo -y otros

Greying, cit. nota n° 5, p. 32).

¹⁰⁸ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 188.

¹⁰⁹En el mismo sentido CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, pp. 361, quien detalla que “*los ‘dolores de encarcelamiento’ característicos se intensifican entre los viejos*”, que “*se complican además por las experiencias de debilidad física y aislamiento emocional*”. Asimismo, véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, pp. 169 y 170). A este respecto MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n°2, p. 285 ponen también de relieve que “*la legitimidad normativa de las penas privativas de libertad (...) se encuentra supeditada al hecho de que su ejecución también sea legítima, esto es, que por las condiciones fácticas de cada caso concreto ella no se transforme en una especie de pena cruel, inhumana o degradante*”. Véase, asimismo, ORTIZ y AREVALO, *Las consecuencias*, cit. nota n°2, p. 273.

¹¹⁰Sobre ello véase FLETCHER, George, *Gramática del Derecho Penal*, trad. MUÑOZ CONDE, Francisco, Buenos Aires (Argentina): Hammurabi, 2008, pp. 305 a 322; GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n°2, pp. 20 y ss. y 41 a 43; NOVOA MONREAL, *Curso*, cit. nota n°2, pp. 269 y 277. Lo dicho no implica desconocer su “*dimensión funcional*” o contenido “*expresivo*” a efectos de una adecuada conceptualización (MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución”, *Revista de Estudios Públicos*, n°108 (2007), pp. 117-205, pp. 122 y ss.; FREIBERG, Arie, “Affective versus effective Justice”, *Punishment and Society*, Vol. 3 (2) (2001), pp. 265-278, p. 267 a 272) sino sólo advertir la relevancia de su dimensión más pragmática a estos efectos. A este respecto, por todos, véase ALCACER GUIRAO, Rafael (1998): “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LI (2002), pp. 365-587, pp. 366.

¹¹¹HUENCHUAN, *Los derechos*, cit. nota n° 56, p. 4. Asimismo, véase HERZOG, Félix, “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos?. Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal”, *Revista Política criminal*, n°5, D1-5 (2008), pp. 1 a 9, p. 5.

¹¹²En ellos se recurre precisamente a la idea de regular el monto y contenido de la respectiva consecuencia con base en el caudal o ingresos que ofrezca el condenado en cada caso en particular, procurando con ello alcanzar una respuesta que represente el mismo contenido de afflictividad para todos por igual. Al respecto véase al artículo 70 del Código Penal chileno (vigente, al menos en dicho aspecto, desde el texto original). El objetivo que subyace a la disposición busca que la multa responda a criterios de justicia material, asegurando un contenido de afflictividad que sea homogéneo y equivalente para todos, debiendo para ello adaptarse a las condiciones económicas que presente cada condenado (por todos CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*.

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

imaginables¹¹³- permite advertir con claridad que la previsión de este tipo de procedimientos (o instancias de adecuación) no implica en modo alguno la consagración de un régimen de carácter “excepcional”, que por ello pueda llegar a ser interpretado como una “concesión especial”¹¹⁴, sino que busca hacerse cargo de las particularidades que ofrece el adulto mayor de manera natural¹¹⁵.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las consideraciones expuestas llevan también a descartar que este tipo de medidas puedan resultar disfuncionales desde el punto de vista de los fines o funciones atribuidas a la pena. El hecho de que las adaptaciones necesarias de introducir se orienten a “adecuar” o “equilibrar” la reacción en términos proporcionales, “igualitarios” o equivalentes” impide llegar a advertir algún tipo de déficit o debilitamiento

Parte General, Santiago (Chile): Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, p. 770; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, T. IV, 3° edición revisada y actualizada, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 192; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. nota n° 19, p. 326). Este objetivo se extrema en aquellos modelos que recurren al sistema denominado de “días-multa” a los mismos efectos. Sobre ello véase ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 128, p. 192; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho Penal. Parte General*, Trad. Miguel Olmedo, Quinta edición, Granada (España): Comares, 2003, pp. 826 y 82.

¹¹³En este sentido se puede mencionar además el caso que aporta el régimen de privación de libertad aplicable a los menores de edad y el reconocimiento de efectos asociados a la llamada “*poena naturalis*”. Con respecto a lo primero, véase COUSO, Jaime, “La especialidad del derecho penal (sustantivo) de adolescentes. Principios de derecho internacional y estándares desarrollados en el derecho comparado” en COUSO, Jaime; DUCE, Mauricio, *Juzgamiento Penal de adolescentes*, Santiago (Chile): LOM, 2013, pp. 301-342, p. 331 y MALDONADO FUENTES, Francisco, “Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes”, *Revista de Derecho. Escuela de Post grado. Universidad de Chile*, n°5 (2014), pp. 17-54, pp. 24 y 25. Respecto a la “*poena naturalis*” véase, por todos, BOBADILLA, Carlos, “La “pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”, *Revista Política Criminal*, Vol. 11, N° 22, art. 7 (2016), pp. 548-619, p. 552.

¹¹⁴Como indica FERNÁNDEZ / ISERN, “El principio”, cit. nota n° 69, p. 4 el (así llamado) “*derecho de la ancianidad*” apunta al respeto de su igualdad a partir de la idea de que tienen derecho al reconocimiento de una “*homogeneidad vital*”. Sobre ello véase BARRANCO AVILÉS, María del Carmen y BARIFFI, Francisco J., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su potencial aplicación a las personas mayores”, *Informes “Portal Mayores”* n° 105 (2010), en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-convencioninternacional-01.pdf>. [visitado el 26.02.2018], p. 3; MARCHIORI, “Ancianos-adultos mayores”, cit. nota n° 55, p. 51; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 62. No se trata por ello de “discapacitados”, ni se identifican con ellos. Al respecto véase BARRANCO / BARIFFI, “La convención internacional”, cit. nota n° 115, p. 6.

¹¹⁵Lo dicho cuenta con un amplio respaldo en una diversidad de instrumentos internacionales, entre los que destaca el Art.17 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988, sirve para graficarlo a título ejemplar, en cuanto señala que “*Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad*”. Al respecto, con detalle, véase KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 45 y, con citas de carácter general (relativas al denominado “*softlaw*”), FERNÁNDEZ / ISERN, “El principio”, cit. nota n° 69, p. 7, asociadas al denominado “*paradigma de la inclusión*” (pp. 9 y 10). Véase asimismo HUENCHUAN, Sandra (Edit.), *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*, Santiago (Chile): Cepal-Celade, 2009, en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2538/8/S0800533_es.pdf [visitado el 26.02.2018], p. 32. Sobre la necesidad de identificar reglas referidas en forma específica al ámbito de la justicia penal véase BARRANCO / BARIFFI, “La convención internacional”, cit. nota n° 115, pp. 7 a 9; YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 25.

en el contenido retributivo de la sanción¹¹⁶, lo que también neutraliza -por esta misma razón- la posibilidad de sostener una merma en los efectos disuasivos o intimidatorios que se adscriben al cumplimiento efectivo de la correspondiente sanción¹¹⁷. Por otro lado, tampoco parece que dichas modificaciones impacten negativamente en las necesidades de prevención especial, pues hemos ya advertido que la doctrina destaca de manera profusa que las propias condiciones personales que caracterizan al adulto mayor redundan en una sensible reducción en las exigencias asociadas a dichos objetivos, sea que se vinculen a la idea de reinserción¹¹⁸ o se refieran más bien a requerimientos de contención¹¹⁹. A este respecto hay que considerar además que la falta de expectativas vitales o de futuro propias de esta condición provocan sensibles alteraciones en el sentido que cabe asignar a los procesos orientados a su reincorporación social¹²⁰, y que también se advierten diferencias relevantes en todo lo relativo a la percepción y sentido del tiempo (por efecto del valor asignado al tiempo vivido, al que queda por vivir y por las dimensiones alteradas que conlleva la proyección de su vida)¹²¹, lo que refuerza aún más la idea de que se debe realizar una adaptación a efectos de lograr un equilibrio comparativo.

Por todo lo señalado, consideramos que se justifica plenamente -como un imperativo- la consagración de mecanismos de carácter general que habiliten a sustituir el régimen que conlleva la privación de libertad por una modalidad sancionatoria diversa, y que resulte aplicable a partir del exclusivo dato que aporta la condición que ofrece en términos característicos cualquier adulto mayor. De hecho, resulta altamente ilustrativo advertir que en los lugares donde el reconocimiento de este tipo de medidas se basa exclusivamente en el padecimiento de precarias condiciones de salud, los criterios prácticos a los que se suele atender se orientan por definiciones del todo equivalentes a las que ofrece tal condición en particular, evidenciando una operatoria que, en los hechos, admite que no es necesario el padecimiento de una patología específica para contar con una condición que permita reclamar un régimen equivalente¹²².

¹¹⁶En este sentido véase ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 188 (basado en la idea de que se trata de condenados que “sufren más”) y ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 477. En contra HERZOG, “¿No a la persecución penal?”, cit. nota n° 112, pp. 7 y 9.

¹¹⁷Con respecto a la prevención general positiva (en referencia a la intervención sobre una persona “mayor y frágil”) véase HERZOG, “¿No a la persecución penal?”, cit. nota n° 112, p. 8 y 9.

¹¹⁸RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, p. 914.

¹¹⁹Como indica ADAMS, por todos, “no se justifica la privación de libertad si ya no son peligrosos por razones de edad.” (ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 466). Véase también HERZOG, “¿No a la persecución penal?”, cit. nota n° 112, pp. 6 y 7.

¹²⁰RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, p. 914

¹²¹Se sostiene por ello -en palabras de ORNDUFF- que “los delincuentes de edad avanzada perderán un porcentaje mayor de sus vidas que los delincuentes más jóvenes” frente a un mismo tiempo de condena (ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 188) como también el que para un adulto mayor una pena de 20 o 30 años es idéntica al padecimiento de una condena perpetua respecto de un adulto de menor edad (al respecto véase ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 480; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 24).

¹²²En Carolina del Sur se destacan los siguientes elementos como caracteres habilitantes para disponer el traslado a condiciones especiales: “la constatación de falta de capacidad para el autocuidado; la presencia de trastornos sociales o emocionales relevantes; la presencia de una movilidad limitada o reducida; incapacidad para el “autogobierno” o problemas visuales, auditivos o de habla”. Además de la presencia de problemas médicos crónicos o agudos o necesidades de seguimiento médico exhaustivo. Sobre ello véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 23.

Dicho esto, y antes de abordar los diversos aspectos que supone la determinación de cuál debe ser la forma adecuada para dar cuenta de esta problemática en particular, resulta necesario puntualizar que nada de lo indicado habilita a considerar otro tipo de efectos que vayan más allá de lo señalado en torno a la ejecución de la pena de prisión (privativa de libertad). Ello pues las consideraciones expuestas no ofrecen ningún tipo de rendimiento que habilite, por ejemplo, a modificar los supuestos, efectos o caracteres que motivan y sostienen la responsabilidad penal del adulto mayor o que incidan sobre su juzgamiento¹²³, al margen de que se puedan considerar instancias que permitan “anticipar” el análisis correspondiente (por ejemplo, en el campo de la determinación de la pena¹²⁴) o de la posibilidad de advertir otro tipo de incidencias de similar configuración en torno a otros ámbitos del sistema de justicia en general¹²⁵. Asimismo, el hecho de que la condición del adulto mayor pudiese llegar a ser considerada en algunos regímenes en torno a la aplicación de otro tipo de efectos que modifican la operatoria general de los sistemas de enjuiciamiento y sanción de imputados y condenados o que se suela así considerar a través de prácticas generalizadas -reconocidas pero informales-, obedece necesariamente a razones distintas, que por ello resultan ajenas a los objetivos que nos hemos propuesto en este caso en particular¹²⁶.

3.2. Los problemas que ofrecen las alternativas de regulación.

Las razones expuestas favorecen la opción de considerar un régimen sustitutivo que permita adecuar la sanción aplicable a un adulto mayor que se encuentra en prisión condicionado a

¹²³Al respecto, por todos, véase GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota nº 11, p. 683; y PINO ABAD, Miguel, “Los ‘privilegios penales’ de los ancianos durante el antiguo régimen”, *Glossae, European Journal of Legal History*, nº 10 (2013), pp. 508-523, p. 513. No obstante, no es posible negar que existe una actitud más indulgente de parte de la judicatura y los demás actores del sistema de justicia penal (incluyendo a la policía). Al respecto véase ADAMS, “The intersection”, cit. nota nº18, p.1347; BARAK, Yoram; PERRY, Tova; ELIZUR, Avner, “Elderly criminals; a study of the first criminal offence in old age”, *International Journal of Geriatric Psychiatry*, vol. 10 (1995), pp. 511-516, p. 511; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota nº24, pp. 20 a 23 (con bastante detalle estadístico); y MOBERG, “Old age”, cit. nota nº 26, p. 774.

¹²⁴Es usual que en el ámbito de la determinación de la pena se viertan argumentos propios de la problemática del adulto mayor en prisión. Al respecto véase GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota nº4, p. 27 y 28). Cabe advertir que en algunos modelos se prevén normas expresas orientadas en este sentido como sucede concretamente en Brasil mediante la consagración de una particular circunstancia atenuante de responsabilidad fundada en el solo hecho -objetivo- de que el condenado cuente con más de 70 años de edad (ARTÍCULO 65 del Código Penal brasileño).

¹²⁵Al respecto véase HOWSE, *Growing Old*, cit. nota nº 24, p. 24; BRANK, “Elder research”, cit. nota nº 23, p. 705; GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota nº 11, pp. 678 y 679; HERZOG, “¿No a la persecución penal”, cit. nota nº 112, p. 4, 5 y 9); RENART, “El tratamiento”, cit. nota nº 4, p. 905). En términos históricos véase PINO ABAD, “Los ‘privilegios penales’”, cit. nota nº 124, pp. 509, 516, 521 y 522).

¹²⁶Así, por ejemplo, en Brasil el solo hecho de que el condenado tenga o cumpla más de 70 años de edad permite suspender condicionalmente las condenas privativas de libertad inferiores a los dos años de duración (conforme se dispone en el ARTÍCULO 77 del Código Penal brasileño), habilita a considerar plazos especiales y más acotados para la prescripción de la pena y de la acción penal (según dispone el ARTÍCULO 115 del Código Penal brasileño el cumplimiento de los 70 años antes de la sentencia detona una reducción a la mitad de los correspondientes plazos de prescripción).

un supuesto de hecho que sea representativo de dicha condición¹²⁷. Para ello la opción más intuitiva lleva a sostener dicho régimen con base en un criterio cronológico (como sucede en el caso de España, Brasil o Argentina) en términos que el solo cumplimiento de una avanzada edad (cierta y determinada) opere como detonante. No obstante, esta alternativa demanda la determinación de una “edad tipo” que sea representativa de dicha condición lo que ha demostrado ser tremendamente complejo a través de la historia¹²⁸. Si bien hay algo de claridad en asumir que una determinación de ese tipo debiera fundarse preliminarmente en una aproximación regida por criterios de carácter físico, resulta también indiscutible que dicha dimensión es a estos efectos insuficiente¹²⁹. Ello, pues da cuenta de una determinación aleatoria del fenómeno¹³⁰, que suele determinarse a partir de criterios funcionales¹³¹, y porque evidencia solo una de las dimensiones relevantes de considerar, teniendo en cuenta que la condición asociada a la vejez del adulto mayor constituye una categoría imposible de identificar al margen de variables de carácter cultural¹³².

¹²⁷Bajo dichos contenidos no resulta atendible la exigencia de requisitos adicionales fundados, por ejemplo, en la necesidad de que el condenado evidencie “arrepentimiento” u otras consideraciones personales diversas -propuestas en algunos casos- pues la razón del régimen excepcional radica en exclusiva en la condición del adulto mayor y sus caracteres particulares. Se puede advertir un criterio diverso en los fundamentos del Proyecto de Ley que “modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad”, ingresado a discusión parlamentaria por el Supremo Gobierno en los momentos en que se termina la presente contribución y que se tramita en el Congreso Nacional bajo el boletín n° 11.569-07.

¹²⁸En este sentido, tanto a nivel general como en lo relativo al sistema penitenciario véase, por todos, AHUERHAHN, “Selective in capacitation”, cit. nota n° 13, p. 362; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 6; FAZEL y GRANN, “Older criminals”, cit. nota n° 25, p. 908 y MORTON, *An administrative overview*, cit. nota n° 29, p. 2. Sobre la problemática y relatividad de la definición cronológica de anciano véase BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 702; ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 181. Asimismo, ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 467; ADAMS, “The intersection”, cit. nota n° 18, p. 1335. En términos recientes se considera plausible verificar efectos asociados a deterioro por razones de envejecimiento a partir de los 50 o 60 años en torno a ámbitos referidos al sistema de justicia criminal. Al respecto véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 19 y 20.

¹²⁹Lo dicho se asocia a la constatación de del inicio de un deterioro celular del organismo que se desencadena de forma natural (al respecto véase HUENCHUAN, *Los derechos*, cit. nota n° 56, p. 1, aproximación que se asocia a la denominada “edad fisiológica” del individuo) y que merman sus diversas capacidades funcionales e instrumentales en forma diversa (ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, pp. 79 y 80), más allá de referirse siempre a deterioros en la autonomía e independencia del individuo. Como indica MÖBERG, “Old age”, cit. nota n° 26, p. 765, “no hay una edad en la que todas las funciones físicas comiencen a mostrar una disminución (pues) el deterioro de las partes del cuerpo se produce a diferentes velocidades”.

¹³⁰Es un hecho que el deterioro también se presenta en forma diversa y relativa entre los diversos adultos mayores (BRANK, “Elder research”, cit. nota n° 23, p. 703; MORTON, *An administrative overview*, cit. nota n° 29, pp. 2 y 4), de forma que su adscripción a una edad cronológica no es más que un consenso basado en valoraciones estadísticas (ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 62; ADAMS, “The intersection”, cit. nota n° 18, p. 1335).

¹³¹El origen del uso de criterios cronológicos se asocia a la necesidad de disponer medidas vinculadas a su jubilación, recurriendo para ello a contenidos de referencia relativos a la pérdida de facultades de desempeño laboral (ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, pp. 63, 87 y 89) supuesto que lleva a determinaciones que bordean los 65 años de edad en la actualidad. Al respecto véase YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 14; y, próximo, HUENCHUAN, *Los derechos*, cit. nota n° 56, p. 2.

¹³²A este respecto resulta ilustrativo tener en cuenta que la propia OMS ofrece criterios disímiles según el contexto y funcionalidad que corresponda asignar a la determinación (como destaca KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 40) ofreciendo referencias que lo sitúan a partir de los 60 y hasta los 75 años. Se trata de una determinación que en definitiva responde a “construcciones sociales” marcadas por las necesidades, utilidades, énfasis y criterios imperantes en un momento y lugar determinado (ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 42, p. 62) de forma que se nutre y configura a partir de dimensiones

Todo lo dicho se confirma en el ámbito que ahora nos ocupa en particular, teniendo en cuenta que los diversos ordenamientos recurren -actual e históricamente- a diversas alternativas para regular efectos excepcionales fundados en la constatación de que el condenado es un adulto mayor, con criterios que fluctúan entre los 50 y los 75 años¹³³. De ahí que no sean pocas las opiniones que concluyen que, en cualquier caso, se trata de una determinación “arbitraria”¹³⁴, apreciación que compartimos por las razones ya apuntadas. De esta forma, y en tanto la edad cronológica no parece ser más que un parámetro secundario o auxiliar (y no un criterio conclusivo) entendemos que la mejor opción consiste en privilegiar la consagración de instancias de evaluación formales que se hagan cargo de certificar la concurrencia de los supuestos requeridos, en términos que permitan contar con una valoración concreta conforme a los caracteres que ofrezca cada caso en particular. El único efecto posible de adscribir al cumplimiento de cierta edad que sea representativa de la condición (“estadística”) propia de un adulto mayor podría estar asociado a la previsión de un proceso de revisión periódica de carácter forzoso, orientado a verificar o descartar la satisfacción de los presupuestos requeridos.

Por sobre ello, tampoco parece sencilla la tarea de determinar cuál debe ser la forma de reaccionar frente a este tipo de supuestos. Desde ya podemos anticipar que debe descartarse la aplicación de un régimen de reducción proporcional de la extensión del encierro en atención a que resulta evidente que no constituiría una modalidad idónea para dar cuenta de los fundamentos que justificarían su consideración. Por sobre ello, hemos dado ya algunas luces acerca de por qué la opción que parece menos dramática (esto es, el contar con unidades o recintos especiales) tampoco se puede considerar satisfactoria, al margen de que es indiscutible que ofrece algunas ventajas comparativas (especialmente si se trata de su radicación en unidades físicas independientes). En este sentido, no se puede negar que constituye una modalidad que reduce el carácter conflictivo del presupuesto que nos ocupa, en tanto permite compatibilizar la vida en prisión con las condiciones del adulto mayor sin llegar a modificar el contenido básico o medular de la pena a cumplir. Ni tampoco el que

culturales e históricas (KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, pp. 40, 44; HUENCHUAN, *Los derechos*, cit. nota n° 56, p. 1). Con ello la configuración de una imagen en torno a lo que representa la consideración social del adulto mayor varía y ha variado según condiciones de tiempo (época) y lugar. Se trata por ello de “una categoría social con fundamentos biológicos” (BARRANCO / BARIFFI, “La convención internacional”, cit. nota n° 115, p. 4; HUENCHUAN, *Los derechos*, cit. nota n° 56, p. 3; ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota n° 19, p. 62).

¹³³ CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 6. AHUERHAHN, “Selective incapacitation”, cit. nota n° 13, p. 362. Sobre las alternativas en uso, véase pp. 4 y ss. UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n° 22, p. 2. Esta indeterminación ha sido una constante histórica en torno a los efectos atribuidos en el sistema penal -y también en general- (PINO ABAD, “Los ‘privilegios penales’”, cit. nota n° 124, p. 508 y 512) si bien es un hecho que no existieron estadísticas confiables hasta fines del siglo XX pues se trata de una categoría que permaneció invisibilizada tras las cifras generales (ADAMS, “The intersection”, cit. nota n° 18, p. 1343; FORSHYT, Craig; SHOVER, Neal, “No rest for the weary: construting a problem of the elderly crime”, *Socio logical Focus*, vol. 19, n°4 (1986), pp. 375-386, pp. 375 y ss.)

¹³⁴ Al respecto véase HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 2, quien concluye que la edad no es un argumento suficiente para detonar un mecanismo alternativo de tratamiento (véase asimismo el desarrollo propuesto en pp. 29 y ss.). Se puede además consultar un resumen de las críticas esgrimidas en España respecto del carácter objetivo con que se consagra el acceso a la libertad condicional a partir de cumplimiento de la edad de 70 años en RENART, “El tratamiento”, cit. nota n° 4, pp. 917 y ss.

favorece la disposición de instalaciones y personal de especializado (opción que a veces no se encuentra siquiera disponible en el medio libre); reduce los costos de administración y gestión (pues, por ejemplo, demandan menos requerimientos de seguridad y atención en materias de salud de urgencia¹³⁵); e incrementa la seguridad de los propios ancianos que se encuentran condenados (en la medida que permite aislarlos de la población más joven que muchas veces incurre en abusos a su respecto, favorecidos en estos casos por su mayor vulnerabilidad¹³⁶). Finalmente, es claro también que favorece un mejor entorno para el desarrollo cotidiano (en especial, más tranquilo)¹³⁷ una mejor interacción con otros que se encuentran en iguales condiciones¹³⁸, resultando además propicio para contar con programas orientados especialmente a dicha población.

No obstante, también es un hecho que presentan problemas no menores que relativizan sensiblemente el mérito que de dichas ventajas con un resultado que es más bien negativo en términos comparativos. Por un lado, hay que tener en cuenta que se trata de instancias que incrementan el grado de aislamiento que supone la prisión, aumentan la soledad del día a día, la inactividad y que reducen las opciones y la calidad de la interacción con “otros”, en términos que potencian los procesos que naturalmente padecen estos internos en lo relativo a su deterioro físico y -particularmente- cognitivo¹³⁹. A este respecto destaca el que dicha opción minimiza además el contacto con el medio libre pues paradójicamente hace innecesarias las salidas informales que se justifican a efectos de acceder a las prestaciones inexistentes en dichos lugares y que sean requeridas, incrementando con ello los efectos de la prisionización¹⁴⁰. Por otro lado, suele constituir una opción que favorece la concentración de estos internos en unidades específicas de carácter nacional o regional lo que aleja a buena parte de los internos de su entorno familiar o social y de las demás personas que cumplen un rol significativo, dificultando con ello su estadía en la cárcel y los procesos de reinserción¹⁴¹. Finalmente, es usual que no cuenten con un acceso real una oferta programática o de actividades orientada a sus condiciones particulares -si es que cuentan

¹³⁵ Al respecto véase GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota n° 11, pp. 690 y 691, quienes mencionan además otras ventajas (en relación a la existencia específica de “pabellones especiales”).

¹³⁶ ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 475; CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 33; GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, p. 25; RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota n° 23, p. 152; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 72.

¹³⁷ Se encuentra ampliamente documentado el hecho de que los adultos mayores se quejan muchísimo por el ruido existente en prisión y que demandan o requieren más tranquilidad en atención a usos y costumbres de la población más joven. Al respecto véase, por todos, CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 34 y 35; CRAWLEY, “Institutional Thoughtlessness”, cit. nota n°25, p. 359. Sin embargo, debemos recordar que la mayoría prefiere no ser trasladado por el mayor aislamiento que ello supone (CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, pp. 34 y 35).

¹³⁸ En general, sobre todos estos aspectos, véase CHU, *Greying*, cit. nota n° 5, p. 14 y YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp. 23 y 24. Sobre una relación adicional de aspectos positivos en ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, pp. 183 y 184.

¹³⁹ Por todos, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp.104; CRAWLEY, “Release and resettlement”, cit. nota n° 108, p. 32. Debemos advertir además que es usual que se incluya en estos espacios a personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, provocando con ello procesos de interacción que resultan más bien deficitarios o “anormales” (ADAY, “Golden years”, cit. nota n°23, p. 49).

¹⁴⁰ YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, p. 24.

¹⁴¹ Al respecto, véase HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 29.

con alguna- pues su escaso número y la especificidad requerida dificulta la materialización de este objetivo¹⁴².

Todo lo dicho explica porqué en los estudios basados en encuestas se concluye -sin excepciones- que los internos mayores de edad “prefieren no ser trasladados” a estos recintos¹⁴³, opinión que en muchas ocasiones también se refleja en la propia administración penitenciaria pues valoran su permanencia en los recintos comunes en cuanto contribuyen a contener a la población más joven y a calmar la tensión que caracteriza al régimen institucional general¹⁴⁴. Finalmente, si bien es un hecho que la concentración de estos internos en recintos especiales favorece la gestión y reduce los elevados costos que supone su atención -especialmente en el ámbito de las atenciones de salud que requieren- es un hecho que se trata de internos que igualmente requiere prestaciones que no se pueden brindar en los recintos, debiendo por ello recurrir -y ser trasladados- igualmente a los servicios de salud. Por su parte, su permanencia en prisión supone igualmente un importante esfuerzo económico para la administración penitenciaria cuyas dimensiones no son siquiera comparables con las alternativas que ofrece el medio libre¹⁴⁵.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el uso de la libertad condicional o de otras modalidades de libertad controlada equivalentes tampoco resultan adecuadas a estos efectos. Primero pues su consideración -como primera opción- parece igualmente desproporcionada, en tanto supone un régimen considerablemente menos riguroso que el que conlleva el padecimiento del régimen en prisión. Por otro lado, hay que tener en cuenta que tales opciones se basan en la aplicación de institutos que responden a lógicas completamente diversas al que se busca canalizar mediante su utilización en estos casos en particular, en tanto orientadas -y definidas positivamente- a habilitar etapas que forman parte de los correspondientes procesos de reinserción. De ahí que propongan estatutos que en general resultan difíciles de compatibilizar con las condiciones y etapa de la vida que presenta esta población en particular¹⁴⁶. Por ello lo usual es que se basen en el cumplimiento de requisitos idóneos para canalizar las razones que justifican la

¹⁴² Al respecto véase ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota nº 19, p. 253. Este aspecto es calificado como el más relevante para evitar que este tipo de soluciones no sea equivalente a un aislamiento mayor (CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, pp. 13, 14, 33).

¹⁴³ CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, pp. 34 y 35.

¹⁴⁴ Por todos, CHU, *Greying*, cit. nota nº 5, p. 14. Lo constata asimismo HOWSE, *Growing Old*, cit. nota nº 24, p. 29; MORTON, *An administrative overview*, cit. nota nº 29, p. 12; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota nº 22, pp. 63, 73 y 74 y ABAUNZA, Et. Al, *Los adultos mayores*, cit. nota nº 19, p. 253.

¹⁴⁵ Por todos, HOWSE, *Growing Old*, cit. nota nº 24, p. 25). Se estima en general que la cifra de gastos en estos casos se triplica (ADAMS, “The intersection”, cit. nota nº 18, p. 1347; AHUERHAHN, “Selective incapacitation”, cit. nota nº 13, p. 379; GAYDON / MILLER, “Elders”, cit. nota nº 11, pp. 686 y 687; ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota nº 12, p. 175) ocupando gran parte del presupuesto asociado a servicios de salud al interior de las prisiones (ADAMS, “The incarceration”, cit. nota nº 23, p. 475; AHUERHAHN, “Selective inca pacitation”, cit. nota nº 13, pp. 361, 362 y 378; BRANK, “Elder research”, cit. nota nº 23, p. 708).

¹⁴⁶ Se entiende por ello que su liberación, bajo este título o régimen, no se justifica a pesar de que se pueda constatar que se trata de personas que no presentan riesgos de reiteración (no son una “amenaza para la sociedad”) precisamente por el hecho de que suelen no tener opciones de reinserción, que es lo que las justifica. Al respecto véase ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota nº 12, pp. 195 y 196; RENART, “El tratamiento”, cit. nota nº 4, pp. 914 y ss.

modificación del régimen en el caso de los adultos mayores o que -en ocasiones- la regulación proponga exigencias que resultan difíciles de cumplir en dichos casos¹⁴⁷. Por esta misma razón es usual que una vez aplicado el régimen no cumplan con las condiciones que supone su permanencia en libertad, pues en la mayoría de los casos la propia exigencia o imposición de dichas condiciones resulta -relativamente- absurda en atención a su condición (entre las que destaca la obligatoriedad de acceder a un régimen de formación, educación o a una ocupación laboral). Por todo ello se suele reconocer que en estos casos el uso de la libertad condicional no hace más que canalizar beneficios de carácter social, asociados particularmente a una reducción en los costos de la cárcel y del hacinamiento, sin que constituya una alternativa aceptable a los efectos que nos ocupan¹⁴⁸.

Lo mencionado lleva a concluir que la opción que se presenta como más idónea radica en la sustitución del encierro por una modalidad de reclusión domiciliaria o de carácter parcial (diurno, nocturno o relativo a ciertos días a la semana) pues constituye un equilibrio que da cuenta de mejor forma de los fundamentos que llevan a sostener su aplicabilidad. Por un lado, reduce el contenido de afflictividad de la respuesta sin que éste tenga que llegar a dejar de ser privativa de libertad; propone una sustitución que por ello no altera la naturaleza de la condena, sino que se limita a incidir en la intensidad de la restricción que conlleva su cumplimiento, siendo este el componente que precisamente se muestra en estos casos como aspecto diferencial; ofrece una flexibilidad que concede márgenes de discrecionalidad suficientes para adaptar la sustitución a lo que sea requerido en cada caso en particular, acorde a las características específicas que presenten las condiciones específicas del condenado; y, finalmente, se trata de opciones que cuentan con alternativas de control efectivas y conocidas, lo que reduce las inquietudes relativas a cualquier merma en el cumplimiento de las funciones disuasivas y retributivas de la pena.

En cualquier caso, se debe cuidar que el condenado cuente con condiciones que le permitan administrar los requerimientos que presente en materia de cuidado personal o salud pues en caso contrario -aunque suene paradójico- la sustitución puede suponer un trato materialmente perjudicial que la desaconseja¹⁴⁹.

4. Corolario: La discusión chilena y el estándar exigido tratándose de crímenes de lesa humanidad.

En Chile no se ha recogido ninguna de las alternativas mencionadas en términos positivos. Y tampoco se conoce el uso de prácticas asentadas o constantes que den cuenta una operatoria que las reconozca a nivel informal. No obstante, en los últimos años se ha

¹⁴⁷En general los adultos mayores no suelen satisfacer los estándares exigidos en cuanto al apresto, los referidos a redes de apoyo o relaciones de familia y no suelen cumplir con los programas y actividades internas que les permiten “ganar puntos” para postular a dichos “beneficios”. A ello se suma que no suelen tener opciones de empleo al salir lo que normalmente es demandado como requisito específico. Al respecto véase UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, pp. 79 y 80. Se reconoce sin embargo que en cuanto al resto de las condiciones personales son “buenos candidatos” (UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, 81).

¹⁴⁸ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 197.

¹⁴⁹Al respecto véase MAPELLI, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edición, Madrid (España): Thomson / Civitas, 2005, p. 180.

generado algún grado de debate en torno al mérito o conveniencia de su reconocimiento, teniendo en cuenta que existe un grupo no despreciable de personas de avanzada edad sujetas al cumplimiento de condenas de carácter privativo de libertad. De hecho, han sido numerosas las iniciativas de reforma legal presentadas en el último tiempo que buscan sustituir la privación de libertad por un régimen o modalidad de arresto o reclusión domiciliaria o por la aplicación -igualmente sustitutiva- de regímenes alternativos como la libertad condicional o modalidades diversas de libertad controlada, vigilada o sometida a custodia, consideradas más adecuadas a la particular condición que presenta dicho segmento de la población¹⁵⁰. Al igual que en el resto de los debates se trata de iniciativas que optan preferentemente por aludir al “padecimiento de patologías graves de carácter terminal o invalidantes, que impiden que el paciente tenga algún tipo de proyección de la vida o se pueda desenvolver con autonomía”, lo que demandaría cuidados o tratamientos especiales que resultan difícilmente compatibles con la vida en prisión¹⁵¹. En la mayoría se recurre igualmente a razones tributarias del sentido “humanitario” que debiese operar como límite para la privación de libertad¹⁵², apelando de esta forma al respeto que se debe brindar a la dignidad inherente al ser humano¹⁵³, al carácter “compasivo” que debe caracterizar al “*excarcelamiento*” en estos casos¹⁵⁴, a la necesidad de considerar el perdón humanitario en equilibrio con el “*principio de sanción al culpable*”^{155/156}.

¹⁵⁰Los Senadores Lily Pérez, Ossandón y Tuma presentaron una moción destinada a favorecer la aplicación de la libertad vigilada intensiva “a favor de personas condenadas gravemente enfermas”, fundando dicha proposición en motivos que se califican ya en el título de la respectiva iniciativa como “humanitarios” (Boletín N° 10.740-07). En la misma línea los Senadores Chahuán, Moreira y Prokurica propusieron en paralelo una forma de cumplimiento alternativo para la condena de los adultos mayores (Boletín N° 10.745-07) y otro con contenido similar para quienes padecen de una enfermedad grave, invalidante o terminal (Boletín N° 10.746-07); Posteriormente, con fecha 14 de diciembre de 2016 los Senadores Espina, Allamand, García, Pérez Varela y Prokurica, presentaron una moción para modificar el Código Procesal Penal permitiendo, por “razones humanitarias”, que “*se le aplique a la persona que se encuentra con enfermedad terminal o con un grave deterioro físico o mental irreversible, una medida de seguridad distinta a la privación de libertad*” (Boletín N° 11.020-07). También se ha discutido esta temática en el contexto de otro tipo de modificaciones a la legislación penal -particularmente en la referida a la Ley que “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos” (llamada “*ley de agenda corta antidelincuencia*”), tramitada bajo el boletín 9885-07 y que diere lugar a la Ley 20.931 (publicada en el Diario Oficial el 5 de Julio de 2016), sin un resultado satisfactorio.

¹⁵¹Se aprecian de forma auxiliar otro tipo de razones vinculadas a particulares y deficitarias condiciones de vulnerabilidad y salud; al padecimiento de enfermedades crónicas o terminales u otras condicionantes patológicas (como el Alzheimer) o al hecho de que dichas afecciones demandan asistencia física de carácter permanente. Solo en una de las iniciativas (Bol. 10.745-07) se alude directamente a la sola condición que tiene el adulto mayor en cuanto tal, limitando el acceso a quienes presenten un bajo compromiso delictual.

¹⁵²Boletines n° 10.740-07, 10.746-07 y 11.020-07. En este último se menciona asimismo “*la orientación que tiene la pena -o que debiese tener- en torno a la reinserción social*”, sin explicitar cómo o en qué forma dicho objetivo conecta con la condición que ofrecen los adultos mayores. Este mismo criterio también se sostiene en los fundamentos del Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos gales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad” (boletín n° 11.569-07) y que busca sustituir la posibilidad de que se conceda indulto particular respecto de condenas fundadas en la comisión de delitos de “*lesa humanidad*” por un sistema que favorezca la sustitución de la pena por un régimen de reclusión domiciliaria respecto de condenados que padezcan una enfermedad terminal, y que fuere presentado a trámite legislativo pocas semanas antes de que este trabajo fuese remitido a evaluación.

¹⁵³Bol. 11.020-07

¹⁵⁴Bol. 10.740-07

¹⁵⁵Bol. 10.745-07

Es un hecho que ninguna de estas iniciativas ha alcanzado niveles de concreción legislativa avanzada (al menos en lo relativo a esta materia en particular) se explica por el hecho de que aborda una temática particular que se encuentra condicionada a factores y acentos de naturaleza estrictamente política y de carácter contingente. De hecho, este factor pareciera influir decisivamente en el desarrollo de los debates y en la selección de los argumentos a favor y en contra de cada iniciativa, minimizando el papel que cabe atribuir a los méritos propios que subyacen a cada uno de los presupuestos y fundamentos aludidos. Ello es así por el hecho de que prácticamente la totalidad de la población de adultos mayores que se encuentran privados de libertad en Chile se encuentra cumpliendo condenas por delitos de secuestro, tortura u homicidios ejecutados como parte de la política de Estado desarrollada durante la dictadura militar encabezada por Augusto Pinochet, constituyendo ilícitos que constituyen “*violaciones a los derechos humanos*”¹⁵⁷. Con ello, se trata de condenas que son vistas por una parte de la población -que aún se muestra partidaria de la globalidad de lo que fue dicho régimen- como un virtual acto vindicativo e injusto (como una muestra de “justicia de vencedores”) pues interpretan la comisión de dichos delitos como parte de un “contexto excepcional”, lo que los lleva a apoyar -por ese solo hecho- cualquier tipo de medidas que favorezcan el cese de las correspondientes condenas o de su ejecución efectiva en términos amplios. Por otro lado, quienes presentan mayor cercanía o afinidad con aquellos que padecieron las consecuencias de dichos delitos suelen apelar a su indiscutible gravedad para reclamar la aplicación de consecuencias penales efectivas y particularmente severas, orientación que recibe respaldo en el contexto internacional en base a los énfasis que propone la justicia universal para la persecución y sanción de hipótesis que califican -en general- como crímenes de “*lesa humanidad*” o que forman parte del Derecho Penal Internacional (por presentar una especial consideración universal de gravedad). En dicho contexto resulta evidente que se debe descartar cualquier tipo de instancias o medida que admitan ser vista como un beneficio o que en términos prácticos o simbólicos materialicen una reducción en el carácter aflictivo de la reacción penal, por excepcionales o razonables que pudieren resultar los fundamentos que los sostengan. En este contexto todo parece indicar que la opción de que alguna de estas iniciativas llegue a transformarse en ley -con los mismos u otros contenidos similares- depende, en sentido estricto, de la factibilidad de que las fuerzas políticas logren alcanzar puntos de consenso (un “acuerdo político”) sobre aspectos y materias que resultan del todo ajenas al mérito, viabilidad o análisis de

¹⁵⁶Los únicos argumentos diversos (eminente práctico o pragmático) se mencionan en la moción individualizada con el Bol. 10.740-07 y se asocian a la carga que representan dichos cuidados para los funcionarios de Gendarmería y en una eventual responsabilidad del Estado por omisión de servicio vinculadas a las exigencias de cuidado médico y personal que demandan las condiciones de salud de esta población en general.

¹⁵⁷A marzo del año 2017 existía un total de 903 personas cumpliendo condena que tienen entre 60 y 69 años de edad; 206 presentan una edad superior a los 70 e inferior a los 80 años y 43 tienen más de 80 años (incluyendo a 3 casos referidos a personas que tienen más de 90). En síntesis, 111 personas que cumplen condenas privativas de libertad en forma efectiva superan la edad de 75 años (Fuente: Ord. 14.20.11.61/17 del Jefe de la Unidad de Estadística de Gendarmería de Chile, frente a requerimiento n° AK006T0005029 presentado a través de la plataforma de transparencia de la institución). Cabe consignar que conforme a los datos publicados por Gendarmería de Chile el CCP de Punta Peuco presenta un total de 125 condenados vigentes a Octubre de 2017 [<http://www.gendarmeria.gob.cl/>] que en su mayoría se identifican con dicha población.

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

conveniencia o necesidad que detentan dichas medidas excepcionales, y que necesariamente tendrían lugar en el marco del proceso de transición y superación política y social de los hechos acaecidos en el marco del régimen militar. A estas alturas, por lo demás, pareciera consolidarse la idea general de que los excesos y abusos ejecutados en la dictadura merecen un severo reproche social, al margen de que los efectos concretos que motivan dichas condenas, tanto para víctimas como victimarios, suelen concitar el interés específico de un segmento más bien reducido de la población chilena.

De esta forma, no podemos finalizar estas líneas sin compartir algunas consideraciones relativas a los casos en que la condena se funda en delitos que conceptualmente admiten pueden ser asimilados a crímenes de guerra o de lesa humanidad o, si se prefiere, como “*crímenes de derecho internacional*” o integrantes del “derecho penal internacional”¹⁵⁸, teniendo en cuenta que su juzgamiento y sanción suele estar sujeto a estatutos especiales que incluyen reglas asociadas a la necesidad de reducir el uso de herramientas que pudiesen favorecer, material o simbólicamente, espacios de impunidad o una reducción en el sentido, función o significado de la aplicación de la pena. La idea común o de base que caracteriza a dichos estatutos en este ámbito en particular se asocia a la necesidad de emitir una clara señal de intolerancia que lleva a caracterizar al uso del derecho penal en este ámbito en forma estricta. Fundada en el hecho de que se trata de un conjunto de ilícitos detentan una significación particular, basada en el hecho de que concitan un reproche que se califica como “universal” (crímenes de guerra y de lesa humanidad).

En este contexto parece de todo sensato propiciar medidas tendientes a restringir el uso de las herramientas que ofrece el derecho penal y que pudiesen debilitar dicha señal y los efectos asociados a la mismas, especialmente en aquellos casos en que los respectivos institutos o efectos que se dejan interpretar como auténticos “beneficios” o concesiones o como una reducción en el carácter necesario de su persecución y la sanción (alusivas a la prescripción, el indulto, la amnistía, el reconocimiento de efectos eximentes a la obediencia debida o las inmunidades de jurisdicción), incluyendo todas aquellas que pudiesen estar asociadas al régimen de ejecución (penitenciario). Se trata por ello de un contexto que razonablemente habilita a cuestionar la aplicabilidad de las conclusiones que hemos propuesto. Cuando menos obligaría a revisar su mérito en torno a estos casos en particular, considerando que se trata de supuestos particularmente excepcionales.

A este respecto conviene en primer lugar aclarar que no existen reglas específicas en nuestro derecho nacional cuyo contenido lleve a concluir que se debe rechazar la aplicación de opciones como las propuestas (reclamando una especie de aplicación preferente sobre las reglas positivas que las pudiesen consagrar, en razón a su especificidad). Y tampoco se advierten en el ámbito del derecho internacional, en términos que pudiesen obligar a reconocer una excepción o que constituyan un impedimento para su consagración o aplicación en torno a estos casos.

¹⁵⁸ Sobre la conceptualización, contenidos e implicancias véase WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. DIAZ PITA Et. Al., Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2005, pp. 76 y ss.

Es más, esta afirmación se solidifica si tenemos en cuenta que es posible identificar instancias concretas en este campo a través de las cuales se reconoce su eventual procedencia y consideración en forma explícita, como se puede advertir, por ejemplo, y con carácter fundamental en el texto del art. 110 del Estatuto de Roma. Si bien la regla señalada desestima la opción de que el Estado donde se lleve a cabo la ejecución de la respectiva condena pueda disponer alguna medida que suponga la liberación del condenado lo relevante radica en que se consagra la posibilidad de que la propia Corte Penal Internacional administre un procedimiento específico tendiente a adoptar una resolución equivalente, cuyas particularidades resultan asimilables al régimen de caracteriza a la libertad condicional. Si bien se trata de una regulación más amplia y en parte diversa en relación al caso que ahora nos ocupa (lo que en buena medida explica la naturaleza y características de las exigencias consagradas para su concesión y los criterios propuestos para el análisis de su procedencia) es claro que admite en su seno una especial consideración. En efecto, el n° 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional que regula los criterios específicos que darían lugar al uso de esta facultad, incluye en su letra e) la necesidad de considerar “*Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada*” (letra e). De esta forma, si bien no constituye un pronunciamiento explícito que tenga validez o efectos de carácter vinculante, constituye precedente clarificador respecto del tratamiento que sería razonable tolerar en relación a las condenas que pudiesen imponer los diversos Estados sobre delitos de similar connotación, y que plantea una opción que en caso alguno rechaza de forma tajante la posibilidad de llegar a administrar este tipo de mecanismos.

No obstante, es igualmente indiscutible que dichas reglas destacan de forma especial la necesidad de tener en cuenta su concreta especificidad, pues detallan de forma enérgica que, en su caso, el uso, consagración o aplicación de este tipo de instancias deberá estar sujeto a un criterio y a un proceso de valoración que se define como “especial”¹⁵⁹. Esta particular exigencia también encuentra respaldo en la escasa normativa que ofrece nuestro país en la actualidad y que regula la concesión de permisos de salida y otros equivalentes que se consagran en el “Reglamento de establecimientos penitenciarios” (Decreto supremo 518) respecto de este tipo de casos en particular. En concreto, se admite su procedencia, pero sujeta a la consideración de un especial significado de gravedad que recae sobre la “especial” consideración de “gravedad” que cabe asignar a este tipo de delitos¹⁶⁰, exigiendo además una manifestación concreta de colaboración procesal¹⁶¹.

¹⁵⁹Sobre la aplicación de esta exigencia sobre el art. 110 del Estatuto de Roma y sobre los criterios a tener en cuenta para su uso véase GARTNER, Irene (2002): “Las reglas de procedimiento y prueba en materia de cooperación y ejecución”, en AMBOS, Kai (Coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia (España): Tirant Lo Blanch, pp. 373-399, pp. 392 a 394. Este mismo criterio se ratifica en los fundamentos del Proyecto de Ley que “modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad”, ingresado a discusión parlamentaria por el Supremo Gobierno en los momentos en que se termina la presente contribución y que se tramita en el Congreso Nacional bajo el boletín n° 11.569-07.

¹⁶⁰En este sentido el artículo 109 bis de dicho cuerpo normativo señala que “*Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá que son especialmente graves los delitos de homicidio, castraciones, mutilaciones, lesiones graves gravísimas, lesiones graves, lesiones menos graves, violación, abuso sexual, secuestro, sustracción de menores, tormentos o apremios ilegítimos, asociación ilícita, inhumaciones y*

En relación a ello creemos necesario tener en cuenta que no existen razones que permitan cuestionar la corrección del supuesto de base que hemos propuesto como fundamento para plantear una modificación en el régimen de ejecución en los casos tratados a través del presente documento, ni el mérito de las razones expuestas a dichos efectos. Ello no supone en cualquier caso que el resultado deba necesariamente ser el mismo, sino que permite precisar que el problema, y la solución, se desplazan a otro contexto. En este sentido, cualquier valoración de carácter especial necesariamente deberá fundarse en factores o consideraciones diversas o adicionales, que sean representativas de las particulares necesidades de represión universal que distinguen a estos casos en particular y que permitan fundar un resultado ponderativo diverso.

Lo característico de estos casos radica en que ameritan un particular sentido de gravedad, reclamando por ello una reacción adecuada en términos de afflictividad y un mayor énfasis en la necesidad preventivo general. De lo que se trata por ello es de aplicar un estándar diferencial en la ponderación que supone la adecuación del significado valorativo (aflictivo) de la sanción, que permita un adecuado “ajuste” entre la pena que debe sufrir cualquier otro adulto y la pena ordinaria o normal (no sujeta a este régimen de gravedad excepcional). Ello implica considerar un criterio más restrictivo o exigente en la valoración de las condiciones de acceso al régimen de sustitución que se considere procedente conforme a las reglas generales (sea que recaiga en la caracterización del condenado o en las formas de reacción sustitutivas, o en ambas) y, en cualquier caso, en la exigencia de un mínimo (“preventivo general”) de privación de libertad efectiva (especialmente aplicable a quienes reciben la condena presentando ya las condiciones que son propias de un “adulto mayor”, con independencia de que se trate de delitos cometidos en forma previa o que hayan delinquirido bajo dicha condición). Lo dicho no supone modificar el desarrollo o los criterios que hemos propuesto a través de la presente contribución, pues no se abandona el desarrollo de una aproximación centrada básicamente en la igualdad que cabe dispensar en la ley respecto de todos los ciudadanos (como garantía individual que goza de reconocimiento constitucional)¹⁶². Sólo se atiende a la necesidad de ponderar comparativamente la presencia de razones de peso que den cuenta del tratamiento particular

exhumaciones, cualquiera haya sido la denominación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena, que fueren perpetrados en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos, por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”

¹⁶¹ Conforme dispone el artículo 109 ter de dicho cuerpo normativo: “*Para poder autorizar alguno de los permisos de salida regulados en este Título a los condenados por los delitos que se señalan en el artículo precedente, éstos, además de cumplir con los requisitos generales para su obtención, deberán acreditar por cualquier medio idóneo que han aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza. Para estos efectos se considerará la colaboración realizada en las causas en que actualmente se investigue, se juzgue o se haya juzgado al condenado, incluso cuando aquélla se hubiere prestado con posterioridad a la dictación de la respectiva sentencia condenatoria. La misma regla se aplicará tratándose de la colaboración prestada en causas de la misma naturaleza, seguidas en contra de otras personas.*”.

¹⁶² Sobre la necesidad de sujetar los estatutos aplicables al derecho penal internacional a los límites asociados a los derechos humanos (y, con ello, a las garantías que los respaldan) véase WERLE, Gerhard, *Tratado*, cit. nota n° 159, p. 101.

exigido, siendo sólo dicho contenido el que refleja la distinción o diferenciación que cabe brindar a estos supuestos en particular.

En cualquier caso, conviene finalmente aclarar que lo señalado en torno a los condenados que padecen enfermedades o patologías de salud mental o de carácter terminal no parecen recibir a este respecto ningún tratamiento diferencial, pues el mérito de las razones que los sostienen no se ven modificadas en modo alguno en dichos casos en particular.

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

Bibliografía

- ABAUNZA F. Carol; MENDOZA, Mónica; BUSTOS, Paola; PAREDES, Giovanni; ENRIQUEZ, Karla; PADILLA, Andrea, *Los adultos mayores Privados de libertad en Colombia*, Bogotá (Colombia): Ediciones Universidad Nacional de Rosario, 2014, en <http://www.urosario.edu.co/Accion-Social-SERES/Documentos/pi-Adultos-mayores-SERES/> [visitado el 26.02.2018]
- ADAMS, William Jr., “The incarceration of older criminals: balancing safety, cost, and humanitarian concerns”, *Nova Law Review*, vol. 19 (1994-1995), pp. 465-486.
- ADAMS, William Jr. “The intersection of elder law and criminal law: more traffic than more might assume”, *Stetson Law Review*, Vol. 30 (2000-2001), pp. 1331-1352.
- ADAY, Ronald, “Golden years behind bars special programs and facilities for elderly inmates”, *Journal Federal Probation*, Vol. 58, n°2 (1994), pp. 47-54.
- AHUERHAHN, Kathleen, “Selective incapacitation, three strikes, and the problem of aging prison populations: using simulation modeling to see the future”, *Criminology and Public Policy*, vol. I, n°3 (2002), pp. 353-388.
- ALCACER GUIRAO, Rafael (1998): “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LI (2002), pp. 365-587.
- BARAK, Yoram; PERRY, Tova; ELIZUR, Avner, “Elderly criminals; a study of the first criminal offence in old age”, *International Journal of Geriatric Psychiatry*, vol. 10 (1995), pp. 511-516.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen; BARIFFI, Francisco J., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su potencial aplicación a las personas mayores”, Informes “*Portal Mayores*” n° 105 (2010), en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-convencioninternacional-01.pdf>. [visitado el 26.02.2018]
- BERMEJO, Juan Carlos, “Humanizar el servicio social y judicial”, en COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Colección multidisciplinaria sobre víctimas de delito*, Volumen II, México: 2012, pp. 89-115.
- BIERMANN, Teresa; DIPPEL, Olga; BERGNER, Matthias; KELLER, Jochen; COFFEY, Claire; SPERLING, Wolfgang; BLEICH, Stefan; KORNHUBER, Johannes; REULBACH, Udo, “Assaults in the elderly. A population-based study with victim and perpetrator characteristics”, *Journal of Forensic Sciences*, vol. 56, n°3 (2011), pp. 669-673.
- BOBADILLA, Carlos, “La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”, *Revista Política Criminal*, Vol. 11, N° 22, art. 7 (2016), pp. 548-619.
- BRANK, Eve, “Elder research: filling an important Gap in Psychology and law”, *Behavioral Sciences and Law*, n° 25 (2007), pp. 701-716.
- CARNEVALI, Raúl; MALDONADO FUENTES, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile: Especial atención a problemas de constitucionalidad”, *Revista Ius Et Praxis*, año 19, n°2, (2013), pp. 385-418.
- CHU, Victor, *Greying Behind Bars: The older male offender’s experience of prison life and preparations for resettlement*, 2009, en <https://howardleague.org/wp-content/uploads/2017/02/Greying-Behind-Bars.pdf> [visitado el 26.02.2018]

- COUSO, Jaime, “La especialidad del derecho penal (sustantivo) de adolescentes. Principios de derecho internacional y estándares desarrollados en el derecho comparado” en COUSO, Jaime; DUCE, Mauricio, *Juzgamiento Penal de adolescentes*, Santiago (Chile): LOM, 2013, pp. 301-342.
- CRAWLEY, Elaine, “Release and resettlement: the perspectives of older prisoners”, *Criminal Justice Matters*, n° 56, Vol. 1 (2004), pp. 32-33.
- CRAWLEY, Elaine, “Institutional Thoughtlessness in Prisons and Its Impacts on the Day-to-Day Prison Lives of Elderly”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21 (2005), pp. 350-363.
- CRAWLEY, Elaine; SPARKS, Richard, “Hidden Injuries? Researching the Experiences of Older Men in English Prisons”, *Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 44, n° 4 (2005), pp. 345-356.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago (Chile): Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.
- DINNISS, Stephen, “Case report: Violent Crime in an elderly demented patient”, *International Journal of Geriatric Psychiatry*, n° 14 (1989), pp. 889-891.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 3° edición revisada y actualizada, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- FAZEL, Seena; GRANN, Martin, “Older criminals: descriptive study of psychiatrically examined offenders in Sweeden”, *International Journal of Geriatric Psychiatry*, n°17 (2002), pp. 907-913.
- FAZEL, Seena; HOPE, Tony; O’DONNELL, Ian; JACOBY, Robin, “Unmet Treatment needs of older prisoners: a primary care survey”, *Age and Ageing*, N° 33, Vol. 4 (2004), pp.396-398.
- FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela; ISERN, Mariana, “El principio supremo de justicia y el desarrollo del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos en la posmodernidad”, *Oñati Socio –Legal series*, n°8 (2011), pp. 1-11
- FLETCHER, George, *Gramática del Derecho Penal*, trad. MUÑOZ CONDE, Francisco, Buenos Aires (Argentina): Hammurabi, 2008, 461 pp.
- FORSHYT, Craig; SHOVER, Neal, “No rest for the weary: constructing a problem of the elderly crime”, *Sociological Focus*, vol. 19, n°4 (1986), pp. 375-386.
- FREIBERG, Arie, “Affective versus effective Justice”, *Punishment and Society*, Vol. 3 (2) (2001), pp. 265-278.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, *Nociones Fundamentales de la Teoría del delito*, Tercera edición actualizada, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- GARTNER, Irene (2002): “Las reglas de procedimiento y prueba en materia de cooperación y ejecución”, en AMBOS, Kai (Coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia (España): Tirant Lo Blanch, pp. 373-399.
- GAYDON, Beth; MILLER, Mónica, “Elders in the Justice System: How the system treats elders in trials, during imprisonment, and on Death Road”, *Behavioral Sciences and Law*, n°25 (2007), pp. 677-699.
- GUBLER, Tia; PETERSILIA, Joan, *Elderly Prisoners Area Literally Dying For Reform. California Prison Reform*, Documento de Trabajo del "Sentencing and Corrections Policy Project", Stanford Criminal Justice Center, Stanford University, 2006,

MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”.

[enhttps://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=977249](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=977249) [visitado el 26.02.2018].

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2009.

HERZOG, Félix, “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos?. Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal”, *Revista Política criminal*, nº5, D1-5 (2008), pp. 1 a 9.

HOWSE, Ken, *Growing Old in prison. A scoping study on older prisoners*, Centre for Policy on Ageing and Prison Reform Trust, 2003, en http://www.prisonreformtrust.org.uk/uploads/documents/Growing.Old.Book_-_small.pdf [visitado el 26.02.2018].

HUENCHUAN, Sandra, *Los derechos de las personas mayores. Materiales de estudio y divulgación. Módulo 1. Hacia un cambio de paradigma sobre el envejecimiento y la vejez*, CEPAL, Naciones Unidas, 2011, en https://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo_1.pdf [visitado el 26.02.2018].

HUENCHUAN, Sandra (Edit.), *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*, Santiago (Chile): Cepal-Celade, 2009, en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2538/8/S0800533_es.pdf [visitado el 26.02.2018].

JAKOBS, Gunter, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid (España): Thomson-Civitas, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho Penal: Parte General*, Trad. Miguel Olmedo, Quinta edición, Granada (España): Comares, 2003.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Las personas ancianas en la jurisprudencia Argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, nº1 (2006), pp. 37-68.

MALDONADO FUENTES, Francisco, “Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes”, *Revista de Derecho. Escuela de Post grado. Universidad de Chile*, nº5 (2014), pp. 17-54.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución”, *Revista de Estudios Públicos*, nº108 (2007), pp. 117-205.

MAPELLI, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edición, Madrid (España): Thomson / Civitas, 2005.

MARCHIORI, Hilda, “Ancianos-adultos mayores. Los procesos de victimización y su asistencia victimológica”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Colección multidisciplinaria sobre víctimas de delito*, México, 2012, pp. 41-56.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ G., Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, Tomo I, Santiago: Edit. Thomson Reuters, 2015.

MOBERG, David, “Old age and crime”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 43, nº6 (1953), pp. 764-776.

MORTON, Joann, *An administrative overview of the older inmate*, National Institute of Corrections, 1992, en <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=144056> [visitado el 26.02.2018].

- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Reimpresión de la Tercera edición, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- ORNDUFF, Jason, “Releasing the elderly inmate: a solution to prison overcrowding”, *Elder law Journal*, n° 4 (1996), pp. 173-200.
- ORTIZ Q., Luis; AREVALO C., Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- PARROT, J. M.; TAYLOR, P., *Psychiatric aspects of elderly offenders*, Bracton Internal Reports, n° 1, 1991, pp. 747-752, en https://www.researchgate.net/profile/Seena_Fazel/publication/236882642_Chapter_40_Oxford_Textbook_of_Old_Age_Psychiatry/links/0deec519e0fc5bee85000000/C_hapter-40-Oxford-Textbook-of-Old-Age-Psychiatry.pdf [visitado el 26.02.2018].
- PINO ABAD, Miguel, “Los ‘privilegios penales’ de los ancianos durante el antiguo régimen”, *Glossae, European Journal of Legal History*, n° 10 (2013), pp. 508-523.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad*, segunda edición corregida y aumentada, Santiago (Chile): Thomson Reuters, 2014.
- RAMÍREZ GARCÍA, Telésforo, “Envejecimiento en reclusión: un estudio de caso de los adultos mayores mexicanos en situación de cárcel”, *Revista Kairós*, n°12 (1) (2009), pp. 149-180.
- RENART G., Felipe, “El tratamiento jurídico de la ancianidad en el penitenciarismo español: pasado y presente”, en SANZ DELGADO (Dir.), *Derecho Penal y penitenciario: Nuevos desafíos del sistema penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Doctor D. Germán Small Arana*, Mexico: Ed. Ideas, 2016, pp. 883-923.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona (España): José María Bosch, 2002.
- UZOABA, Julius, *Managing Older Offenders: Where do we stand?*, Research Branch, Correctional Services of Canadá, 1998, en http://www.csc-scc.gc.ca/research/092/r70_e.pdf [visitado el 26.02.2018].
- WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. DIAZ PITA Et. Al., Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2005.
- YAGÜE OLMOS, Concepción (Coord.), *Análisis de la ancianidad en el medio penitenciario*, Madrid (España): Ediciones Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2009.
- YORSTON, Graeme; TAYLOR, Pamela, “Commentary: Older Offenders – no places to go?”, *Journal of American Academy of Psychiatry Law*, n° 33 (2006), pp. 333-337.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires (Argentina): Ediar, 2005.
- ZIMBARDO, Philip, *Transforming California’s prisons into expensive old age homes for felons: Enormous hidden costs and consequences for California’s Taxpayers*, Report of Center on Juvenile and Criminal Justice, 1994, en http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/transforming_californias_prisons_into_expensive_old_age_homes_for_felons.pdf [visitado el 26.02.2018].