

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ANALISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Memoria para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORES

CATALINA ANDREA FERNANDEZ SANCHEZ

IGNACIO JOSE SUAREZ EYTEL

Profesor Guía Eduardo Sepúlveda Crerar

SANTIAGO-CHILE 2004

RESUMEN . . .	7
INTRODUCCIÓN . . .	8
Primera Parte: . . .	10
DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN GENERAL. . .	11
CAPÍTULO I: . . .	11
REACCIÓN PENAL DEL ESTADO. . .	11
Evolución del Estado y del <i>ius puniendi</i>: . . .	11
Reacción penal del Estado frente al delito. . .	15
Principios limitadores de la actividad punitiva. . .	27
4. Conclusiones. . .	31
CAPITULO II: . . .	33
LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. . .	33
Breve reseña histórica de la pena privativa de libertad. . .	33
Las penas privativas de libertad. . .	35
Caracteres de las penas privativas de libertad. . .	37
Las penas privativas de libertad que contempla el Código Penal. . .	38
Determinación de la pena privativa de libertad. . .	41
Extinción de la pena. . .	51
Consideraciones sobre los límites de las penas privativas de libertad y sus efectos. . .	57
Consecuencias de la prisionización. . .	58
Conclusiones. . .	64
Segunda Parte: . . .	67
DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. . .	68
CAPITULO III: . . .	68
LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. . .	68
Concepto de ejecución de la pena. . .	68
Naturaleza jurídica de la ejecución de la pena. . .	70
3. Naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad en nuestra legislación. . .	73
4. Conclusiones. . .	74
CAPITULO IV: . . .	74
NORMAS QUE REGULAN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN CHILE. . .	75
Constitución Política de la República de Chile. . .	75
Código de Procedimiento Civil ¹⁰⁴ . . .	77
Código de Procedimiento Penal ¹⁰⁵ . . .	78
Nuevo Código de Procesal Penal ¹⁰⁶ . . .	79
Código Penal ¹⁰⁷ . . .	80
Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería. . .	81
Estatuto del personal de Gendarmería y Reglamento. . .	82

Reglamento de establecimientos penitenciarios. . .	82
9. Decreto Ley Número 321 y Decreto Número 2.442. . .	86
10. Ley 19.856. . .	86
11. Otras normas. . .	86
12. Conclusiones. . .	87
CAPITULO V: . . .	89
NORMAS INTERNACIONALES QUE RIGEN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. . .	89
1 Tratados internacionales. . .	89
2. Breve noción de los derechos humanos. . .	89
3. Internacionalización de los DD.HH y limitación de la soberanía de los Estados por el Derecho internacional humanitario. . .	91
4. Características especiales de tratados sobre derechos humanos. . .	92
Incorporación de los tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico. . .	93
6. Tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política de la República. . .	93
Institucionalización de los Derechos humanos contenidos en tratados internacionales: Consecuencias y características. . .	94
Perdida de eficacia y aplicabilidad de los tratados. . .	97
Especial fuerza pasiva de los tratados internacionales respecto de las normas jurídicas internas. . .	98
Tratados internacionales sobre DD. HH y normas jurídicas internas anteriores. . .	98
11. Tratados internacionales sobre DD.HH. y normas jurídicas internas posteriores. . .	99
12.Derechos Humanos: sistema de doble fuente y la doctrina del bloque de constitucionalidad. . .	100
13. Jurisdicción nacional e internacional en los temas de DD.HH. . .	101
Tratados internacionales de DD.HH y los Tribunales nacionales. . .	102
15. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. . .	103
16.Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre. . .	104
17. Pactos y Convenciones internacionales que reconocen Derechos Humanos de carácter general. . .	105
Instrumentos internacionales sobre tratamiento penitenciario. . .	122
19. Tratados, convenciones y principios en contra de la tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes. . .	157
20. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio). . .	163
21. Conclusiones . . .	168
Tercera Parte: . . .	176
DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR. . .	177
CAPITULO VI: . . .	177
SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA RELACIÓN JURIDICO PENITENCIARIA. . .	177
1. Introducción. . .	177
2. Los sujetos en la relación jurídica penitenciaria. . .	178

3. Conclusiones . . .	201
CAPITULO VII: . . .	205
ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS. . .	205
Establecimientos penitenciarios. . . .	205
Evolución de los establecimientos penitenciarios. . . .	206
Principios de organización de los establecimientos penitenciarios. . . .	214
Creación, modificación y supresión de los establecimientos penitenciarios. . . .	215
Clases de establecimientos penitenciarios. . . .	216
Sistema de establecimientos concesionados. . . .	227
Conclusiones. . . .	237
CAPITULO VIII: . . .	239
REGÍMENES Y TRATAMIENTOS PENITENCIARIOS . . .	239
Régimen penitenciario. . . .	239
Tratamiento penitenciario. . . .	240
Evolución de los regímenes y tratamientos penitenciarios. . . .	241
Normas sobre el ingreso del penado a un establecimiento penitenciario. . . .	245
Horarios. . . .	246
Regímenes penitenciaros en particular. . . .	246
Tratamiento penitenciario en Chile. . . .	252
8. Conclusiones. . . .	298
CAPITULO IX: . . .	300
MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. . .	300
Conceptos, fundamentos y finalidades. . . .	300
La ley 18.216 y sus precedentes normativos. . . .	301
Órganos encargados de la ejecución de las medidas alternativas. . . .	302
Medidas Alternativas contempladas en la Ley 18.216. . . .	312
5. Conclusiones. . . .	328
CAPITULO X: . . .	329
CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA. . .	329
Introducción: . . .	329
Patronato Nacional de Reos. . . .	330
Tratamiento post-penitenciario. . . .	332
Consecuencias jurídicas. . . .	333
5. Conclusiones. . . .	339
GLOSARIO . . .	340
BIBLIOGRAFÍA . . .	344
REVISTAS. . .	348
WORLD WIDE WEB. . .	348
OPINIONES CONSULTIVAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. . . .	348
RESOLUCIONES Y SENTENCIAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. . .	349

JURISPRUDENCIA TRIBUNALES NACIONALES. . .	349
LEGISLACIÓN CHILENA. . .	349
DECLARACIONES, TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES . .	350
LEGISLACIÓN COMPARADA. . .	351

RESUMEN

El presente trabajo pretende revisar sistemáticamente los diversos aspectos jurídicos de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Consideramos la pena privativa de libertad desde el momento de su nacimiento hasta la etapa post-penitenciaria.

Se analiza la situación jurídica del penado frente al ente punitivo y los órganos que intervienen en la ejecución de la pena. Nos referimos a la legislación nacional e internacional que rige la actividad punitiva del Estado y a la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Se efectúa también una revisión a las medidas que pretenden sustituir la aplicación efectiva de la prisión.

Por último se hace una referencia a la evolución histórica de las prisiones y los regímenes aplicados, como también una exposición del actual sistema penitenciario que rige en Chile y de nuestra realidad en infraestructura carcelaria.

INTRODUCCIÓN

En mayo del año 2001, acaeció uno de los hechos más importantes en nuestra historia jurídica: se derogó la pena de muerte. Este suceso, además de colocar a nuestro país en un sitial de mayor correspondencia con la evolución jurídica occidental y de materializar una coherencia lógica entre nuestro ordenamiento jurídico y los tratados internacionales ratificados por Chile, situó a la pena privativa de libertad como la más relevante reacción penal de nuestro sistema. Es decir, aquella pena de reciente ocurrencia histórica, se establece hoy como la principal consecuencia aflictiva impuesta por el Estado a aquellos que infrinjan la normativa penal.

A pesar del mencionado hecho histórico, debe señalarse que la pena privativa de libertad siempre a tenido un rol protagónico en nuestro sistema punitivo y en general en nuestra sociedad. A saber, de nuestro extenso catálogo de delitos, la mayoría son sancionados con la privación de libertad. Por otra parte es de raigambre colectiva el hecho de saber que cualquier delito es penado con la cárcel.

Es también importante considerar que la libertad es uno de los bienes más preciados que tiene el hombre, llegando a constituir un derecho humano esencial. Por lo que privar al hombre de parte del ejercicio de uno de sus derechos más relevantes, resulta por lo demás una compleja reacción estatal, que pone fuertemente en tela de juicio los poderes del Estado y su finalidad esencial.

De las escuetas razones mencionadas y de sin duda muchas más, las que sería excesivamente lato mencionar en esta introducción, pero que se irán explicando en el transcurso de este trabajo, es que la pena privativa de libertad se tornó para nosotros en uno de los objetos de estudio más interesante de todo nuestro sistema jurídico.

Como objetivo esencial pretendimos estudiar la pena privativa de libertad desde un punto de vista normativo y doctrinario, avocándonos al estudio de la pena, su ejecución y de los sujetos que intervienen en el cumplimiento de ésta.

De modo de sistematizar de mejor forma el trabajo realizado, optamos por dividirlo en tres partes.

En la primera parte nos ocupamos de manera general de la ejecución de la pena. Como inicio de nuestra investigación nos centramos en su fuente de origen y sustento, es decir la facultad de penar del Estado o *ius puniendi*. La pena es una reacción penal del Estado, y como tal debe encontrarse fundamentada en el objetivo de éste, es decir el bien común. Por otra parte un Estado de Derecho requiere garantizar y proteger el bien común social, surgiendo así los límites del *ius puniendi*. Posteriormente nos avocamos a la pena privativa de libertad, su evolución histórica, su definición doctrinaria, y su plasmación en nuestra legislación.

De este modo, la primera parte de este trabajo nos permitió obtener los elementos necesarios para comprender en forma global y adentrarnos con suficientes conocimientos al estudio de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En una segunda parte, estudiamos la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como también sus fuentes formales. Lo anterior con la finalidad de obtener el marco normativo de nuestro tema y determinar la pertenencia jurídica de sus normas. Hicimos especial hincapié en las normas de derecho internacional debido a su carácter humanitario y la actual relevancia de éstas.

Por último y en una tercera parte, nuestro interés se centro en la aplicación de la pena privativa de libertad, enfocándonos especialmente en los establecimientos penitenciarios, en los régimen y tratamientos, así como también en la denominada etapa post-penitenciaria. Debido a su importancia nos detuvimos en el estudio de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

Es así como en esta revisión doctrinaria y normativa intentamos entregar un panorama general de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como también de sus consecuencias y evoluciones, fundamentos y finalidades, de modo de dar pié a un necesario estudio científico-jurídico de una de las áreas más sensibles e ingratas del sistema penal.

Primera Parte:

DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN GENERAL.

CAPÍTULO I:

REACCIÓN PENAL DEL ESTADO.

Evolución del Estado y del *ius puniendi*:

Se denomina *ius puniendi*, al poder de castigar del Estado, a la facultad de éste para imponer sus decisiones a las personas, en materia que afecten los derechos fundamentales.

El *ius puniendi*, se justifica por una necesidad de seguridad de los pueblos, sin embargo sus manifestaciones han variado sustantivamente en los últimos siglos, por cuanto es una clara proyección de los sistemas políticos y económicos vigentes en un tiempo determinado.

La visión de Estado y la forma en que se manifiesta el poder penal inciden directamente en la concepción de pena, en su finalidad y en la forma de aplicación de ésta. La visión de Estado influye asimismo en la política criminal que lleve a cabo un país e incluso en la definición de delito que un ordenamiento jurídico estatal determinado tenga. Se comprende entonces, que dichas alteraciones hayan sido tan sustantivas, durante la evolución de un Estado absoluto a uno liberal de Derecho.

Debido a la importancia de la evolución del Estado, de la facultad punitiva y de la pena, se hace necesario una revisión a lo menos somera, de la progresión histórica de los fenómenos en comento, considerados desde que existe un concepto de Estado propiamente tal.

Entre los siglos XV y XVIII se consolidan los Estados nacionales en su primera forma, cual es la absoluta, definida en base de la soberanía, en el poder supremo inalienable e imprescriptible radicado en un rey. El soberano es fuente material del Derecho, con poder total sobre los ciudadanos.

Políticamente, el Estado absoluto se caracteriza por la fuerte concentración del poder en manos del monarca, por la identificación del Estado, del poder y del soberano, y por la injerencia de este poder en todos los ámbitos de la vida, tanto social como cultural y económica.

Las características señaladas se explican en gran medida, debido a la necesidad de obtener recursos para financiar las diversas campañas militares, lo que conlleva a que las naciones se vean obligadas a obtener sustento económico y racionalizar sus riquezas. Surgen entonces, el mercantilismo como doctrina económica y por último el movimiento iluminista, que genera el despotismo ilustrado, justificando el poder estatal como la forma de obtener el máximo bien común de los súbitos.

Jurídicamente, el soberano concentra todo el poder, incluyendo el judicial y legislativo. El rey no se encuentra subordinado a la ley, él la crea y es superior a ella, atendiendo sólo a la ley natural o divina, uno de los pocos límites del poder del monarca, al igual que la inalienabilidad de sus derechos como gobernante y de los derechos del reino; de la concepción de la función de gobierno condicionada al bien común y felicidad de los súbditos; y por último de los derechos privados emanados de la propiedad y de los contratos.

De los anteriores rasgos esenciales del absolutismo, se desprenden ciertas conclusiones respecto del ejercicio del *ius puniendi* y de la pena. La identidad entre soberano y Estado, entre la ley divina que consagra el poder terrenal del rey, y el Derecho creado por éste, vinculan estrechamente a la moral, la religión y al derecho penal.

El soberano ejerce un mandato encomendado por Dios, por lo tanto, la infracción a las normas que éste dicte en el ejercicio de dicho mandato, es considerada como un atentado al monarca y por ende a su mandante de origen divino. La pena es entonces, bajo esta concepción, un castigo para quién se ha rebelado en contra de Dios y por ello requiere de expiación.

El monarca, como fuente de Derecho y causa eficiente de éste, disponía a su arbitrio de las libertades y derechos fundamentales de las personas.

El crecimiento de la burguesía, la acumulación de riquezas, el cambio de la estructura social y la independencia de los ciudadanos respecto de un soberano absoluto, son las grandes consecuencias de este período y lo que, en definitiva, da paso a un nuevo concepto de Estado.

El Estado absoluto resulta ser una fase necesaria para ingresar a una sociedad liberal. La concentración del poder y el aumento de las riquezas, contribuyen al nacimiento del capitalismo.

La pena, en cuanto a su ejecución, no queda exenta de aportes a esta transición. Surgen los centros penitenciarios como recintos correccionales de vagos, mendigos, prostitutas y algunos delincuentes en espera de una condena, en los cuales la explotación laboral, era el tratamiento idóneo para lograr personas de bien y productivas. Estos recintos carecieron de cualidades mínimas de salubridad y humanidad.

Las concepciones de Estado burgués, contrato social y la expresión soberana del pueblo, surgen como una reacción ineludible a los excesos del período antes visto.

La Revolución Francesa, la consagración de los Derechos del hombre y el ciudadano, la soberanía residente en el pueblo, son los principios que rigen este nuevo período histórico. La ley ya no es una manifestación del monarca, sino del pueblo. Los ciudadanos son todos iguales ante la ley, y los derechos y deberes sólo emanan de ésta. Al totalitarismo reacciona la revolución, con el principio de separación de las funciones. El poder estatal es uno sólo, pero cada órgano específico tiene a cargo una función exclusiva.

El constitucionalismo y su lucha por la limitación de los poderes, la primacía del individuo, que en virtud del pacto social se había despojado de parte de su libertad, pero que conservaba derechos naturales e inalienables que debían ser respetados y salvaguardados por un ente organizado, al cual se le había otorgado poder para que cumpliera con dicha finalidad, hacen surgir el concepto de Estado de Derecho. El pensamiento liberal y las fuertes raigambres griegas de los iluministas, manifiestan la necesidad que el Estado actúe dentro de los márgenes del Derecho.

Del sometimiento del poder público al Derecho, surge una forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos de los ciudadanos por medio de la subordinación de los poderes del gobierno a la ley, que es la voluntad de la Nación.

El Estado liberal de Derecho, se desarrolla bajo el concepto de abstencionismo (*laissez-faire*) del poder del Estado, limitado al máximo. Se amplía entonces la autonomía de los individuos que debían desarrollarse libremente en los planos sociales y económicos. El poder estatal, sólo debía cumplir con sus funciones de orden público y de seguridad.

El liberalismo tiene consecuencias respecto de la pena, sus fundamentos y finalidades y por ende respecto de su ejecución. Las teorías retributivas, que se analizarán posteriormente, surgen como fundamento de la penalidad. El libre albedrío, también contribuye como fundamento a la concepción y existencia de la pena. En un período contiguo, surgen las doctrinas preventivo generales, que fundamentan la pena en una amenaza social, para que los ciudadanos se inhiban de infringir la ley.

Lo cierto es que ambas doctrinas, a pesar de lo opuesto de sus fundamentos, parten de una noción racional de Estado y de persona, alejando la divinidad del sistema penal.

El control social, la represión del Estado y la afectación de derechos, debían encontrarse justificados por necesidad social de bienestar y equilibrio. El principio de legalidad, pilar de esta nueva forma de Estado, exige que sólo el legislador mediante una ley previa y conocida por todos, imponga sanciones para conductas humanas que atenten en contra de bienes que se consideran merecedores de protección por vía punitiva.

La evolución de la propiedad privada, contribuye a que el objeto del delito y sus penalidades más importantes, recaigan en los atentados a ésta. La atrocidad de los atentados a la vida y a la integridad física, la escasa función social de las penas corporales, y la contemplación de garantías constitucionales que protejan los bienes señalados, dan entrada a la pena privativa de libertad como una de las más relevantes en las legislaciones. Sin embargo, los recintos carcelarios, no evolucionaron en la misma medida que lo hizo esta pena, por lo que el lamentable estado de las prisiones y sus internos, repercutió fuertemente en personas influidas por los ideales de la época, como HOWARD, quien en su intenso recorrido por las prisiones europeas y americanas, denunció las miserias de las cárceles y propuso sistemas penitenciarios más acordes con una rehabilitación, pero por sobre todo más adecuados a un ser humano. Su aporte, al igual que el de otros como BECCARIA, contribuyó a que el Estado centrara su mirada hacia los recintos carcelarios, y que se responsabilice por los ciudadanos privados de libertad. Posteriormente, a mediados del siglo XX, tratados internacionales reconocerían materialmente los derechos fundamentales del ser humano y establecerían normas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

En suma, desde el surgimiento del Estado de Derecho, del principio de legalidad y de separación de funciones, se crean límites importantes a la disposición arbitraria que antes existía respecto de los derechos fundamentales, al mismo tiempo de reconocerlos como finalidad, en cuanto a su tutela por parte del Estado. El fundamento jurídico y político del poder penal del Estado se encuentra en la protección de los derechos y libertades de sus ciudadanos.

Continuando con la evolución de los distintos sucesos históricos, es con la revolución industrial y diversas revoluciones sociales, que se comienza a centrar la mirada política en el individuo, que a pesar de las consagraciones legislativas veía alejados los postulados de igualdad y protección a sus derechos fundamentales.

Durante el siglo XIX cobran importante vigor las teorías de prevención especial, sirviendo de norte a diversas legislaciones quienes vieron en la rehabilitación o resocialización del delincuente una respuesta más humana y acorde con la finalidad del Estado y de la pena.

La pena privativa de libertad encuentra su auge, sin desplazar aún a la pena de muerte. Respecto de su ejecución, la cárcel comienza a ser considerada como parte importante del sistema resocializador, influyendo esto tanto en su arquitectura como en los regímenes penitenciarios aplicables a los reclusos.

Surge progresivamente la noción de Estado social de Derecho, modalidad en la que se amplía la protección de los derechos de las personas, cumpliendo el Estado un rol más activo. La constitución, debía dejar de ser un cuerpo normativo repleto de fórmulas, para que pudiera hacer efectivas dichas consagraciones, encontrando en la realización de esta la legitimación del poder ejercido.

Los valores del Estado liberal de Derecho, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación política, comienzan una degeneración inminente, oponiendo sus consecuencias con los fines del Estado. La alternativa, surgida desde el mismo concepto de Estado, tiene ya, a mediados del siglo XX, consagraciones constitucionales. Es así como, el Estado social surge como superación del Estado liberal, reafirmando sus valores, efectuando compromisos sociales y abandonando la legalidad abstracta. El Estado no se contrapone ya a la sociedad, sino que componen un sistema de interrelación, con un rol activo por parte del Estado en la neutralización de los efectos nocivos del sistema imperante.

Como una vez lo fue la libertad, la dignidad pasa a ser protagonista en este nuevo Estado, pasando a ser una condición y ya no una fin de éste.

Es así, como durante el siglo XX, diversas corrientes se han preocupado del rol del Estado en materia penal, limitando su injerencia en la autonomía de las personas e incrementando la responsabilidad de éste respecto de las garantías constitucionales. Los Organismos internacionales surgen en este período de la historia, a causa de las Guerras Mundiales, con un interés en hacer efectivo el humanismo que debería caracterizar las decisiones estatales, con relación al ejercicio de su facultad punitiva. Se consagran así los límites del *ius puniendi*, dándole un contenido de carácter internacional al principio de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad etc.

La función protectora del derecho penal, se ve en este estadio enfrentada de una forma más enfática a su contrapartida, la función garantista.

Los marcados ideales, exigen una lucha constante respecto de la pena de muerte, logrando ser, en el siglo pasado, abolida de gran parte de las legislaciones del mundo.

La resocialización recobra un carácter más humano, surgiendo una fuerte reacción en contra de los movimientos intervencionistas, primando la dignidad y autonomía ser humano que es el condenado.

Es también en el siglo pasado, donde tienen su cuna los movimientos abolicionistas que pretenden deslegitimar completamente al Estado, en el ejercicio de su *ius puniendi*. Otras doctrinas, como el Derecho Penal mínimo, surgen con mayor énfasis, recordando al Estado su rol protector penal, y el concepto de *ultima ratio*. La despenalización y descriminalización cobran importancia, sobre todo en los arcaicos tipos penales que sancionaban conductas morales o que significaban claros resabios del derecho penal de autor.

La legitimación del *ius puniendi* proviene entonces, del modelo consagrado en la constitución y en los tratados internacionales. Pero además, su legitimación debe estar dada por una serie de principios del mismo ordenamiento punitivo, producidos por él y consagrados por él, de modo de otorgar al Estado un actuar coherente y respetuoso de los derechos humanos.¹

Reacción penal del Estado frente al delito.

El Estado en virtud de su rol tutelar se encuentra obligado a reaccionar frente a hechos que ponen en peligro o dañan los bienes jurídicos importante para la sociedad. La comisión de un hecho punible conlleva una serie de consecuencias jurídicas de diversa naturaleza. En lo que nos atañe, sólo veremos las consecuencias de naturaleza penal, que implican la mencionada reacción tutelar. Estas consecuencias, son esencialmente: la pena, las medidas de seguridad y la denominada “tercera vía”.

De las consecuencias vistas, nos detendremos a analizar el fundamento y la finalidad de la pena, por ser el objeto de este trabajo la pena privativa de libertad. Sin embargo, mencionaremos las otras alternativas de respuestas penales, de modo de comprender su finalidad y eficiencia, en comparación con las penas y en especial las privativas de libertad.

La pena.

Concepto.

La pena es la más relevante de las consecuencias jurídicas de la infracción de una norma penal.

La pena es la consecuencia jurídica penal, prevista por el legislador e impuesta por un tribunal competente, a los partícipes imputables de una acción u omisión tipificada, que implica la aflicción de uno o más derechos de los sancionados.

La imposición de una pena por un tribunal competente, se denomina condena.

Nuestra Constitución no da un concepto de pena, pero establece las garantías de un debido proceso, consagra el principio de legalidad en materia penal y el respeto a las garantías constitucionales y derechos fundamentales.

La pena, ha sido definida como un mal, una aflicción de derechos, sin embargo, no toda pérdida o suspensión de derechos establecida por la ley es una pena. Al ser la pena una consecuencia jurídica penal, reviste ésta naturaleza, por ende, debe ser una manifestación del poder punitivo del Estado, limitado por los principios, tratados y la constitución, y condicionados por los fines de éste y los propios de la pena.

2.1.2 Fines de la pena.

La comprensión de la sanción penal implica el entendimiento de lo que el Estado pretende al imponerla.

El Derecho penal es definido a su vez por la pena, de esta forma señala ROXIN “Si un precepto pertenece al Derecho penal, no es porque regule normativamente la

¹ (28) GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., sostienen una legitimación extrínseca del *ius puniendi*, proveniente de la Constitución, los tratados y pactos internacionales y de la D.U.DH y una legitimación intrínseca proveniente del propio ordenamiento penal, representada por una serie de principios que inspiran y limitan su actuación. Derecho Penal, Parte General. 1998. Pág. 77.

infracción de mandatos o prohibiciones...sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.”²

En suma, la finalidad de la pena, es la finalidad del Derecho penal. Es por ello que numerosos autores, han intentado responder a tan relevante cuestión, de modo que han sido innumerables las doctrinas, siendo clasificadas éstas, a mediados del siglo XVIII por ANTON BAUER, en doctrinas absolutas y relativas y mixtas, las cuales revisaremos someramente.

a) Teorías absolutas.

En este conjunto, se agrupan aquellas teorías que consideran que la pena se fundamenta en sí misma y cualquier otra finalidad es accesorio, y no vinculante respecto de ésta, de ahí, su denominación de absolutas.

Los más connotados exponentes de las doctrinas absolutas son: CARRARA, CARNELUTTI, HEGEL, KANT. Sin perjuicios de los diversos matices, que cada uno de estos autores le imprimen a su concepción de pena y su justificación, éstas doctrinas se caracterizan por considerar que la pena obedece al concepto de justicia³, que el mal impuesto es la retribución del mal causado, que con la pena se pretende restablecer el orden social y que el hombre posee “libre albedrío”, por lo que se hace responsable de sus actos y sus consecuencias.

Estas teorías consideran al hombre un ser inteligente, capaz de manifestar su voluntad y libre para decidir si actúa o no conforme a Derecho. Si dentro de la esfera de su voluntad se encuentra la intención de infringir la norma penal y ésta se externaliza, será responsable de su actuar y deberá asumir la consecuencia legítima impuesta en el ordenamiento jurídico, que es la pena.

El Derecho debe reconocer el libre albedrío de las personas y hacerlos responsables de sus infracciones y darles la posibilidad de expiación⁴. La pena, es decir la retribución del sufrimiento ilícito causado, es el vehículo por el cual, el delincuente, pasa de un ser antisocial a uno social.⁵

² (55) ROXIN, CLAUS. Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 1997. Tomo I. Pág. 41.

³ Para KANT, la ley penal es un imperativo categórico, una necesidad ética que responde a la seguridad y a la protección de la sociedad, como lo resalta claramente en su conocido ejemplo de la isla, cuya población decide dispersarse, pero aún así debe ejecutarse al último asesino (ley del talión), “para que se sepa el valor que merecen hechos y para que la culpa no recaiga sobre el pueblo, que sería considerado, de no mediar el castigo, participe en esa violación de justicia.”, Extracto de “*Methaphysik der Sitten. Ester Teil*”. de MANUEL KANT citado en (49) Derecho penal, de POLITOFF LIFSCHITZ, S. Tomo I. 1997. Pág. 42

⁴ CARNELUTTI, refiriéndose a la finalidad superior de la pena “...el orden, cuando se ponga como se debe, en el plano de lo infinito, no es que los libres sean libres y lo siervos continúen siendo siervos; sino que los siervos se conviertan en libres, y que se aumente la libertad de los libres...” en relación a esto, complementa en páginas posteriores de la misma obra, señalando: “... Para responder a su función la pena debe resolverse en la imposición al reo de un modo de vivir, por el cual él puedan lo más pronto y lo más seguramente posible, alcanzar el arrepentimiento y, con ello readquirir la libertad”. (8) CARNELUTTI, F. El problema de la pena. 1947. Págs. 38 y 40.

⁵ Para quienes la pena es expiación, el sufrimiento es la única forma de ennoblecer a quien incurrió en un delito, de hacerlo más hombre, de modo que la sociedad se encuentra en la obligación de garantizar este derecho a la pena o derecho a ser mejor. HEGEL considera que se honra al delincuente, al imponerle una pena, ya que se lo acepta como una persona autónoma.

Para los clásicos, en especial para CARRARA, si bien hay una coincidencia respecto de la libertad como fundamento de la responsabilidad penal, existe una diferencia en cuanto este autor no le atribuye a la pena una finalidad expiatoria, sino por el contrario, considera que la única utilidad de la pena reside en el restablecimiento del orden externo de la sociedad, y el fundamento racional del derecho punitivo debe buscarse en la defensa del Derecho, que impone la suprema ley del orden ⁶.

Los exponentes de estos postulados, consideran al delito un mal que produce el quebrantamiento del orden social y la pena, también es un mal, es decir un igual pero contrario, y por lo tanto restablece el equilibrio social. En palabras de CARNELUTTI: ⁷
 “El delito y la pena deben ser, exactamente, anverso y reverso de la misma medalla”.

De lo anterior resulta, uno de los más importantes aportes que se le atribuye a las doctrinas absolutas ⁸. Al considerar la pena como justa retribución al delito, ésta por ende, debía ser justa, es decir, existir una proporción entre la culpabilidad del infractor y pena, descartándose de éste modo, las penas arbitrarias y limitando al poder punitivo del Estado a ceñirse a una estricta correspondencia entre culpa y la pena, evitándose así, las penas excesivas ⁹. Esta proporcionalidad, como límite del poder punitivo, implica también, una concepción garantista y de respeto hacia la dignidad humana, lo cual es reconocido actualmente como una de las contribuciones importantes de estas doctrinas.

A pesar de los mencionados aportes, las teorías absolutas han sido criticadas, en primer lugar, desde el punto de vista de la finalidad del Derecho penal, que es la

⁶ Uno de los pilares del pensamiento clásico reside en considerar la pena como restablecimiento del derecho dañado, es así como CARRARA señala: “El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias necesarias de las penas, y alguna de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable, aun cuando faltarán todos estos resultados. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad.” Extracto de “Programa del Derecho Criminal”, de FRANCESCO CARRARA, citado por (1) AGULEDO BETACOURT, N. Grandes Corrientes del Derecho Penal: Escuela Clásica, El pensamiento de Francisco Carrara. 1993. Pág. 23.

⁷ Para CARNELUTTI los hombres comprenden el bien a través de las leyes de la naturaleza que se manifiestan el orden del universo. Estas leyes se cumplen actuando en correspondencia al orden armónico del universo, haciendo el bien. Pero si se viola una ley, se produce un desorden que deben ser restaurado, y el medio para volver a este equilibrio es la pena. (8) Ob. Cit. CARNELUTTI, F. Pág. 29.

⁸ ROXIN estima que uno de los méritos de las doctrinas retribucionistas “...radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena...Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculadas.” (55) Ob. cit. ROXIN, C. Pág. 84.

⁹ CARNELUTTI al referirse a la relación formal entre pena y delito, señala en su obra citada, “El problema de la pena” que: “...La identidad objetiva es manifiesta en la fórmula del talión, pero el Talió pertenece a una fase primaria del derecho, el cual, a medida que la supera, parece alejar, desde el punto de vista de la identidad objetiva, el delito de la pena; en particular, esta impresión está determinada por una tendencia noble del derecho penal moderno, en el que la creciente multiplicidad de delitos corresponde una siempre creciente uniformidad de las penas.”. Este mismo autor, al referirse a la equivalencia entre delito y pena, señala: “...alguna cosa debe haber de igual entre los dos hechos (Ej. : matar-delito y privación de libertad-pena) si el segundo ha de tener con respecto al primero el carácter de pena.”.(8) Ob. cit. CARNELUTTI. Pág. 16 y 32

protección subsidiaria de bienes jurídicos, por lo que no se puede considerar a la pena como un fin en sí misma, prescindiendo de todos los fines sociales.

Surgen reparos respecto de la premisa indemostrable sobre la cual se edifican estas doctrinas, esto es el “libre albedrío”. No se puede estructurar la consecuencia jurídica penal de un delito sobre una base empíricamente indemostrable y que sólo se sostiene como un postulado de fe.

Por lo demás, considerar que la pena obedece a un concepto metafísico de justicia, se contrapone con la concepción de Estado que debe procurar el bien común de sus ciudadanos, ya que estos le han otorgado el poder y las normas, que el Estado tiene la obligación de hacer respetar. Las normas son la consagración de la voluntad de sus ciudadanos y no manifestaciones de un orden universal.

Merece reserva también, la finalidad moralizante o expiadora que señalan algunos exponentes de éstas teorías, ya que en la realidad, la mayoría de los condenados no interiorizan su culpa de modo de purificar y ennoblecer su persona, y aunque fuese así no es deber del Estado consagrar como finalidad de la pena, un acto que reviste caracteres de personal, moral y autónomo del condenado.

La consideración retributiva de la pena, más que ser un mal que suprime a otro mal, resulta ser una cadena de males, que daña aún más a la sociedad que se pretende defender. El conocimiento de la etiología criminal, estadísticas de reincidencia, los sufrimientos ajenos a la pena a que se ve sometido el condenado y sus familias, corroboran no sólo lo errado de éste postulado, sino que además la necesidad que considerar en la pena misma otras finalidades, más sociales y de acuerdo a la función del Estado moderno. Sin olvidar, que no todo mal es legítimo, y que la pena siempre debe respetar la dignidad y los derechos esenciales del ser humano, ya que al Estado sólo le compete la protección de estos, y no su vulneración, aunque se trate de criminales atroces, puesto que el principio de igualdad ante la ley, no debería permitirselo.

Por último, la negación de las teorías absolutas respecto de la necesidad de la pena, obligan a considerar su ejecución sin excepción alguna, lo que puede ocasionar un mayor perjuicio al condenado, más allá del meramente retributivo y debilitar fuertemente la prevención específica del delito.

Teorías relativas.

Estas teorías se oponen diametralmente a las expuestas con anterioridad, por cuanto consideran que la pena tiene una finalidad eminentemente social y que su principal misión es la prevención de actos delictuales.

Esta corriente, usualmente se divide en doctrinas preventivo-generales y de prevención-especial, en atención a la complementación efectuada por BETHAM, a la estructuración de BAUER.

El punto de unión de estas teorías radica en que la pena tiene como función la prevención del delito y su legitimación se encuentra en la utilidad social que de ésta se pueda obtener, en cuanto a evitar futuras infracciones al ordenamiento penal. El planteamiento ya no resulta ser *Punitur, quia peccatum est* (se pena porque se ha pecado), sino *Punitur, ne peccetur* (se pena para que no se peque).

La consideración determinista del ser humano, es uno de los grandes reparos que se le efectúan a estas teorías. La instrumentalización de la persona, su utilización

como medio de evitar delitos futuros, limita estrechamente con lo ilegítimo, con relación a la actuación del Estado y a la dignidad de la persona.

i) Teorías de la prevención general.

La primera manifestación de las teorías relativas, se encuentra en su modalidad preventivo general, cuyos orígenes se remontan a los griegos y a su pensamiento filosófico, el cual encuentra cabida en los pensadores ilustrados como BECCARIA, J. BETHAM, P. VON FEUERBACH, G. FILANGIERI.

La pena tiene como finalidad advertir a la sociedad y en especial, a quienes “podrían” tener alguna inclinación hacia el delito, que si incurren en un infracción, serán sancionados efectivamente, como lo fueron aquellos que infringieron el

Derecho. Es una coacción psicológica¹⁰, que pretende actuar en la comunidad, con el fin de evitar que el ciudadano falte las ordenanzas punitivas, por temor a la sanción.

La pena, entonces, es considerada como una amenaza penal, y su ejecución, un claro mensaje a la sociedad de que el castigo existe, cuando se comete una infracción.

La eficacia preventiva de estas teorías radica en la ejecución de la pena, ya que si ésta no se aplica o se aplica en forma distinta a la señalada en la norma, la sanción carecería de todo contenido.

La intimidación producida en la sociedad debido a la ejecución de sanción, es lo que se denomina prevención general negativa. Además de este aspecto negativo, existe una prevención general positiva, que mira desde otro ángulo la finalidad conminatoria de la pena. Es fundamental, para ésta última consideración, que exista un respeto y confianza por parte de la sociedad hacia el ordenamiento jurídico penal y su aplicación por parte de los tribunales. De esta forma, se le atribuye a la pena tres consecuencias esenciales, las cuales son: la actuación pedagógica del Estado al promover el aprendizaje de los individuos por medio de la efectiva aplicación de las sanciones; la confianza de la comunidad en el sistema penal; por último, un efecto pacificador que se produce al solucionar el conflicto jurídico social con el autor del hecho.

Estas teorías tienen aún, una especial influencia en la teoría de la pena y en las consideraciones represivas político criminales. Resulta importante, las consideraciones de estas teorías respecto de la claridad de las normas penales, en cuanto a la conducta y a la sanción, de modo que, la sociedad pueda conocer y motivarse por medio del tipo. Destaca también, la importancia que le concede a la persecución estatal del delito, a los procedimientos penales y a la ejecución

¹⁰ La teoría de la prevención general fue desarrollada principalmente por el profesor de Derecho y magistrado alemán, PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833), quién elabora la “Doctrina de la coacción psicológica”, en la cual considera al hombre como un potencial delincuente y que la pena y en especial la ejecución de ésta, debían provocar en el individuo una sensación de desagrado tal, que lo obligase a desistirse de la comisión del hecho punible. ROXIN, en su libro; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito; extrae un párrafo del manual de FEUERBACH en el cual se grafica claramente su pensamiento: “Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión.”. En Italia, ROMAGNOLI, en un postulado similar al de FEUERBACH, habla de la pena como un “contraimpulso”, que inhibe el “impulso” o deseo de cometer un acto reprochable penalmente. (55) Ob. cit. ROXIN, C. Pág. 90.

de la pena, obviando a la pena como algo únicamente abstracto y resaltando los mecanismos que se ponen en movimiento, para la determinación del delito y la pesquisa del delincuente. Lo anterior debido a que es todo este conjunto el que influye en la concepción de justicia penal de la sociedad, lo que redundaría en el respeto y creencia de los ciudadanos en el ordenamiento penal y la tranquilidad social.

A pesar de su amplia permanencia en el tiempo, las doctrinas preventivo-generales, han sido fuertemente criticadas por su consideración determinista del ser humano, como también, por la escasa comprobación fáctica de sus postulados.

Con relación al supuesto de conminación o coacción penal de la norma respecto de los ciudadanos, estas doctrinas reciben fuertes críticas ya que si bien, existe una presunción legal de conocimiento de la ley, esto no se da en la práctica. El común ciudadano ignora los tipos penales y sanciones, ya sea en forma absoluta, en caso de normativas especiales, o en forma parcial, desconociendo el alcance de la norma y la sanción que conlleva. Por regla general, las personas tienden a identificar un sistema de valores ético sociales con las normas penales, coincidencia que existe en gran medida, pero que no es suficiente para elaborar una teoría de conminación penal y menos poder comprobar sus resultados, sobre todo considerando que en la mayoría de los casos (en especial respecto de los delitos más sensibles para una comunidad, ej.: violación, homicidio, secuestro, incluso los robos con intimidación y violencia) la advertencia y reprobación moral resulta más poderosa que la amenaza sancionatoria del Estado. Por el contrario, existen muchos delitos, que no son reprobados fuertemente por las reglas ético-sociales, y si sancionados por el ordenamiento jurídico, y en gran parte de los casos, el sujeto infractor podría ignorar la coacción formal, debido a la casi inexistencia de una coacción informal. En conclusión, es más probable que una persona se inhiba de delinquir por corresponder con sus valores sociales, que por respetar la ley penal. Lo anterior, sin olvidar que existen personas que ignoran ambos sistemas de reprobación o que no les son suficientes.

Otro supuesto errado del que parte esta teoría, reside en que sólo el delincuente, que es sancionado y recibe la pena sirve como ejemplo para la sociedad, olvidándose de la cantidad de delincuentes que nunca serán sorprendidos o que lo serán respecto de sólo alguno de los delitos cometidos.

Por último, una de las críticas fundamentales, radica en que a favor de la prevención general, no existe límite alguno para la imposición de sanciones, y ni la lesión al bien afectado ni la culpabilidad del autor son suficientes si la amenaza lo requiere, para cumplir con su finalidad. Lo anterior, puede llevar a sanciones draconianas, desmedidas, que atenten contra los derechos fundamentales y los principios rectores de un Estado de Derecho.

ii) Teorías de la prevención especial.

Esta vertiente de las teorías relativas, encuentra su desarrollo principalmente en la escuela clásica del Derecho penal, y a sus mayores exponentes en LOMBROSO, FERRI, GÁROFALO y FRANZ VON LIZT.

En 1794, Marqués de BECCARIA, en su obra “De los delitos y las penas” señalaba que el fin principal de la pena era evitar que el delincuente reincidiera. Para estas teorías, la finalidad de la pena radica en evitar que se cometan delitos, por parte de

quien ya delinquiró, a través de un tratamiento reeducativo y de readaptación social. La prevención, va dirigida hacia el autor del delito, de ahí su calificativo de especial.

Estas teorías, cuyo desarrollo alcanzó su punto álgido en la segunda mitad del siglo XIX, se basa en la idea de que el ser humano es un individuo determinado, tanto por factores genéticos y biológicos como por factores micro y macro sociales. Esta concepción, se opone radicalmente al “libre albedrío” que promulgaban los retribucionistas.

El político-criminal alemán, FRANZ VON LIZT, sostenía que la prevención especial puede ser llevada a cabo de tres formas: asegurando a la sociedad frente a lo infractores, encerrando a los delincuentes; intimidando por medio de la pena a los autores para que no se cometan futuros delitos; y corrigiendo a los delincuentes para evitar su reincidencia. Con relación a esto, LIZT postula un tratamiento diferenciado para lograr que el autor se abstenga de delinquir, esto es: la neutralización o inocuización del delincuente incorregible; la intimidación del delincuente ocasional y que no quiera ser corregido; la corrección de los corregibles, es decir, de aquellos que quieren ser corregidos.

Es común en estas teorías, encontrarse con el concepto de criminal incorregible o como lo expuso, el psiquiatra forense LOMBROSO, el delincuente “nato”¹¹. Del mismo modo FERRI expone, que los esfuerzos de un régimen de prevención especial deben estar destinados a los delincuentes ocasionales y no a aquellos incorregibles, por defectos congénitos¹².

El gran aporte de la escuela preventivo especial radica en el tratamiento del delincuente, exigiéndole una función social a la pena, de modo de readaptar o resocializar, como se denomina hoy en día, al delincuente, de forma de evitar la comisión de nuevos delitos.

Al respecto, esta teoría aun encuentra un lugar importantísimo en los Códigos penales y sobretudo en los reglamentos penitenciarios de los más diversos países occidentales, los cuales tienen en mayor o menor medida la resocialización como norte en sus políticas penitenciarias¹³.

¹¹ LOMBROSO concibe al delincuente grave como un ser predestinado al delito, y a través de sus tesis del atavismo y la degeneración, fundamenta la concepción del delincuente “nato” como una regresión humana hacia el hombre primitivo, estigmatizado tanto síquica como física y fisiológicamente. Además, LOMBROSO distingue otros tipos de delincuentes, tales como el delincuente “loco”, el delincuente “ocasional”, el delincuente “pasional”.

¹² FERRI, al criticar a la escuela penitenciaria y su principio de individualización señala que “Es necesario concentrar todos los esfuerzo y prestar la mayor protección posible a los delincuentes ocasionales, cuya enmienda es casi siempre facilísima y no prodigar inútiles cuidados y estériles atenciones a los criminales incorregibles por defecto congénito de su temperamento orgánico o psíquico, que siempre con el régimen penitenciario más perfecto, suave o duro, con el mayor cuidado por parte de las sociedades de patronatos, responden con nuevos delitos, a penas las condiciones externas les ofrecen el más leve pretexto o excitación.” (24) FERRI ENRICO. Los hombres y las cárceles. [s.a.]. Pág. 9.

¹³ Sin perjuicio de los posteriores comentarios más detallados que se efectuarán al tratar el Reglamento de Establecimientos Penitenciario, es necesario mencionar como ejemplo de la importancia de éstas teorías preventivo especiales, que nuestro R.E.P en su art. 1 señala: “La actividad penitenciaria se regirá por las normas contenidas en éste reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujeto a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.” Del mismo modo, el Reglamento

Sin perjuicio del valioso aporte señalado, son varias las críticas respecto de los postulados preventivo especiales. Surgen reparos por su visión deterministas del ser humano, que resulta ser una premisa improbable empíricamente, al igual que el “libre albedrío” de las teorías absolutas. En segundo término, la idea de resocialización, plantea dos cuestiones fundamentales, la primera sí es posible resocializar a una persona, planteamiento que se ha ido desvirtuado en la praxis, fundamentalmente por lo poco alentadores resultados obtenidos, debido principalmente, a la cantidad de recursos que esto implica y a la escasez de éstos, destinados a tal misión. La segunda cuestión es la vulneración de los derechos esenciales que puede implicar una resocialización, esto es manipular o intervenir a una persona al punto de convertirla en otra, que sí acepte la sociedad y responda a su valores. Esta última cuestión, de ribetes éticos y jurídicos, es una de las grandes discusiones que actualmente se plantean en el ámbito doctrinario, respecto de la finalidad preventiva de la sanción penal. En todo caso, es valido señalar, que cualquier tratamiento, para aspirar a un mínimo de efectividad, debe contar con la aquiescencia del tratado.

Por último, es necesario recalcar que estas teorías no efectúan aporte alguno respecto de la medida de la pena y pueden relativizar los límites de ésta, al extender una sanción al tiempo necesario para que el individuo se rehabilite o a lo menos que no presente peligro de cometer nuevos delitos. A lo anterior se agrega la imposibilidad de estas teorías de contemplar una justificación para la imposición de una pena a los infractores que no necesitan rehabilitación alguna.

Teorías mixtas.

Se denominan de este modo aquellas teorías que ven en el retribucionismo, en la prevención general y en la prevención especial, fines simultáneos de la pena, que no se excluyen entre sí y son de igual rango.

Estas teorías pretenden superar las desventajas surgidas de las concepciones absolutas y relativas.

i) Las teorías unificadoras preventivas.

Estas teorías, consideran que la pena debe tener una función tanto retribucionista como preventivo especial y general. Sin embargo los fines retributivo e intimidatorio son los predominantes, considerando en segundo plano el aseguramiento del delincuente y su resocialización.

Se crítica a estas consideraciones ser meras modificaciones de las teorías absolutas, siéndoles válidos todos los reparos efectuados a éstas.

Otra variante, más reciente, considera de igual importancia todos los fines analizados y según sea el caso, primar uno por sobre el otro. ROXIN, denomina a esta visión “teorías unificadoras aditivas”¹⁴ y las crítica por cuanto carecen de fundamento teórico propio, limitándose a sumar los fines absolutos y relativos, sin un sentido que permita sustentar una teoría unitaria ni salvar las carencias de cada teoría en forma individual.

Penitenciario español, en su art. 2 expone en forma más enfática que “La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad...”

¹⁴ (55) Ob.cit. ROXIN, C.. Pág. 94 y ss.

Como alternativa opuesta, ROXIN plantea la “teoría unificadora preventiva”, cuya función, en sus palabras, consiste en “anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción... a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis.”¹⁵

ii) La teoría unificadora preventiva “dialéctica” de CLAUS ROXIN.

Los pilares de esta teoría son: en primer lugar, considerar como fin exclusivo de la pena la prevención; en segundo lugar la renuncia de toda finalidad retribucionista; y por último el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena.

Como señalamos, el fin de la pena es exclusivamente la prevención, tanto general como especial, sin importar en que estadio de aplicación se encuentre la pena, ya que siempre deberá buscar su justificación en la protección de la sociedad y en la prevención de nuevos hechos delictivos.

Lo importante de considerar ambas teorías relativas, radica en que su validez permanece tanto en el caso de que una sentencia al ser aplicada conlleve ambas finalidades, como en el caso de que no conlleve ninguna, o que sólo conlleve prevención general por cuanto no existe temor de reincidencia o que existiendo intención de rehabilitar, no se puede llevar a cabo por el rechazo a ésta por parte del autor.

La prevención especial y general, también se manifiestan en formas distintas en el proceso de aplicación del derecho penal. Esto es, en primer lugar, cuando el legislador establece la sanción en la norma, se cumple una función preventivo general, advirtiendo a la comunidad de la imposición de determinada sanción si se comete un acto ilícito. En segundo término, al imponer en la sentencia una pena al autor, se debe considerar en la misma medida las necesidades preventivo especiales

como generales¹⁶. Por último, en la ejecución de la pena, prima absolutamente la prevención especial. Lo anterior no implica, la exclusividad de cada fin en cada uno de los estadios señalados, sino más bien existe una ponderación diferenciada. En la teoría unificadora, no se pretende una suma sin sentido de las finalidades, primando una sobre otra sin razón, lo que pretende el autor con sus fundamentos, es “un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal”¹⁷.

Respecto de la renuncia a toda retribución como esencia de la pena, ROXIN señala que, las instituciones jurídicas no tienen esencia alguna independiente de sus

¹⁵ Ibid. Pág. 95

¹⁶ Se debe obtener un equilibrio entre las dos prevenciones, en el caso de conflicto, que se puede producir en la determinación de la cuantía de la pena, ya que por ejemplo la prevención general podría plantear una pena mayor a la que se sostendría con una finalidad preventivo especial. La pena no se puede reducir de tal modo que no cumpla con una finalidad preventivo general, que lleve a una desconfianza por parte de la sociedad, hacia el ordenamiento jurídico; y ha de considerarse la prevención especial hasta el límite que la prevención general lo permita.

¹⁷ (55) Ob.cit. ROXIN, C. Pág. 98

fines, sino que ésta se determina mediante el fin que se quiera alcanzar. Por lo demás, que la pena implique un “reproche social”, no requiere que la sanción en su esencia sea retribución o causa de un mal, pues la desaprobación de la conducta puede derivar en la resocialización con motivo de evitar futuros hechos infraccionales.

A pesar de la renuncia a toda retribución, ROXIN rescata un elemento de esta teoría, cual es el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. A través de este principio, se intenta subsanar las deficiencias de las doctrinas preventivas, las cuales no limitan el poder de sancionar, esencial en un Estado de derecho. El límite de la pena, lo encontramos, entonces en la culpabilidad del autor, en cuanto la sanción no puede durar más allá de esa frontera, aunque por la finalidad resocializadora o de advertencia social, sea recomendable un límite superior. El Estado no puede disponer a su arbitrio de la libertad del autor, si no que debe limitarse a la medida de la culpa de éste. De lo anterior se desprende que se puede quedar bajo el límite máximo impuesto por la culpabilidad, en la medida que la prevención especial lo exija así y que esto no atente contra la prevención general.

De esta forma, ROXIN plantea el principio de culpabilidad como medida de la pena, rechazando el de proporcionalidad. Las medidas de seguridad encuentran su límite en el principio de proporcionalidad, brindándole al Estado una mayor posibilidad de intervención en la libertad del individuo. Lo expresado, encuentra su explicación teórica en la prevención que implica la medida de seguridad, lo que excluye la determinación de la sanción por el principio de la culpabilidad, debido a su fijación sobre el hecho cometido y esta limitación no puede lograrse de ningún otro modo. Esto último, implica que el principio de proporcionalidad es sólo una prohibición de exceso en el actuar estatal, pero limita en menor medida el poder punitivo.

ROXIN, ha introducido el concepto de “prevención de integración”, para ensamblar sin traumatismos las finalidades de la pena en su teoría unificadora. La prevención de integración es “el efecto pacificador que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente de manera que el conflicto social se soluciona a

pesar de la infracción normativa”¹⁸. La pacificación se consigue con la aplicación de la pena justa en la medida de la culpabilidad, por que es lo que corresponde al sentimiento jurídico de la sociedad. El concepto de prevención de integración resulta ser una antesala para la reparación del daño en el sistema de reacciones penales. La reparación del daño, tiene una eficacia preventivo integradora, ya que cuando la víctima y la sociedad, sientan que el perjuicio sufrido por el hecho delictual ha sido reparado, se producirá un sentimiento de paz jurídica.

d) Otras tendencias.

En la actualidad, existen teorías que sostienen que la pena no tiene finalidad alguna, resaltando la inutilidad del sistema penal y llegando incluso a deslegitimizar el poder punitivo del Estado.

De las tendencias señaladas, revisaremos someramente algunas de éstas, en sus postulados más básicos.

¹⁸ (59) PÉREZ MANZANO, M. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de antinomias de los fines de la pena EN: SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA (editor). Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a CLAUS ROXIN. 1997. Pág. 74.

i) Derecho Penal Mínimo.

El exponente más destacado de esta teorías es LUIGI FERRAJOLI, quien principalmente a través de su obra “ *Il Dirritto penale minimo* ” sostiene el fracaso del sistema represivo respecto de la prevención especial como general. Crítica también los procesos penales, su lentitud, y sus consecuencias de estigmatización, para el acusado.

Los minimalistas, como su nombre lo expresa, pretenden reducir, el sistema penal a la mínima expresión posible en una sociedad.

Uno de los planteamientos más destacados de esta corriente, reside en la descriminalización de algunas conductas, consistiendo esto, en la supresión absoluta de la conducta tipificada y de su sanción, sin recurrir, en su reemplazo a cualquier otro tipo de reacción formal. Se sostiene fundamentalmente, respecto de conductas que atenten contra la moralidad pública, o se desarrollen en espacios íntimos de los ciudadanos en los cuales el ordenamiento penal no debería inmiscuirse. Ejemplos importantes de descriminalización, en nuestro país, son los casos de los tipos de amancebamiento y adulterio.

Otra modalidad de reduccionismo penal, es la despenalización, consistente en el reemplazo de la reacción punitiva, por otra reacción formal, que no revista carácter penal. Se pretende una injerencia más vasta del Derecho civil o administrativo u otro rama, en las conductas reprobables. Resulta, de especial eficacia, por ejemplo, en aquellos delitos denominados de “ *bagatella* ”.

ii) El abolicionismo penal.

Los abolicionistas, cuestionan drásticamente el sistema penal y su legitimación para imponer sanciones.

Este movimiento surge como reacción a la pena muerte. Posteriormente, se postulan contrarios a las penas privativas de libertad y favor del cierre de las prisiones. Actualmente, sus fundamentos pretenden la abolición de todo el sistema penal, considerado como una herramienta de la industria del control social, que sustrae el conflicto de los verdaderos partícipes (autor y víctima), quienes son los únicos que deberían estar facultados para su resolución.

Los detractores del abolicionismo, lo consideran como una utopía, considerando necesario e imprescindible la función tutelar del Estado respecto de los derechos esenciales de los ciudadanos, y por ende la existencia del Derecho penal.

Las medidas de seguridad.

Al igual que la pena, la medida de seguridad es una consecuencia jurídica penal del delito.

Su fundamento, se encuentra en la peligrosidad criminal del delincuente y sus fines son propios de la prevención especial.

La gran diferencia respecto de la pena radica en su fundamento, puesto que no supone culpabilidad del sujeto. De ahí que como segunda vía, pueda ser utilizada en sustitución o complementación de la pena impuesta en la sentencia.

La pena es la reacción formal frente al delito cometido. La medida de seguridad es la reacción a la peligrosidad del sujeto que ha cometido un hecho punible.

Al igual que la pena, la medida de seguridad implica limitaciones a los derechos humanos por lo que también se encuentra amparada por el principio de legalidad y su imposición sólo debe efectuarla un tribunal competente.

Los fines propios de estas medidas son: la readaptación social; el aseguramiento de la sociedad por medio de la separación del sujeto afecto a las medidas; y la exclusión de la sociedad del considerado peligroso.

La evolución de las medidas de seguridad es reciente, denominándose como “segunda vía penal”. Lo anterior, plantea un pugna entre los sistemas monistas y los dualistas. Los primeros postulan la implantación de un régimen único de medidas, que sustituya a las penas, siendo aplicable solamente la pena o la medida de seguridad. Las teorías dualistas esencialmente plantean la posibilidad de aplicación de ambas consecuencias a un mismo condenado, por un mismo hecho delictual.

Se objeta respecto del sistema dualista, la creación de medidas de duración indeterminada, que afecten de manera más severa los derechos del sujeto y en el caso de que coexistan con una pena, permitan una prolongación de ésta, más allá de lo predispuesto por la sentencia. El anterior reparo cobra especial valor respecto a

las medidas de seguridad privativas de libertad ¹⁹ .

Respecto de las teorías monistas, se repara en cuanto a que no cumple de forma efectiva la función de garantía del Derecho penal, ya que gran número de condenados son capaces de responsabilizarse por sus actos, sin perjuicio de algunos “caracteres de peligrosidad” susceptibles de corrección, por medio de tratamiento. En estos casos, se haría necesaria la medida de seguridad, como protección social y la pena como restauradora del orden y conminación general.

Por último, cabe anotar la diferencia con las medidas pre-delictuales. Estas pretenden proteger a la sociedad del peligro que implica un sujeto, pero sin que haya cometido un hecho punible o haya sido condenado.

2.3. La “tercera vía”.

Se denomina “tercera vía” del Derecho Penal, a la reparación del daño consecuencia del delito, como alternativa a la pena y a la medida de seguridad.

Esta nueva propuesta, es de origen reciente, y actualmente es arduamente discutida y se pretende, otorgando un carácter estrictamente penal, incluir la reparación del daño producido a la víctima del delito, como una de las consecuencias penales del delito.

El fundamento de quienes sostienen la reparación como sanción penal, es por un lado, la satisfacción de forma más íntegra de los intereses de la víctima, que actualmente, en la mayoría de los casos, se ven frustrados y por otro lado la menor lesividad que la tercera vía implica en relación con las penas privativas de Derechos fundamentales.

Los partidarios de esta alternativa punitiva, sostienen la reparación del daño causado, cumple con las finalidades de la pena, tanto de prevención general como prevención especial, de este modo, señala CLAUS ROXIN: “Tiene un efecto resocializador, pues obliga

¹⁹ CURY, recalca la mala implementación prácticas de la medidas de seguridad privativas de libertad, ya que la única diferencia, entre con las penas privativas de libertad, es el lugar físico del cumplimiento. (14) CURY, E. Derecho Penal Parte General. Tomo II. 1997. Pág. 403.

al autor a enfrentarse con las consecuencias jurídicas de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas.”²⁰ Continúa ROXIN señalando que, se podría llegar incluso, a la reconciliación entre el infractor y la víctima, y contribuir considerablemente a la paz jurídica.

Por último, al igual que como la medida de seguridad se impone o complementa a la pena, cuando ésta en virtud del principio de culpabilidad, sólo puede ser impuesta en forma parcial o simplemente no puede ser impuesta, la reparación como tercera vía, propondría una alternativa de sustitución o complementación de la primera vía, siendo consecuente con sus fines e incluso alcanzándolos de forma más efectiva y con un menor costo social.

La discusión doctrinal respecto de esta nueva vía penal se centra principalmente, en la naturaleza civil que podría conllevar la sanción, siendo identificable con la obligación de indemnizar perjuicios. Se discute la inclusión de la reparación dentro de las sanciones penales, sus incidencias político-criminales y las finalidades de esta nueva institución.

Respecto a estas cuestiones, se plantea si la tercera vía es simplemente una apropiación que hace el sistema penal respecto de una institución meramente civil y si siendo así, la institución extracontractual se configuraría con elementos propios penales o conservaría su integridad en cuanto a sus elementos civiles. Resultando efectivas cualquiera de las proposiciones realizadas, cabría preguntarse respecto de las consecuencias en el sistema penal, esencialmente respecto de sus finalidades. Se plantea la interrogante de que en el caso de ser una sanción más en el ordenamiento punitivo, ésta debería encontrarse tipificada, en virtud del principio de legalidad, sin embargo esto no es aceptado pues eliminaría las fronteras entre el Derecho civil y penal. Resulta compleja, la compatibilización de los fines punitivos y el resarcimiento, ya que los daños producidos no son siempre coincidentes con la medida de la culpabilidad, dando un resultado aún más complicado en el caso de los delitos de ejecución imperfecta y de peligro. Del mismo modo, no es considerable otorgarle otras finalidades a la pena, sino que las instituciones que pretendan integrar el Derecho penal, lo deban hacer aceptando sus fines y fundamentos.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para desechar esta tercera vía, ya que detrás de los fundamentos se postula una despenalización, y una real consideración del derecho penal como *ultima ratio*. Debe considerarse esta vía, al igual que otros institutos que comprenden una inaplicación de la sanción, como la suspensión y la sustitución de la pena, y que sin duda no obstan a la existencia de la pena y del derecho penal. De ahí que la cabida de la reparación, sea como sustituto o como atenuante, evidenciaría de todos modos un avance importante en el sistema penal, no olvidando por supuesto, sus principios rectores.

Principios limitadores de la actividad punitiva.

Las funciones del derecho Penal son dos: una protectora preventiva, en virtud de la cual, limita derechos esenciales de las personas para proteger los derechos de otros ciudadanos, y una garantista, en virtud de la cual, reconoce la limitación a su poder en la dignidad humana. Los derechos humanos, limitan el ejercicio del *ius puniendi* de modo que no puede disponer de forma arbitraria de ellos.

²⁰ (55) Ob. cit. ROXIN, C. Pág. 109.

La gran mayoría de los Derechos humanos no son absolutos, por lo tanto admiten limitaciones y restricciones. Sin embargo, el ejercicio del *ius puniendi* debe ser tal, que permita más protección que aflicción de Derechos, de modo de no contradecir su esencia.

Los principios que se expondrán a continuación, limitan y legitiman la acción del *ius puniendi*, de modo que el Derecho penal, pueda cumplir con sus funciones de prevención y garantía.

3.1. Principio de legalidad.

Este principio, surge como característica esencial del Estado de Derecho, y como reacción al Estado absoluto. En materia penal, fue PAUL J. ANSELM FUERBACH, quién otorgó una base jurídica y consagró la formulación “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

El principio de legalidad establece que “la intervención punitiva del estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general”.²¹

Este principio, se fundamenta en la necesidad de controlar al poder punitivo del Estado, de modo que no actúe en forma arbitraria e ilimitada, considerándose que el Derecho penal tiene la misión más ingrata del ordenamiento jurídico, en cuanto vulnera derechos esenciales. Este principio es un pilar de la seguridad jurídica, necesaria para la convivencia social y el alcance del bien común, misión inherente del Estado de Derecho.

La importancia del principio de reserva, como también se le denomina es tal, que se ha señalado como “piedra angular”²² de nuestro sistema jurídico penal, lo que se manifiesta claramente al tener una consagración constitucional.²³

En primer término, este principio considera a la ley como única fuente de derecho penal. De lo anterior, se desprenden, tres consecuencias esenciales: la primera, implica que solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas, lo que se denomina en doctrina, **principio de legalidad estricta**, de este modo, el ordenamiento, no le da cabida a la analogía ni a la costumbre como fuente de derecho penal; la segunda consecuencia, configura el **principio de irretroactividad** por el cual, la ley penal no puede sancionar conductas acontecidas con anterioridad, en virtud de una ley posterior; y por último, **el principio de tipicidad** el cual implica que la ley penal al crear delitos y sanciones, debe consagrar los hechos que lo configuran y debe referirse a la naturaleza de las penas y a su alcance y límites, prohibiéndose la leyes penales en blanco y las penas indeterminadas.

A través de los principios descritos se realiza la función garantística del Derecho penal en sus diversos estadios, desde la creación del delito y la pena hasta la ejecución de la sanción impuesta en una sentencia. Cada uno de los mencionados estadios, tiene una denominación y consagración especial en nuestro ordenamiento jurídico y en otros.

²¹ (28) Ob. cit. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F. Pág. 94 y 95.

²² (20) ETCHEBERRY, A. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 1997, Pág. 75.

²³ El Art. 19 N° 3 de la C.P.R. señala en sus incs. 4, 7 y 8 que: “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”; “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”; “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

Se denomina **garantía criminal**, a aquella que sólo permite calificar como delito a las conductas que la ley considere como tal²⁴.

La **garantía penal**, obliga a imponer la pena que la ley señale al delito cometido²⁵.

Como **garantía jurisdiccional** se entiende aquella que, sólo permite la aplicación de una sanción penal, en virtud de una sentencia firme emanada de un juez competente²⁶.

La **garantía de ejecución**, establece que sólo podrán ejecutarse las penas en la forma que la ley lo prescriba, sin otras circunstancias que las señaladas en ésta²⁷.

En conclusión, se puede estimar que el principio de legalidad, no es sólo una de las instituciones más relevantes de nuestro sistema jurídico, sino que “es en realidad la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social.”²⁸

Principio de intervención mínima:

Este principio limita al Estado en cuanto sólo puede intervenir, en los casos de graves atentados a los bienes jurídicos protegidos. Si no existe un atentado grave, a un bien que sea de tal importancia que merezca la protección penal de Estado, el ordenamiento penal debe abstenerse y dejar a la otras ramas del Derecho la solución. El actuar del derecho penal es en “subsidio”²⁹ de las otras ramas del Derecho.

El ordenamiento punitivo, por tener el deber de tutela de los bienes más preciados de la sociedad, tiene del mismo modo, el deber ingrato de imposición de los castigos más

²⁴ El C.P en su Art. 1 dispone: “Es delito toda acción u omisión voluntaria **penada por la ley**”. El Código Penal de España dispone en su Art. 10: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes **penadas por la Ley**.”

²⁵ El C.P. en su Art. 18 inc. 1 dispone: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.” El Código Penal español señala en su Art. 2: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración.”

²⁶ Nuestro C.P en su Art. 79 dispone: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”. El Código Penal Español señala en su Art. 3: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal que competente, de acuerdo a las leyes procesales.”

²⁷ El C.P chileno en su Art. 80 inc. 1 dispone: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. El Código Penal Español, del mismo modo dispone en su Art. 30 N° 2: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes.”

²⁸ (20) Ob. cit. ETCHEBERRY, A.. Pág. 78.

²⁹ GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F. anotan respecto a la denominación “subsidiario” del derecho penal, que esta expresión tiene origen en las teorías de las normas del penalista alemán BINDING quien distinguía entre norma penal y ley penal, señalando que el delincuente infringe la norma penal, pero cumple la ley penal cuando es sancionado. Sostienen que esta expresión es equívoca y que sólo se refiere a una consecuencia del principio de intervención mínima. Agregan, que el derecho penal es parte del ordenamiento jurídico por lo que no se puede olvidar su interdependencia con otras ramas jurídicas, existe una unidad jurídica de principio, de consideraciones de lo justo e injusto, diferenciándose sustancialmente en lo efectos que estas produzcan y en su modo de intervención.. Sí se puede considerar al derecho Penal como subsidiario, en relación con el principio de *ultima ratio*, por el cual debe abstenerse de actuar en los conflictos de menor relevancia jurídica, dejando en manos de las sanciones de otras ramas, las infracciones que a aquellas les competen. (28) Ob. cit. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F. Pág. 79 y ss.

severos existentes en el Derecho³⁰. Esa severidad, con la cual actúa el ordenamiento penal, en comparación con otras ramas del Derecho, es la que obliga a limitar su aplicación a lo necesario e imprescindible para el mantenimiento de los fines sociales.

El concepto de bien jurídico protegido es esencial como límite para el Derecho penal, ya que sólo en virtud de su protección, éste puede actuar. La creación del bien jurídico por parte del derecho penal, implica, a la luz del principio de intervención mínima, que estos “no sólo deben ser protegido por el Derecho Penal, sino también ante el Derecho Penal.”³¹ Si el orden se restablece con medidas administrativas o civiles, entonces, no cabe la acción del Derecho penal.

En virtud de este principio, se limita al ordenamiento penal en cuanto a la determinación de las acciones y omisión consagradas en el tipo, ya que únicamente, las más graves que atenten contra lo bienes jurídicos relevantes, podrán tener un juicio de desvalor penal y ser sancionadas³²

De lo anterior deriva, la cuestión de que sí las leyes penales que no protegen bienes jurídicos son nulas por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima del Derecho Penal, sin embargo a pesar de que tratadistas como CLAUS ROXIN se inclinan a una respuesta afirmativa, en las legislaciones se encuentran aún tipos que no protegen bienes jurídicos relevantes, sino que por ejemplo, conductas “inmorales”.

El principio de intervención mínima además, despliega sus consecuencias en la gravedad de las pena, surgiendo así los principios de humanidad y el principio de proporcionalidad.

El principio de humanidad obliga a reconocer la calidad de ser humano del delincuente, y como tal de una persona digna, sujeto de derechos, merecedor de la protección del ordenamiento jurídico. Lo anterior prohíbe penas inhumanas, degradantes, que atenten tanto contra la integridad física como la síquica del condenado.

El principio de proporcionalidad, dice relación con la necesidad de una pena justa, de modo de obtener un equilibrio cualitativo, entre la conducta típica, el bien jurídico protegido y la pena. Lo anterior implica, en primer término, la obligación, por parte del legislador de establecer, en abstracto, penas proporcionadas en relación con la conducta ilícita y la importancia del bien tutelado, y por otra parte, la imposición de penas, por parte de los tribunales, acordes a la real gravedad de la acción u omisión punible, de la importancia del bien jurídico afectado y la lesión efectivamente causada, valorado desde una perspectiva concreta.

Los principios mencionados, encuentran su expresión en diversos tratados y convenciones de carácter internacional, como la “Declaración de protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (1975) y la “Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles,

³⁰ . La aludida severidad de la sanción penal en relación con las de las otras ramas del derecho no es una cuestión que siempre se dé, resultando en muchos caso más severa una sanción administrativa, recalcan los autores GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F, que con relación a esto “lo más grave no es la clara infracción del *ne bis in idem*, si no que lo más grave es que la sanción extra-penal tenga más entidad que la punitiva”. (28) Ob.cit. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F. Pág. 83.

³¹ (28) Ob. cit. GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F. Pág. 88.

³² GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., señalan que el derecho penal reviste un carácter fragmentario, ya que de toda la gama de acciones prohibidas y de bienes jurídicos protegidos sólo se ocupa de una parte. (28) GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F. Pág. 89.

inhumanos o degradantes” (1984, entrada en vigor en 1987), siendo ratificados en diversos fallos, de la Corte Interamericana de Justicia.

3.3 Principio de adecuación.

A la luz de este principio, la pena debe ser adecuada, para la protección de bienes jurídicos, rechazándose aquellas sanciones que no son útiles para tutelar bienes jurídicos, como ocurre en el caso del adulterio.

Del mismo modo, la pena debe ser adecuada para prevenir, tanto general como especialmente, la comisión de ilícitos penales. Además, se requiere una adecuación cualitativa, en cuanto a la naturaleza de la pena, siendo la aflicción de derechos, la requerida para los fines de la pena.

Principio de necesidad.

El principio de necesidad, considera que las penas innecesarias son penas “injustas”.

La necesidad de la pena, debe ser considerada desde el punto de vista de sus fines. Se limita el *ius puniendi* del Estado, en cuanto éste principio exige, la necesidad de cumplir los fines de la pena. En caso de, que una pena no realice de forma alguna, las finalidades de la pena, ésta no tendría razón para aplicarse.

La manifestación de este principio, ha dado cabida a las medidas alternativas o sustitutivas a las penas, en especial de penas privativas de libertad, considerando que en determinados casos, la reclusión no es necesaria para prevenir especialmente, sino que por el contrario resulta más gravosa e ineficiente. Este principio, también ha fundamentado instituciones penales tales como, los indultos y las excusas legales absolutorias, de modo de evitar incurrir en mayores perjuicios que soluciones ante la comisión de un delito.

3.5. Principio de culpabilidad.

Para el Derecho penal, el concepto de culpabilidad es esencial y se considera desde tres aspectos distintos. La culpabilidad, es el fundamento de la pena, es la medida de la pena y es el elemento objetivo de responsabilidad.

La pena, su fundamento y límites, dependen del grado de responsabilidad subjetiva de los partícipes del hecho ilícito. La inexistencia de culpabilidad, trae como consecuencia la no imposición de una pena, por cuanto no tendría fundamento y no contribuiría a finalidad alguna.

Es por esto, que autores como MUÑOZ CONDE o CLAUS ROXIN consideran la culpabilidad como una limitante a la imposición de sanciones penales y principio rector en esta materia.

4. Conclusiones.

El *ius puniendi* es la facultad de penar del Estado. Como lo señalamos en su oportunidad, es la esfera de acción más ingrata del Estado, debido a que se encuentra obligado a proteger bienes jurídicos afligiendo otros. De ahí que el ámbito penal del Estado tienda a ser lo más reducido posible, en la actualidad.

Esta facultad, encuentra su fundamento en el deber de protección del Estado respecto de sus ciudadanos y su búsqueda del bien común con relación a éstos. Esta protección lo

faculta para determinar cuales son los bienes más sensibles para proteger y el modo de ejercer esta protección.

De lo mencionado se deriva que en primer lugar al Estado, en consideración a su deber de protección, le corresponde determinar cuales son los bienes que merecen la ingrata protección penal, debiendo ser sólo aquellos que revistan una importancia sustancial en un momento dado y que no tengan posibilidad de ser defendidos de otros modos. También se debe atender a que no toda acción u omisión que pueda dañar o poner en peligro un determinado bien jurídico protegido debe ser sancionada penalmente, sino sólo aquella acción u omisión cuya a lesividad merezca relevancia jurídica.

Por otra parte, respecto de la sanción penal como reacción jurídica frente al delito, debe encontrarse fundamentada en torno al sistema jurídico existente en una determinada nación. El marco jurídico de una sanción penal debe acotarse a lo establecido en el ordenamiento jurídico de cada país. La pena debe fundamentarse en la finalidad querida por el legislador y en el fondo querida por la sociedad.

Al repasar las diversas finalidades de la pena, debemos señalar que según nuestra consideración, y en atención a un Estado de Derecho respetuoso del ser humano, nos parece una mirada adecuada aquella expuesta por CLAUS ROXIN en su teoría dialéctica.

Para recordar esta teoría debemos señalar que se basa esencialmente en la finalidad preventiva de la pena, renunciando a todo fin retribucionista y en la culpabilidad como medio de limitación de la pena.

De este modo, rescatamos en primer lugar que toda finalidad penal debe ser la prevención, tanto general como especial, sin importar el estadio en que se encuentre la pena, ya que siempre deberá buscar su justificación en la protección de la sociedad y en la prevención de nuevos hechos delictivos. El bien común es un principio ordenador de toda actividad del Estado.

Importante es considerar también la superación de todo fin retribucionista de la pena. Lo anterior reviste importancia en nuestro ordenamiento penal, al sobrevivir aun atisbos de las teorías retribucionistas. Estamos de acuerdo con lo expuesto por ROXIN al señalar que las instituciones jurídicas no tienen esencia alguna independiente de sus fines, sino que ésta se determina mediante el fin que se quiera alcanzar y que la pena implique un "reproche social", no requiere que la sanción en su esencia sea retribución o causa de un mal, pues la desaprobación de la conducta puede derivar en la resocialización con motivo de evitar futuros hechos infraccionales.

Consideramos también la culpabilidad como medio de limitación la pena, rescatando el principio de proporcionalidad como una prohibición de actuar en exceso para el Estado.

El fundamento esencial de esta teoría dialéctica, se encuentra en el concepto de "prevención de integración". La solución del conflicto penal, pasa por la aplicación de la pena justa en la medida de la culpabilidad, por que es lo que corresponde al sentimiento jurídico de la sociedad y al concepto de paz social.

Esta paz social se encuentra, en el conflicto penal, en la justa penalización, en atención a los fines de la pena y a la culpabilidad del autor. La satisfacción de la víctima y de la sociedad resultan tan importante como el respeto del victimario y el sentimiento de una condena justa.

La paz de la sociedad puede estimarse como un sentimiento claramente utópico, sin embargo como principio jurídico solo reafirma lo pretendido por el Derecho.

La esfera penal del Estado es la más ingrata y por ende debe ser la más pequeña, encontrándonos en pleno convencimiento de que la descriminalización y la despenalización son una necesidad en nuestro ordenamiento jurídico, así como también el perfeccionamiento y uso de la "tercera vía", como modo eficaz de resolver el conflicto.

La obligación de protección del Estado no finaliza en la determinación de tipos penales, sino que a la vez surge una segunda arista de este deber, cual es la función garantista. Esta función, esencial en cualquier Estado de Derecho, tiene como principal objetivo el limitar el ejercicio del *ius puniendi*, recordado al Estado que no solo debe proteger los Derechos fundamentales de los ciudadanos que no infringen la ley penal, sino que también de aquellos que la vulneran.

De esta manera los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, intervención mínima y culpabilidad, se configuran como la necesidad de protección que todo ciudadano necesita frente al Estado.

CAPITULO II:

LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

Breve reseña histórica de la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad como sanción por la comisión de un ilícito, es de origen reciente en comparación con otros actos punitivos (penas corporales, pena de muerte etc.)

Es prácticamente desconocida esta pena en el Derecho antiguo, es así como en Roma, se privaba de libertad a quienes se encontraban a la espera de una condena³³ y con la finalidad de asegurarlos mientras duraba el proceso.

Los Germanos, no sancionaban los delitos con la pena de prisión, sino con la venganza o la composición pecuniaria, en el caso de los atentados contra el

³³ No era considerada, en el Derecho Romano, la privación de libertad como pena para las *delictas*. Las *delictas* daban lugar a un juicio ordinario, en las que sólo la parte interesada podía promoverlas, y tenían como objeto la persecución de un castigo o *poena*, que consistía en el pago de una determinada suma de dinero por parte del autor. Respecto de los crímenes o ilícitos que daban lugar a un juicio público, y cuya jurisdicción recaía principalmente en los tribunales públicos permanentes, tampoco conllevaban como sanción la privación de libertad, es así como ALVARO D'ORS, anota: "Las penas en los juicios criminales son varias: a) bajo el nombre de pena capital *summum supplicium*, generalmente a golpe de espada, la deportación con pérdida de la ciudadanía (antigua interdicto *aqua et igni*) y la condena a mina (*metallum*), con pérdida de la libertad; b) la *relegatio*, como los trabajos forzados (*opus metalli*), el apaliamiento, etc., no hacen perder la ciudadanía; c) la prisión con cadenas (*custodia*) o sin ellas (*carcer*), no constituye propiamente una pena, sino una situación transitoria." (17) D'ORS ALVARO. Derecho Privado Romano. 1977, Pág. 411.

orden de la *sippe*³⁴, o con la exclusión de la comunidad en los delitos que quebrantaban la paz de la comunidad.³⁵ Sin embargo, como excepción a este sistema de penas, EUGENIO CUELLO-CALÓN³⁶ menciona un edicto de Luitprando, Rey de los Longobardos (712-744 dc), el cual contemplaba la pena de prisión para los ladrones.

Durante el imperio de Carlomagno, menciona CUELLO-CALÓN³⁷ la existencia de una capitular del año 813, la cual disponía que el rey podía castigar con la pena de cárcel a los delincuentes hasta que se corrigieran.

En la Edad Media, aparece la pena de privación de libertad en el Derecho Canónico, el cual ordenaba que los clérigos que hubiesen infringido la ley o los herejes y delincuentes juzgados por la jurisdicción canónica, debían expiarse en lugares denominados “*carceres*”.

En el siglo XVI, surgen las penas privativas de libertad propiamente tales, aunque tenían menor importancia en comparación a las penas corporales y a la pena de muerte. Al mismo tiempo, surgen las primeras prisiones, en lugares no destinados para mantener recluidas a personas, que en su mayoría eran, individuos en espera de una condena y pocos en el cumplimiento de una. Estos establecimientos, no eran penitenciarias construidas para albergar reclusos, sino que se trataban de conventos, castillos y otros edificios abandonados y en ruinas, lo que provocaba que los presos se encontrarán en un precario estado de salud, producto de la insalubridad de estos lugares.

En esta misma época, surge una modalidad muy especial de la conocida pena privativa de libertad: “la pena de galera”. Esta pena consistía en que los penados por la comisión de delitos graves o los prisioneros de guerra, eran destinados a trabajar remando en las galeras militares, encadenados y bajo amenaza de látigo. Esta inhumana pena encontró su fin al masificarse la navegación a vela, en el siglo XVIII.

Desde el siglo XVI en adelante, se fue difundiendo, poco a poco esta pena y reemplazando, progresivamente, a las penas de azotes, mutilaciones y muerte. Sin embargo, es en el siglo XIX, cuando las penas privativas de libertad alcanzan un lugar preferencial en las legislaciones occidentales, debido, en gran parte, a la reacción iniciada por BECCARIA y luego por HOWARD, fundador de la escuela penitenciaria, en contra de la inhumanidad y crueldad de las penas corporales y de la pena capital.

³⁴ *Sippe* era la denominación utilizada para designar a los grupos de personas unidas entre sí por un vínculo de sangre, además de estar vinculadas por un pasado y honor común.

³⁵ BARRIENTOS G., J. señala: “La *sippe*, interesaba en el Derecho Penal, caracterizado por la existencia de la mancomunidad penal, donde los delitos privados significaban la ruptura de la paz entre dos *sippen*, cuyo restablecimiento podía conseguirse a través de la venganza de la sangre (*faida*) o de la composición pecuniaria (*wergeld*)...En el caso de los delitos públicos, el que quebrantaba la paz de la comunidad quedaba excluido de ella y cualquiera podía darle muerte impunemente como enemigo del pueblo, pues era tenido como un ser dañino, similar al lobo (*wargus*), que ni siquiera su *sippe* podía ampararlo”. (3) BARRIENTOS G., J. Introducción a la Historia del Derecho Chileno, I. Derechos propios y Derecho común de Castilla. 1994, Págs. 80 y 81.

³⁶ (12) CUELLO CALÓN, E. La Moderna Penología. 1958. Pág. 300.

³⁷ (12) Ob.cit. Pág. 301.

Respecto del Derecho aplicado en Chile hasta antes de la codificación penal, debe hacerse mención a “Las Siete Partidas”, y en especial a la séptima que trataba de los delitos, las penas y del derecho procesal penal. La Séptima Partida fue aplicada hasta la dictación del Código penal en 1874.

En el título XXXI de la Séptima Partida, se contenían las reglas para determinar las penas, definidas como *“enmienda de pecho o escarmiento, que es dado segun ley a algunos, por yerros que ficieron”*³⁸. Eran siete las clases de penas, cuatros consideradas mayores y tres como menores y ninguna de ellas consistía en privar de libertad al condenado³⁹.

Chile, no se mantuvo ajeno al movimiento en contra de las monstruosidad de las penas corporales. El legislador nacional conciente de la extemporaneidad de la legislación española aplicada hasta ese momento⁴⁰, consagra en el Código Penal dictado en 1874, una inclinación preferencial que se mantiene hasta hoy, de la privación de libertad como sanción. Así mismo, se establece una consideración especial respecto de la pena de prisión perpetua, como alternativa a la pena de muerte y conservándose ésta sólo como reacción frente a los crímenes atroces, eliminando las otras formas de castigos.⁴¹

Las penas privativas de libertad.

Las penas privativas de libertad son las que revisten mayor importancia en nuestro ordenamiento, y en general en la mayoría de las legislaciones occidentales.

A falta de una definición legal suficiente de la pena privativa de libertad, la doctrina moderna la ha definido como aquella pena que conlleva “la pérdida de libertad ambulatoria un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario

³⁸ (3) Ob. cit. BARRIENTOS, J. Pág. 255.

³⁹ BARRIENTOS señala al referirse a las penas consagradas en las Siete Partidas: “Había siete clases de penas, de las cuales, cuatro eran tenidas por mayores, y las restantes por menores. Las penas mayores eran: i) *pena de muerte o de perdimiento de miembro*; ii) *condenarlo que éste en fierros para siempre cavando en los metales del rey, o labrando en las otras sus labores, o sirviendo a lo que fizieren*; iii) *el destierro de alguno para siempre en alguna Isla, o en algun lugar cierto, tomándole todos sus bienes*; iv) *echar algun ome en fierros, que yaga siempre presso en ellos*. Las penas menores eran: i) *el destierro de alguno para siempre en Isla, non tomando sus bienes*; ii) *daño de la fama de alguno, judgandolo por enfamado; o quando le tuellen, por , por yerro que ha fecho, de algún oficio*; iii) *condena de ser acotado, o ferido paladinamente, por yerro que fizo; o lo ponen en deshonor del en la picota; o lo desnudan, faziendole estar al sol, untandolo de miel porque lo coman las moscas, alguna hora del día*. Expresamente, al respecto de la pena mayor enunciada en el numerando iv, aclaraban las Partidas, siguiendo la tradición romanista del digesto, que *la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean judgados*.”(3) *Íbid.*

⁴⁰ El Mensaje del Código Penal, en su segundo párrafo expresa claramente la conciencia de las corrientes penales imperantes en esa época y la idea de reformar el sistema de penas, de forma que sea acorde a un Estado moderno: “La legislación española, apenas modificada por las leyes patrias especiales, adolecían de gravísimos defectos que habían inaceptable por más tiempo sus subsistencia. La naturaleza de alguna de sus penas y la apreciación de diversos delitos, se resienten de las ideas dominantes en los tiempos remotos a que gran parte de esa legislación corresponde.”

⁴¹ La conciencia de la inhumanidad de las penas aplicadas hasta ese momento se expresa claramente en el Mensaje del Código Penal: “la enumeración de las penas hace desaparecer para siempre de la ley esos castigos bárbaros e indignos de figurar en la legislación de un país civilizado que formaban, no obstante, parte nuestra, aun cuando su mismo rigor las hiciera inaplicables.”

durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización.”⁴²

De la definición expuesta, TERRADILLOS y MAPELLI CAFFARENA, destacan tres grupos de elementos, que forman parte del concepto de pena privativa de libertad y que son importantes a mencionar. Estos elementos son:

Elementos sustanciales: Estos elementos dicen relación con el objeto material y directo de la pena privativa de libertad, el cual es la privación de la libertad ambulatoria del penado. De ahí que sólo se trate de “una pérdida relativa y sólo afecta sustancialmente a la libertad ambulatoria.”⁴³

Elementos garantísticos: La agrupación de estos elementos implica el conjunto de garantías que existen en torno a la ejecución de la pena privativa de libertad. Según los autores TERRADILLOS y MAPELLI CAFFARENA, las garantías jurídicas fundamentales son: “condición de penado de quien la sufre, cumplimiento en centro penitenciario, duración determinada por el fallo judicial y sometimiento al principio de legalidad.”⁴⁴

Elementos dinámicos: El carácter resocializador de la pena de libertad, conlleva inherentemente un concepto de cambio, transformación y dinamismo.

Se puede señalar que nuestra legislación adhiere a esta definición de penas privativas de libertad, ya que para nosotros estas penas consisten en hacer perder la libertad personal ambulatoria del condenado. Además, se caracterizan por el encierro del penado en lugares destinados por reglamento para este efecto, según lo dispuesto el artículo 86 del Código Penal⁴⁵, de ahí su denominación de “penas de encierro”. Este encierro se prolonga durante el tiempo señalado en la condena, en el cual el penado debe adoptar un determinado comportamiento, según lo disponga el reglamento y las disposiciones aplicables.

En nuestro Código Penal, se consideran penas privativas de libertad, las penas de presidio, reclusión y prisión, las que posteriormente explicaremos.

Constituyen las penas privativas de libertad, la regla general en nuestro ordenamiento. Es así, como son penas de crímenes, simples delitos y faltas. Además en la gran mayoría de los delitos son penas principales, y sólo algunas aceptan sustitución, siempre que se encuentre el condenado en la situación prevista por el legislador y cumpla con las condiciones impuestas por éste y el tribunal.

Por último, debe señalarse que la pena más grave contemplada en nuestro ordenamiento, es el presidio perpetuo calificado, que es una pena privativa de libertad, la cual estableció al derogarse la pena de muerte como reacción a los crímenes más graves.

⁴² (63) TERRADILLOS, J. y MAPELLI CAFFARENA; B. Las consecuencias jurídicas del delito. 1996. Pág. 67.

⁴³ (63) Íbid.

⁴⁴ (63) Íbid.

⁴⁵ La norma descrita dispone que: “Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo.”

Caracteres de las penas privativas de libertad.

Los caracteres de las penas privativas de libertad son los comunes a todas las penas, aunque ésta tenga la característica de ser la más aflictiva de todas.

Como primera característica, tenemos que es una pena personal, solamente aplicable a quién se encuentra condenado por la autoridad jurisdiccional competente, previo juicio llevado a cabo según el debido proceso de ley.

Lo anterior deriva esencialmente del principio de culpabilidad y cualquier reparo doctrinario, se encuentra absolutamente superado. Sin embargo es importante señalar, que lo que sí se encuentra en discusión, es la repercusión indirecta que la pena privativa de libertad provoca en terceros ajenos a la sentencia condenatoria. Puntualmente, nos referimos a las familias, personas cercanas y dependientes de los reclusos, las cuales en la mayoría de los casos quedan en un importante estado de vulnerabilidad social.

Si bien la pena es impuesta al culpable, el Estado no puede hacer extensiva la aflictividad de ésta a personas ajenas al hecho, debido a su responsabilidad por el bien común de la sociedad. Debido a esto, es que consideramos que el desamparado económico y afectivo en que quedan los terceros mencionados, debe ser suplido y contrarrestado en una obligación de hacer del Estado. Lo anterior, debe ser enfocado desde el punto de vista de la protección a las personas y a la familia, incluida la persona del reo, la cual sólo se ve privada su libertad ambulatoria. Esto sin olvidar que la destrucción de los núcleos micro-sociales del preso atenta gravemente con su proceso de reinserción, lo que redundaría en un perjuicio a la finalidad misma y esencial de la pena.

La necesidad y suficiencia de la pena, es otra de sus características, derivada esencialmente de los principios rectores del Derecho Penal.

Estas características revisten especial importancia en la privación de libertad, por ser esta la pena más aflictiva de nuestro ordenamiento, la cual debe ser impuesta en exclusiva atención a su finalidad según lo que el caso concreto amerite. La relevancia de esto reside en dos puntos cruciales, en primer lugar en la determinación judicial de la pena y en segundo lugar en las medidas alternativas o sustitutivas de la privación de libertad. Respecto de la determinación judicial, podemos señalar que la facultad del juez para determinar la privación de libertad debe ser la idónea, para lograr que la finalidad de la pena aceptada en un determinado sistema penal, sea cumplida desde la fase de conminación legal hasta la de reinserción social, pero considerando siempre como principio la imposición de la mínima aflictividad posible. Por otra parte y en caso de que la privación de libertad no sea estrictamente necesaria, tanto el legislador como el juez deben contemplar una gama de medidas sustitutivas de estas penas.

La pronta e ineludible imposición de la pena, resultan un características relevantes en relación a la pena privativa de libertad. Sin perjuicio de los derechos y garantías envueltas en estas características, lo importante en cuanto al tema de esta memoria, reside en otro punto de análisis. Se debe considerar que en principio, la labor rehabilitadora solo debe surgir cuando se ha comprobado la desviación social de un individuo, en el ámbito de lo penal, es decir cuando existe una condena. Sin embargo, la mayor tardanza de la aplicación de la pena, trae como consecuencia su mayor ineficiencia, ya sea por una disociación entre la sanción y el hecho

punido producto del transcurso del tiempo, o por la extensiva raigambre de hábitos antisociales en el individuo. Pero resulta igual de perjudicial o aún más, el caso de quién es anteriormente privado de libertad en forma preventiva por mucho tiempo. De esta circunstancia, se derivan generalmente una serie de consecuencias nocivas producto de los efectos de la prisionización del individuo (contagio criminológico, alteraciones psíquicas y físicas etc.), de la falta de determinación de un tratamiento adecuado y de la correcta individualización del delincuente. Todo esto se conjuga en un mayor grado de dificultad en la finalidad última de la pena.

La pena privativa de libertad, al igual que todas las penas debe ser proporcionada. La proporción es la relación jurídico-punitiva que debe existir entre el daño o atentado producido y la pena impuesta, en consideración a los factores y finalidades que un determinado ordenamiento jurídico considere relevantes (prevención general, especial, retribución del daño causado etc.). La proporcionalidad, en un primer término, debe ser obtenida en atención a las reglas brindadas por legislador. Sin embargo la abstracción de estas reglas y los errores a que pueden derivar deben ser subsanados por la proporcionalidad en la aplicación de la pena al caso concreto que efectúa el juez al constatar un hecho ilícito, el daño que se produjo y al condenar a un individuo, reduciendo así una pena que eventualmente pudiera ser excesiva.

Por último, queremos hacer mención a la individualización que se presenta en un primer momento como un factor corrector de la rigidez legislativa en lo que dice relación a la proporcionalidad de la pena.

La pena considerada en abstracto en un tipo penal, es impuesta en concreto a un persona. El proceso de materialización de la pena, en que juega un rol preponderante la características del individuo (psíquicas, sociales, económicas, médicas, etc.), se conoce como individualización de la pena. En lo que a la pena privativa de libertad atañe, debemos señalar que la individualización debe comprender como elementos esenciales aquellos que son relevantes para justificar un determinado tratamiento penitenciario, considerándose de este modo, la ejecución como último escaño del sistema penal y la individualización judicial, como vínculo antecesor del tratamiento rehabilitador a seguir.

Las penas privativas de libertad que contempla el Código Penal.

Las penas privativas de libertad, que componen el catálogo de penas de nuestro Código Penal son: la prisión, la reclusión y el presidio.

Dentro de éstas, se considera también la pena de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, consistente en una forma agravada de la situación de encierro.

Las penas de encierro, que revistan un carácter de temporal, se comienzan a contabilizar desde el día de la aprehensión del condenado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del C.P.⁴⁶

Respecto a la reforma procesal penal, la ley 19.806⁴⁷, ordena que se remplace la expresión “procesado” por la de “imputado”, ya que en el nuevo proceso penal no se

⁴⁶ El Art. 26 del C.P. dispone: “La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del procesado.”

⁴⁷ La ley N° 19.806 fue publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 2002.

contempla el auto de procesamiento. Por lo que la contabilidad deberá iniciarse desde que el imputado es privado de libertad en el nuevo proceso penal.

Penas de prisión.

La pena de prisión es una pena privativa de libertad de corta duración, contemplada como sanción para las faltas.

Esta pena se divide en tres grados:

Mínimo: **cuya duración va de uno a veinte días;**

Medio: **cuya duración va de veintidós días a cuarenta días;**

Máximo: **cuya duración va de cuarenta y un días a sesenta días.**

Esta pena sólo implica encierro, eximiéndose al penado de trabajos obligatorios dentro del recinto, salvo en el caso de que carezca de bienes que le permitan cumplir las obligaciones de indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen y de hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito, según lo dispuesto en

el art. 89 del C.P. ⁴⁸ .

Lo anterior no obsta para que el penado ejerza algún oficio, que sea compatible con la disciplina reglamentaria del establecimiento, en virtud de lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes del R.E.P.

El hecho de que esta pena no conlleve la obligación de trabajar, no implica que el penado se exima de efectuar las labores comunitarias impuestas por el R.E.P, necesarias para la mantención del orden y salubridad dentro del recinto penitenciario.

La prisión lleva consigo la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena.

Penas de reclusión y presidio.

La reclusión y el presidio son sanciones de simples delitos y crímenes, y se clasifican y dividen del mismo modo. La diferencia entre ambas radica en que la pena de reclusión no conlleva trabajo obligatorio, según lo dispuesto en el art. 89 del C.P. Lo comentado en el título anterior con relación al trabajo es igualmente válido para la reclusión. Cabe anotar que esta diferencia no se da en la práctica, ya que la realidad penitenciaria del país no permite, por diversos factores, el trabajo de los condenados ya sea en forma voluntaria u obligatoria.

La reclusión y el presidio se clasifican en penas perpetuas o temporales. Las primeras, duran toda la vida del condenado, y las segundas, pueden fluctuar entre sesenta y un días a veinte años.

Las temporales, se dividen a su vez, en mayores y menores.

⁴⁸ El art. 89 del C.P. señala: "Los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1ª y 3ª del artículo anterior carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieren oficio o modo de vivir conocido y honesto, estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia."

Las mayores se subdividen en un grado mínimo que va de cinco años y un día a diez años, un grado medio cuya duración se extiende de diez años y un día a quince años, y un grado máximo que comprende de quince años y un día a veinte años.

Las menores se subdividen en un grado mínimo, que va desde sesenta y un día a quinientos cuarenta días, en un grado medio, cuya duración es de quinientos cuarenta y un días a tres años, y un grado máximo, que se extiende de tres años y un día a cinco años.

La reclusión y el presidio conllevan las siguientes penas accesorias:

Respecto de las penas de presidio y reclusión perpetuas: la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de vida del condenado, y sujeción a la vigilancia de la autoridad por el tiempo máximo que establece el este cuerpo legal (Art. 27 C.P.);

Respecto de las penas de presidio y reclusión mayores: la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (Art. 28 C.P);

Respecto de las penas de presidio y reclusión menores en su grados máximos: la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena (Art. 29 C.P);

Respecto de las penas de presidio y reclusión menores en sus grados mínimos y medios: la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Debe hacerse una mención especial a la pena de presidio perpetuo calificado, la cual comenzó a aplicarse como sanción desde la fecha de promulgación de la ley 19.734, el 28 de mayo del 2001.

Esta pena implica un presidio de por vida, agravado en el hecho de que, no podrá concederse la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva y el condenado no podrá ser beneficiado por ninguno de los otros beneficios que importen su libertad, contemplados en el R.E.P o en otros cuerpos legales. Los condenados a presidio perpetuo calificado, tampoco pueden favorecerse de las leyes que concedan indultos o amnistías generales, salvo que se les hagan expresamente aplicables.

El presidio perpetuo calificado, se encuentra establecido en el artículo 91 del C.P⁴⁹, **como pena en el caso de que el condenado a presidio o reclusión perpetuos cometiera un nuevo crimen mientras se hallare cumpliendo alguna de esas penas o después de haberlas quebrantado.**

Pena de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.

El artículo 21 del C.P considera como pena accesoria de crímenes y simples delitos a la pena de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. La incomunicación resulta ser una agravación de la pena privativa de libertad impuesta al condenado.

⁴⁹ El art. 91 inc. 2 del C.P dispone: "Cuando en el caso de este artículo el nuevo crimen debiere penarse con presidio o reclusión perpetuos y el delincuente se hallare cumpliendo alguna de estas penas, podrá imponérsele la de presidio perpetuo calificado. Si el nuevo crimen o simple delito tuviere señalada una pena menor, se agravará la pena perpetua con una o más de las penas accesorias indicadas, a arbitrio del tribunal, que podrán imponerse hasta por el máximo del tiempo que permite el artículo 25."

La norma que señala la incomunicación como pena accesoria se remite al R.E.P, entendiéndose esta referencia en cuanto a la ejecución de dicha sanción, debido a que la imposición y duración sólo pueden ser determinados por sentencia judicial.

Las normas señaladas en este reglamento, son comunes tanto a la incomunicación como pena penal como a la incomunicación como una pena administrativa.

La incomunicación con personas extrañas al establecimiento penitenciario, según el art. 21 del C.P es una pena accesoria. Sin embargo, los artículos que contemplan esta sanción la consideran con carácter de principal. El artículo 90 del C.P la establece como pena principal para el delito de quebrantamiento de condena. El artículo 91 también la considera como pena principal que agrava el cumplimiento de la pena en caso de que el condenado delinca nuevamente mientras durante la condena de presidio o reclusión perpetuos y la pena del nuevo delito cometido sea inferior a la anterior. La pena analizada, en estos casos, sustituye a la pena que correspondería al delito cometido sino se estuviese en el cumplimiento de otra sanción.

La duración de la pena de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penitenciario, según lo dispuesto en el art. 90 del C.P, puede llegar a tres meses, quedando el interno sujeto al régimen más estricto del establecimiento. En caso de reincidencia, la sanción deberá ser impuesta por un término prudencial, el cual no podrá exceder de seis meses.

El art. 91 del C.P, respecto de la duración de esta pena impuesta a quienes quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo, se remite al art. 25 del C.P. Esta última norma tiene la peculiaridad de no referirse a la pena de incomunicación sino que a otras sanciones. La poca claridad de esta norma, se debería a que esta disposición en algún momento sí se refirió a esta pena, señalando un límite máximo de 180 días. La pervivencia del art. 25 se justificaría por la circunstancia de que no pueden existir penas que no estén determinadas en su alcance y duración por la ley, vulnerando así el principio de legalidad. Esta oscuridad en cuanto al duración de la pena, no sólo resulta grave en cuanto a lo confuso que pudiese resultar en la práctica, sino que también insólito, debido a que el art. 91 tuvo su última modificación en mayo del 2001, tras la promulgación de la ley 19.734, sobreviviendo la referencia al art. 25, pudiendo subsanarse aquella ininteligibilidad.

Determinación de la pena privativa de libertad.

La determinación de una pena implica “precisar, en el caso concreto, la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, instigador, cómplice o encubridor.”⁵⁰

Las penas privativas de libertad se determinan al igual que cualquier otra pena penal, por lo que resulta importante destacar las reglas esenciales que rigen esta materia, así como también examinar brevemente las distintas técnicas que se han utilizado para la determinación de la sanción penal.

Técnicas para determinar las penas.

Las diversas técnicas que mencionaremos, son aplicables a todo tipo de penas penales y reflejan sistemas de sanción punitiva que han variado en relación a los diferentes conceptos que se han tenido respecto de la pena, sus consecuencias y finalidades.

⁵⁰ (14) Ob. cit. CURY, E. Pág. 383.

El primer sistema a revisar es el clásico, el cual “se basa en la fijación de marcos penales muy rígidos, en la división de las penas en grados cuya extensión se precisa estrictamente, en una casuística exuberante de las circunstancias que pueden concurrir en el caso concreto y en una prolija reglamentación de las consecuencias que cada una de ellas provoca en la determinación de la sanción aplicable”⁵¹.

Se critica a este sistema no sólo por la complejidad y la inflexibilidad en su aplicación, sino que también por impedir la labor del juez en la indagación de elementos particulares del caso y del delincuente que puedan influir en la culpabilidad de éste. Este sistema complica la aplicación, por parte del órgano jurisdiccional, de una pena y un tratamiento individualizado, al establecer formulas en extremo abstractas. Esto último, se puede considerar contrario a un concepto más moderno de rehabilitación social del penado. Sin embargo, se estima que este sistema tiene como rasgo positivo el presentar un mayor nivel de seguridad jurídica y corresponder más fielmente al principio de legalidad.

Un segundo sistema, fruto de corrientes que consideran como finalidad esencial de la pena la rehabilitación del delincuente y un tratamiento individual, es el de la pena absolutamente indeterminada. Se considera que la sanción penal no se puede establecer *a priori*, sino que una vez que se ha producido el ilícito y que el juez conozca las circunstancias y caracteres particulares del delincuente, establezca una penalidad que le permita al delincuente una óptima rehabilitación social. Se consideran relevantes en este sistema los informes periciales, especialmente los médicos, psiquiátricos y sociológicos, para determinar el tratamiento individual y la forma de ejecutarse la pena. Se omite claramente, las complejidades de un sistema rígido y se da mayor libertad al juez para avocarse a la penalidad del caso concreto. Sin embargo, se considera que una excesiva indeterminación de la pena podría atentar con las garantías criminales y penales, generando un importante grado de inseguridad jurídica.

Un tercer sistema, de carácter más ecléctico, es aquel que permite evitar la excesiva rigidez del sistema clásico, sin obviar los marcos legales necesarios para otorgar una seguridad jurídica necesaria. Se elimina la división en grados de la pena y la enumeración de circunstancias modificatorias y la regulación de sus consecuencias. De este modo “la ley se limita pues, a orientar la decisión del tribunal, señalándole los factores a los cuales debe atender para pronunciarla, pero abandonando a su arbitrio la evaluación de cada uno de ellos.”

La individualización de la pena, la seguridad jurídica y la manifestación clara del principio de legalidad, son los tópicos que pretende consagrar éste sistema, buscando en la pena la forma adecuada de prevención especial y general del delito.

En este aspecto y como veremos, nuestro Código Penal, el cual nos entrega las normas para determinar la pena, se inspira en un sistema clásico liberal, tendencia que se ha mantenido desde su dictación.

Reglas que rigen la determinación de la pena.

Las reglas para determinar una pena penal se encuentran señaladas en nuestro Código Penal, en virtud de lo ordenado en nuestra Carta fundamental en su artículo 19 N° 3.

Primero se debe considerar que las penas de prisión, reclusión y presidio son divisibles, al igual que las demás penas, salvo las pecuniarias. Estas penas se encuentran divididas

⁵¹ (13) *Íbid.*

en grados. El C.P en su artículo 56 señala que las penas divisibles constan de tres grados: mínimo, medio y máximo.

El artículo 57 del C.P dispone que “Cada grado de una pena divisible constituye pena distinta”.⁵²

En caso que la sanción este compuesta por dos o más penas distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas es el mínimo y la más grave el máximo.

Tabla N°1

Artículo 56 Código Penal

PENAS	Tiempo que comprende toda la pena	Tiempo de su grado mínimo	Tiempo de su grado medio	Tiempo de su grado máximo
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores	De cinco años y un día a veinte años.	De cinco años y un día a diez años.	De diez años y un día a quince años.	De quince años y un día a veinte años.
Inhabilitación absoluta y especial temporales.	De tres años y un día a diez años.	De tres años y un día a cinco años	De cinco años y un día a siete años.	De siete años y un día a diez años.
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y destierro.	De sesenta y un días a cinco años.	De sesenta y uno a quinientos cuarenta días.	De quinientos cuarenta y un días a tres años.	De tres años y un día a cinco años.
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular.	De sesenta y un días a tres años.	De sesenta y un días a un año.	De un año y un día a dos años.	De dos años y un día a tres años.
Prisión	De uno a sesenta días.	De uno a veinte días.	De veintiuno a cuarenta días.	De cuarenta y uno a sesenta días.

Fuente: Código Penal

El artículo 59 clasifica las penas en cinco escalas graduales y dentro de cada una de ellas se enumera en orden decreciente de gravedad las penas que la componen.

En la escala N° 1 se contienen las penas privativas de libertad. Esta escala se gradúa de la siguiente manera:

Presidio perpetuo calificado.

Presidio o reclusión perpetuos.

Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos.

Presidio o reclusión mayores en sus grados medios.

Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos.

⁵² Cuando el legislador señala por ejemplo reclusión en su grado medio a máximo como sanción por la comisión de un delito, está considerando dos grados, es decir dos penas: la reclusión en su grado medio y la reclusión en su grado máximo.

Presidio o reclusión menores en sus grados máximos.

Presidio o reclusión menores en sus grados medios.

Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos.

Prisión en su grado máximo.

Prisión en su grado medio.

Prisión en su grado mínimo.

Con estas escalas, en caso de que se deba determinar una pena superior o inferior en un grado a una pena señalada, se deberá buscar cual es la de mayor o menor graduación en la escala en que se encuentra la pena de referencia.

Lo mencionado, lo establece el artículo 77 del Código Penal el cual señala que “En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual el que se halle comprendida la pena determinada. Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva se impondrá el presidio perpetuo. Sin embargo, cuando se tratase de la escala número 1 prevista en el artículo 59, se impondrá el presidio perpetuo calificado. Faltando pena inferior se aplicará siempre la multa. Cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas o especiales perpetuas a grados superiores, se agravarán con la reclusión menor en su grado medio.”

Factores que intervienen en la determinación de la pena.

Además de las reglas vistas, existen otros factores que se deben aplicar para fijar definitivamente la pena. Estos se expondrán a continuación.

Pena asignada al delito por ley.

El primer factor a considerar es la pena asignada al delito por ley. En virtud del artículo 50 del Código Penal, la pena designada al delito en la ley, se entiende impuesta a los autores del delito consumado.

En relación con este factor, el legislador considera ciertas circunstancias que alteran *ex-ante* la penalidad impuesta. Esas circunstancias son las que determinan la creación legal de una figura calificada o privilegiada. Existiendo estas circunstancias, el punto de partida para determinar la pena es lo señalado en la figura calificada o privilegiada.⁵³

Debe agregarse lo dispuesto en los artículos 61 N° 4 respecto de las penas copulativas⁵⁴ y 61 N° 3 respecto de las penas alternativas⁵⁵. Cuando se trate de un delito que contemple penas copulativas, el juez debe imponer todas las penas señaladas en el delito a todos los partícipes de éste, a menos que dichas penas sean impuestas por circunstancias peculiares a algunos de los responsables y que no concurren respecto de los demás. En el caso de que un delito disponga penas alternativas, el tribunal puede escoger cual imponer, no estando obligado a imponer a todos los responsables penas de la misma naturaleza.

⁵³ Las calificantes o privilegiantes se diferencian de las agravantes y atenuantes, en que estas últimas no afectan la configuración del delito, si no que actúan posteriormente en atención a los partícipes del delito, a lo ocurrido en el ilícito concreto.

⁵⁴ Se entienden por penas copulativas aquellas señaladas para un delito que se deben imponer conjuntamente. Generalmente estas penas son de naturaleza distinta.

⁵⁵ Se entienden por penas alternativas aquellas que están señaladas con carácter opcional en el tipo penal, pudiendo el juez elegir la aplicación de una u otra.

Si un delito contempla una pena accesoria de carácter facultativo el juez podrá decidir si la impone o no junto con la pena principal. También queda al arbitrio del juez, el imponer la pena accesoria a todos los responsables del delito o solo a algunos. Si se trata de accesorias no facultativas, es decir accesorias legales, el juez se encuentra en la obligación de imponerlas al condenado, en virtud del artículo 76 del Código Penal⁵⁶.

b) Grado de desarrollo del delito.

Las etapas punibles del desarrollo de un delito son: la tentativa⁵⁷, el delito frustrado⁵⁸ y el grado de consumación⁵⁹. En algunos casos, nuestro legislador penal sanciona expresamente la conspiración⁶⁰ y la proposición⁶¹.

El artículo 50 inc. 2 del C.P nos entrega la primera regla al respecto, al disponer que “siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado” y específicamente al autor.

A los autores de crimen o simple delito frustrado se le impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley.

A los autores de tentativa de crimen o simple delito se les impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley.

Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde la rebaja de uno o dos grados, en caso de delito frustrado o tentado.

Si el delito comprende varias penas, la rebaja correspondiente a los delitos frustrados y tentados se efectúa a partir de la pena inferior de la señalada en el tipo penal.

Se debe agregar que estas reglas no reciben aplicación cuando la ley sanciona especialmente el delito frustrado o tentado.

c) Participes del delito.

La calidad de los participes de un delito se regula en los arts 14 a 17 del C.P. Estos responsables pueden ser: autores⁶², cómplices⁶³ o encubridores⁶⁴.

⁵⁶ El Art. 76. del C.P. dispone: “Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley, según lo prescrito en el párrafo 3 de este Título, condenará también al acusado expresamente en estas últimas.”

⁵⁷ El Art. 7 del C.P. señala “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”

⁵⁸ El Art. 7 del C.P señala “Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.”

⁵⁹ La consumación corresponde a la realización completa de la omisión o acción descrita en el tipo penal.

⁶⁰ El Art. 8 inc. 2 del C.P dispone que “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.”

⁶¹ El Art. 8 inc. 3 del C.P dispone “La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas.”

⁶² El Art. 15 del C.P considera autores a quienes toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; a quienes fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo y por último a los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

⁶³ El Art. 16 del C.P señala: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.”

Como ya lo vimos, se entiende impuesta la pena señalada al delito por ley al autor del delito consumado. El cómplice recibe una penalidad rebajada en un grado a la señalada en el tipo y el encubridor es sancionado con una pena dos grados más baja. (Arts. 51 y 52 C.P)

En caso de que exista una sola pena, ésta le corresponde al autor, y la inmediatamente inferior en grado al cómplice delito consumado. En el caso de que la pena señalada conste de dos o más grados, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado les corresponden la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

Cuando se trata de falta, el encubrimiento no es sancionado. Respecto de la complicidad no existe regla en particular pero no puede exceder en duración a la mitad de la que corresponda a los autores.

Las reglas expuestas no son aplicables cuando la ley contemple normas especiales para casos particulares.

Tabla N° 2

Aplicación práctica de las reglas para determinar las penas.

⁶⁴ El Art. 17 del C.P dispone: "Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable. Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precaven o salven." No se penaliza a los encubridores que sean cónyuges o parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padres o hijos de los responsables del ilícito. Se exceptúan a los que se encuentren comprendidos en el art. 17 N° 1.

REGLAS	Pena señalada al crimen o simple delito	Pena: autores de crimen o simple delito frustrado y cómplices de crimen o simple delito consumado.	Pena: autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado.	Pena: cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado.	Pena: encubridores tentativa de crimen o simple delito.
1ª	Relegación perpetua.	Relegación mayor en su grado máx..	Relegación mayor en su grado medio.	Relegación mayor en su grado mínimo.	Relegación menor en su grado máx..
2ª Pena Compuesta de 2 grados.	Presidio mayor en su grado máx. a presidio perpetuo.	Presidio mayor en su grado medio.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado medio.
2ª Pena Compuesta	Inhabilitación absoluta	Inhabilitación absoluta			

de 3 grados.	temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua.	temporal en su grado mínimo.	Suspensión en su grado máximo.	Suspensión en su grado medio.	Suspensión en su grado mínimo.
2ª Pena Compuesta de 4 o más grados.	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado máximo.	Reclusión menor en su grado medio.	Reclusión menor en su grado mínimo.	Prisión en su grado máximo.	Prisión en su grado medio.
3ª	Presidio mayor en su grado medio o confinamiento mayor en su grado máx.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	Confinamiento menor en su grado máximo	Presidio menor en su grado mínimo.
4ª	Reclusión mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua y multa.	Reclusión menor en su grado máx. y multa de máximo y 20 UTM.	Reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal en su grado medio y multa de 10 UTM.	Reclusión menor en su grado mínimo y multa de 4 UTM.	Prisión en su grado máximo, suspensión en su grado máx. y multa de 2 y 1/2 UTM.
5ª	Suspensión en sus grados medios a máx..	Suspensión en su grado mínimo.	Multa de 4 UTM.	Multa de 2 UTM.	Multa de 1 UTM.

Fuente: Código Penal.

Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que inciden en la determinación de la sanción son: las atenuantes y las agravantes. A continuación pasaremos a exponer las reglas que regulan estas materia.

En primer lugar, se debe tener en consideración que no todas las circunstancias agravantes producen el efecto de aumentar la pena, según lo dispuesto en el artículo 63.

Las circunstancias agravantes que no producen el efecto de aumentar la pena son las siguientes:

Aquellas que constituyen en sí misma un delito especialmente penado por la ley. Esto en virtud del principio "*non bis in idem*" o prohibición de penar dos veces un mismo acto.

Aquellas en las cuales la ley ha expresado la circunstancia agravante al describir y penar un delito.

Aquellas que son inherentes al delito, de modo que sin la concurrencia de estas no podría cometerse.

El artículo 64 C.P establece una regla respecto de la comunicabilidad y las circunstancias atenuantes y agravantes, que influyen en la penalidad de los responsables del delito.

De este modo, el artículo 64 dispone que las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

En el caso de que las circunstancias atenuantes o agravantes consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

Debe señalarse que la regla del artículo 64 es aplicable a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, así como también a las incluidas en la descripción del tipo y las que sean inherentes al éste.

Las reglas que determinan las influencias de las atenuantes y agravantes en la pena señalada al delito, se encuentran en los artículos 65 a 68 del C.P. Esencialmente estos artículos disponen lo siguiente:

Cuando la ley señala una sola pena indivisible, ésta se aplica sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes. Sin embargo si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, puede aplicarse la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados.

En caso de que el delito contemple una pena compuesta de dos indivisibles, se debe atender si:

No concurren atenuantes ni agravantes. El juez puede imponer cualquiera de las penas asignadas al delito.

Concurren atenuantes y agravantes. El tribunal compensará racionalmente ambas circunstancias para la aplicación de la pena.

Concorre solamente una atenuante. Se aplica la pena más leve de las dos señaladas.

Concurren dos o más atenuantes. El tribunal puede imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo señalado por la ley. Se deberá tomar en cuenta el número y la entidad de las atenuantes.

Concorre solo una agravante. El tribunal debe imponer la mayor de las penas señaladas para el delito.

El artículo 67 previene la situación en que la ley señale una sola pena, que es un grado de una pena divisible. Este artículo distingue las situaciones siguientes:

No concurren atenuantes ni agravante. El tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena.

Concurren atenuantes y agravantes. El tribunal compensará racionalmente ambas circunstancias para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras

Concorre solamente una atenuante. Se aplica la pena en su grado mínimo. Se divide la pena en dos mitades iguales, la mitad superior se considera el máximo y la inferior el mínimo.

Concurren dos o más atenuantes. El tribunal puede imponer la pena inferior en un o dos grados a la señalada en la ley, teniendo en cuenta la cantidad y entidad de las atenuantes.

Concorre solo una agravante. La pena se impone en el máximo.

Concurren solo dos o más agravantes. El tribunal aplica la pena superior en un grado.

Si la ley señala una pena compuesta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, se aplica la regla establecida en el artículo 68, que regula las siguientes situaciones:

No concurren atenuantes ni agravantes. El tribunal puede recorrer la pena en toda su extensión.

Concurren atenuantes y agravantes. El tribunal compensará racionalmente ambas circunstancias para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

Concorre solo una atenuante. El tribunal no puede imponer la pena en su grado máximo.

Concurren solamente dos o más atenuantes. El tribunal puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo dispuesto en la ley, atendiendo a la cantidad y entidades de estas circunstancias.

Concorre solo una agravante. El tribunal no puede imponer la pena mínima señalada al delito.

Concurren solamente dos o más agravantes. El tribunal puede imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo dispuesto en la ley.

En el artículo 68 bis se establece una regla común a los señalados anteriormente. Este artículo dispone que “cuando sólo concorra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.”

e) Extensión del mal producido por el delito.

De la aplicación de las reglas anteriormente expuesta, se logra determinar la pena a imponer en un grado o fracción de grado. Dentro de lo determinado, el tribunal debe fijar la pena a imponer a los culpables, y para esto el C.P entrega reglas, contenidas en el artículo 69.

El art. 69 dispone: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

Se considera que el mal producido por el delito es “en primer término, la ofensa misma al bien jurídico protegido (si se trata de un delito imperfecto o una infracción de peligro, el mal será el peligro corrido). En segundo término, comprende las demás consecuencias perjudiciales del hecho que sean un efecto directo del mismo (generalmente, pero no siempre son perjuicios económicos) aunque no estén consideradas en la tipificación.”⁶⁵

⁶⁵ (20) Ob. Cit. ETCHEBERRY, A. Tomo II. Pág. 191.

El tribunal, al sentenciar debe evaluar la tanto la entidad y número de las circunstancias atenuante o agravadas y la extensión del mal producido, de modo de determinar definitivamente.

Extinción de la pena.

Una vez impuesta una condena penal, la pena debe ejecutarse. Sin embargo existen una serie de circunstancias jurídicas que impiden la ejecución de ésta, al ponerle fin a la pena en sí.

Debe señalarse que las causales de extinción de la pena producen un efecto distinto y se diferencian tanto de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad como a las eximentes de responsabilidad. En el caso de las medidas alternativas, la pena sigue existiendo, solamente su ejecución de ve modificada al sustituirse la privación de libertad por la medida que corresponda al caso concreto. Las eximentes de responsabilidad impiden, como su nombre lo indica, que el sujeto sea penado por no tener responsabilidad penal de la conducta tipificada.

La responsabilidad penal es el factor que determina la imposición de una pena.

El artículo 93 del C.P enumera las circunstancias por las cuales la responsabilidad penal se puede extinguir⁶⁶. Dentro de las causales enumeradas, existen algunas que revisten especial importancia en el tema de la ejecución de la pena privativa de libertad. Lo anterior por que la aplicación de estas causales conllevan a que la pena impuesta al condenado deja de tener su natural vida jurídica.

Las causales de extinción de responsabilidad penal que extinguen la pena impuesta son: muerte del reo; cumplimiento de la condena; amnistía; indulto; el perdón del ofendido; prescripción de la pena.

Muerte del reo.

La muerte del reo es la primera causal, enumerada en el artículo 93, al señalar que la responsabilidad penal se extingue “Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria”.

La ley 19.806 sobre “Normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal” reemplaza el numerando primero de este artículo disponiendo que “Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.”.

Naturalmente, cuando se trata de una pena privativa de libertad que es de carácter personal, la muerte del condenado imposibilita de forma absoluta la ejecución de dicha privación, por lo que la pena y la relación jurídico-penitenciaria termina por este hecho.

Cumplimiento de la condena.

⁶⁶ El art. 93 del C.P dispone : “La responsabilidad penal se extingue: Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria. Por el cumplimiento de la condena. Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. Por indulto. La gracia de indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes. Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada. Por la prescripción de la acción penal. Por la prescripción de la pena.”

La segunda causal dispuesta por el artículo 93, el cumplimiento de la condena termina con la responsabilidad penal, con la relación jurídico-penitenciaria y con la ejecución de la pena.

Por cumplimiento de la pena se entiende, tanto el cumplimiento efectivo de la pena como también aquellas situaciones en que la ley tiene por cumplida la pena.

Las situaciones en que la ley tiene por cumplida la pena son la que se producen cuando se otorga alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216 u otro como la libertad condicional.

En el caso de las medidas alternativas, contempladas en la ley 18.216, esto es la libertad vigilada, la reclusión nocturna⁶⁷ o la remisión condicional de la pena, es la propia ley mencionada la cual en su artículo 28 dispone que transcurrido el tiempo de duración de la medida impuesta sin que esta se haya revocado se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta.

Respecto de la libertad condicional, sucede una situación similar. Una vez que el recluso obtiene este beneficio y lo mantiene sin quebrantar las obligaciones legales impuestas durante el tiempo que le reste para cumplir su condena, se entenderá que la cumplió efectivamente.

La amnistía.

La amnistía es una forma de extinguir la responsabilidad penal que encuentra su fundamento en consideraciones de índole político-criminal, las cuales hacen ineficiente la aplicación y ejecución de una pena penal. Al respecto CURY, sostiene que “la amnistía importa una revaloración de los hechos a los cuales se refiere, en virtud de la cual, por consideraciones prácticas de índole político-criminal, se les concede una excusa absolutoria que determina su completa impunidad e, incluso, la imposibilidad de examinar la responsabilidad penal de aquellos a quienes se imputan cuando aún no ha sido declarada.”⁶⁸

La amnistía es una forma de extinción de la responsabilidad penal, dispuesta en la ley. La C.P.R en su artículo 60 N° 16⁶⁹ establece que sólo una ley de quórum calificado podrá conceder una amnistía. Al ser dispuesta por ley, ésta puede ser otorgada en cualquier momento incluso una vez que se ha cumplido la condena.

La particularidad esencial de esta forma de extinguir la responsabilidad penal radica en sus efectos. Esto ya que no sólo extingue la pena sino que también sus efectos. El que extinga los efectos de la pena implica que el condenado elimina esta circunstancia de su extracto de filiación, lo que resulta relevante en lo que se refiere a la reincidencia.

La amnistía, aunque no exista norma expresa al respecto, no extingue las responsabilidades civiles provenientes del hecho ilícito, por lo menos aquellas que afectan a particulares (indemnización de perjuicios). Al respecto ETCHEBERRY sostiene “si bien la amnistía borra la pena y todos sus efectos, la responsabilidad civil no emana de la pena,

⁶⁷ Se considera que la medida alternativa de reclusión nocturna constituye una forma atenuada de pena privativa de libertad.

⁶⁸ (14) Ob.Cit. CURY, E. Pág. 421.

⁶⁹ El Art. 60 C.P.R. dispone: “Sólo son materias de ley: 16) Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia. Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9”

sino del hecho ilícito. La amnistía no borra el hecho y su ilicitud, solamente elimina las consecuencias penales que del hecho ilícito puedan derivarse. Además, en el caso preciso de responsabilidad civil en favor de un particular, la obligación de indemnizar nace con el hecho ilícito mismo y desde ese momento se incorpora al patrimonio de su titular. Una ley posterior no podrá privar a éste de tal derecho, por prohibirlo la Constitución Política (Art. 19 N° 24).⁷⁰

El indulto.

El indulto es una institución penal que puede extinguir la pena impuesta por una sentencia judicial o reducirla, pero sin prescindir nunca del carácter de condenado del sujeto indultado para los efectos que las leyes determinen⁷¹. Lo anterior según lo dispuesto en el art. 93 N° 4 del C.P.⁷².

Esta institución encuentra su justificación en razones de política-criminal. De este modo “es la moderna supervivencia del derecho de gracia del soberano. Explicable en la época en que toda soberanía se encarnaba en una sola persona, que dictaba las leyes y hacía justicia, subsiste hoy en día sólo por razones de índole práctica, como una manera de poder reparar los posibles errores cometidos en la imposición de una pena y como instrumento de política criminal, para favorecer la enmienda del penado y procurar la paz social.”⁷³

El indulto sólo procede una vez que se ha dictado una sentencia ejecutoriada en un determinado proceso, según lo prescrito en el artículo 32 N° 16 de la C.P.R.⁷⁴.

El indulto procede respecto de todo tipo de delitos, con excepción de aquellos denominados terroristas, según lo dispuesto en el artículo 9 inc. 3 de la carta fundamental⁷⁵.

El indulto puede clasificarse en general o en particular, en atención a su origen.

Los artículos 32 N° 16 y 60 N° 16 de la C.P.R, se refieren a ambas clases de indultos, señalando que el indulto general es concedido por ley y el particular por el Presidente de la República.

La facultad del Presidente de la República para conceder indultos, según lo dispuesto en la carta fundamental, debe encontrarse reglamentada en una ley. La ley que reglamenta

⁷⁰ (20) Ob.Cit. ETCHEBERRY,A. Tomo II; 193.

⁷¹ Las consecuencias penales como las civiles de una condena no se extinguen con un indulto. De este modo opina CURY, al señalar “conforme a la opinión unánime de la literatura nacional, se encuentran las consecuencias civiles provenientes del delito, incluidas las inhabilidades de esta clase que traen aparejadas algunos hechos punibles. Así se deduce categóricamente, por lo demás, de la historia del establecimiento de la ley.”(14) Ob. cit. CURY, E.. Pág. 426.

⁷² El Art. 93 N° 4 del C.P, señala como causal de extinción de la responsabilidad penal el indulto y dispone que: “La gracia de indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes.”

⁷³ (20) Ob.Cit. ETCHEBERRY, A. Tomo II. Pág. 251.

⁷⁴ El Art. 32 N° 16 de la C.P.R dispone: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 16. Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso.”

⁷⁵ El Art. 9 inc. 3 de la C.P.R. dispone respecto de los “delitos terroristas” que: “Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

esta facultad es la 18.050 del 6 de noviembre de 1981. En el artículo 32 N° 16 de la C.P.R, se establece una excepción a la facultad del Presidente de la República de conceder indultos. Esta excepción dice relación con los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, los cuales sólo pueden ser indultados por el Congreso.

En los indultos particulares se debe expresar cuales son los sujetos beneficiados por ésta institución.

Respecto de los indultos generales, éstos son otorgados en términos amplios respecto de los responsables de determinados delitos, sin hacer mención expresa a una persona en particular.

Los indultos pueden ser totales o parciales. Es total cuando se perdona al condenado todas las penas a que ha sido condenado en forma completa. Según lo preceptuado en el artículo 43 del C.P, el indulto de la pena principal no comprende el de las penas accesorias, a menos que sea mencionadas expresamente⁷⁶.

El indulto es parcial, cuando acontecen algunas de estas tres circunstancias:

Cuando se remite una de varias penas impuestas al condenado.

Cuando se reducen la o las penas impuestas al condenado.

Cuando se produce una “conmutación de penas”, es decir, se altera la naturaleza jurídica de una o varias de las penas impuestas, sustituyéndolas por otra u otras.

En el caso de los indultos particulares y totales se señala que estos no pueden comprender la inhabilitación para Derechos políticos, “puesto que ésta requiere un acuerdo del senado (Art. 17 inc. final de la C.P.R.). El indulto general, en cambio, podría abarcarla, ya que se lo concede por ley y ésta es más que un simple acuerdo del senado.”⁷⁷.

Por último, se debe considerar que el indulto no produce efectos retroactivos según lo dispuesto en el artículo 44 del C.P, el cual dispone: “Cuando la inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesiones titulares es pena accesoria, no la comprende el indulto de la pena principal, a menos que expresamente se haga extensivo a ella.”

Lo anterior encuentra su correlato en el artículo 93 N° 4, al disponer que “La gracia de indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes.”

El perdón del ofendido.

El perdón del ofendido es una institución que encuentra su justificación en la ineficacia de la ejecución de la sanción en ciertos casos.

Normalmente se pena a quien ha cometido una infracción que afecta a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, existen ciertos delitos, que si bien por la importancia del bien jurídico protegido la ley sanciona penalmente su vulneración, el daño causado sólo se limita a la víctima del atentado. De lo anterior se desprende que si el ofendido decide perdonar al ofensor, no cabría razón para que el Estado persiga la sanción del hecho. De ahí que esta institución tenga carácter de excepcional en nuestro ordenamiento penal.

⁷⁶ El art. 43 del C.P dispone: “Cuando la inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesiones titulares es pena accesoria, no la comprende el indulto de la pena principal, a menos que expresamente se haga extensivo a ella.”

⁷⁷ (14) Ob.Cit. CURY, E. Pág. 426.

Según lo dispuesto en el art. 93 N° 5 del C.P, la responsabilidad penal se extingue por: “Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.”.

Se entiende por perdón del ofendido “aquel concedido por el sujeto pasivo del delito después de la consumación del hecho típico.”⁷⁸ Este perdón para que extinga la responsabilidad penal, requiere que se trate de delitos de acción penal privada y que exista una sentencia judicial condenatoria firme al respecto.

Los delitos que dan lugar a una acción penal privada son los señalados en el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal. Estos delitos son:

La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el culpable ha estado o está empleado.

El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo; acción que se entiende abandonada cuando la acusación no se entablare en el término de dos meses después de tenerse noticia de la celebración del matrimonio.

La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público inferido a otro por no haberlo aceptado.

La calumnia y la injuria contra personas privadas, delitos que pueden, además, ser perseguidos por el cónyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos y por los hijos y padres naturales del ofendido, que se encuentre moral o físicamente imposibilitado. Si ha muerto el ofendido, las mismas personas, y además sus herederos, pueden deducir las acciones correspondientes.

La falta descrita en el artículo 496 N° 11 del C.P. Esto es “El que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad”.

Con relación a la extinción de las penas impuestas, el legislador no señala si el perdón extingue solamente la pena principal o también las accesorias, aunque se ha entendido que abarca ambas categorías de sanciones. Sin embargo, el perdón “no alcanza a la inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos, respecto de los cuales deberá estarse a la norma constitucional sobre rehabilitación.”⁷⁹

Respecto de la retroactividad del perdón del ofendido, tampoco se ha llegado a un acuerdo al respecto. CURY, estima que “la respuesta debe ser negativa y, por consiguiente, el condenado conservará la calidad de tal en relación con la reincidencia y para los efectos a los cuales interese.”⁸⁰

El perdón del ofendido, a pesar de extinguir la responsabilidad penal, no afecta a la multa pagada como pena, la cual no será devuelta. Esto en atención a lo dispuesto en el artículo 30 del C.P.P.⁸¹

⁷⁸ (14) Ibid.

⁷⁹ (14) Ob. Cit. CURY, E. Pág. 429.

⁸⁰ (14) Ibid.

⁸¹ El Art. 30 (50) del C.P.P. dispone que: “El querellante podrá desistirse de la acción penal, sea ésta pública o privada. Si la acción fuere pública, el juicio seguirá adelante, constituyéndose el Ministerio Público en parte principal, a falta de otro acusador particular. Si la acción fuere privada, podrá, además, ponerse término al juicio mediante una transacción. Pero el desistimiento o la transacción no producirá en ningún caso el efecto de que se devuelva la multa que hubiere sido satisfecha por vía de pena.” Al respecto, CURY señala “... lo cual constituye otra de las apremiantes manifestaciones de codicia fiscal que caracterizan la regulación

Por último, la extinción de la responsabilidad penal por medio del perdón del ofendido, no afecta a las acciones civiles derivadas del delito.

6.6. Prescripción de la pena.

La prescripción es una institución de seguridad jurídica, en virtud de la cual se consideran consolidados o extintos ciertos derechos.

La prescripción de la pena, es una institución jurídica en virtud de la cual, por el sólo transcurso de un determinado lapso, se extingue la responsabilidad penal declarada en una sentencia firme.

El fundamento de esta institución radica, en que después de transcurrido un determinado lapso, las finalidades aceptadas de la pena, esto es la retribución o la prevención especial o general, no se encontrarían justificadas. En forma más simple, después de 5, 10, o 15 años, según lo dispuesto en la ley, no se podría entender un efecto retributivo de la pena, como tampoco un tratamiento rehabilitador que sería extremadamente tardío e inútil, como así mismo una prevención general la cual vería disminuidos sus efectos por el mismo transcurso del tiempo. Se podría considerar incluso, que la idea de perseverar en un castigo podría asimilarse más a un tipo de venganza, lo cual se encuentra radicalmente alejado de una pretendida paz social, como finalidad de un sistema penal.

El artículo 93 N° 7 del C.P señala que la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal. Para que esta institución tenga aplicación es necesario que exista previamente una sentencia condenatoria firme.

Los plazos para que prescriba una pena impuesta, se encuentran señalados en el artículo 97 del C.P. Estos plazos son:

Para las penas de presidio, reclusión y relegación perpetuos, el plazo es de quince años.

Para las demás penas de crímenes, el plazo es de diez años

Para las penas de simples delitos, el plazo es de cinco años.

Para las de faltas, el plazo es de seis meses.

Estos plazos comienzan a correr desde la fecha de la sentencia firme⁸², o desde la fecha del quebrantamiento de condena si ésta hubiera principiado a cumplirse, según lo dispuesto en el artículo 98 del C.P.

de esta materia, y una defectuosa tendencia a asimilar el tratamiento de las sanciones pecuniarias al de las consecuencias civiles del hecho". (14) *Ibíd.*

⁸² Respecto del significado del término "sentencia firme" y por ende del momento en que se empieza a contar el plazo de prescripción existe una amplia discusión al respecto. Este conflicto se acentúa al confrontar los Arts. 97 y 98, ya que el primero habla de "sentencia ejecutoria" y el segundo de "sentencia de término" Según CURY " el concepto de sentencia de término no tiene un sentido legal riguroso, parece lógico entenderla de un modo natural, como aquella sentencia que no admite ningún recurso legal capaz de revocarla o modificarla". (14) *Ob. Cit. CURY, E. Pág. 436. ETCHEBERRY* sostiene por el contrario que la expresión "sentencia de término" no es unívoca "Así, el Art. 539 del Código de Procedimiento Penal llama claramente sentencia de término a la de segunda instancia, aunque esté pendiente el plazo para recurrir de casación contra ella, o se haya efectivamente deducido dicho recurso y no se haya fallado. Por otra parte, la consideración conjunta de los Arts. 97 y 98 debería llevarnos a la conclusión de que debe tratarse de una sentencia de término, pero ejecutoriada (o que causa ejecutoria, que en materia penal es lo mismo). En éste último caso sería preciso exigir que se hubiera notificado la resolución que la mandó cumplir (Art. 174 del Código de Procedimiento Civil y 43 del Código de Procedimiento Penal). Esta opinión se afianza si se considera que el artículo 79 establece que "no podrá ejecutarse pena

No existen plazos extraordinarios en la prescripción de la pena como tampoco tiene lugar la suspensión de ésta. Lo que puede ocurrir es la interrupción de la prescripción de la pena. Al respecto se contemplan las mismas causales y efectos que en la interrupción de la prescripción de la acción penal, esto según lo dispuesto en el artículo 99 del C.P, el cual señala que “Esta prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el condenado, durante ella, cometiere nuevamente crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez.”

Los artículos 100 a 105 del Código Penal contienen reglas aplicables, tanto a la prescripción de la acción penal como a la prescripción de la pena. Estas reglas son:

El art. 100 contiene una norma especial para el cómputo del plazo en ambas prescripciones, la cual dispone que “Cuando el inculpado se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años”. Esta regla no se aplica a las faltas, ya que contemplan plazos inferiores a un año.

El art. 101 del C.P dispone: “Tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas.”

El art. 102 del C.P señala: “La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el reo no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio”. La ley 19.802 modifica este artículo disponiendo que “La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o acusado no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio.”

El art. 103 establece la denominada “prescripción gradual” o “media prescripción”, en virtud de la cual si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

El art. 104 del C.P entrega una regla respecto de la reincidencia como circunstancia agravante y dispone que “Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”.

Las inhabilidades que provengan de un crimen o simple delito siguen las mismas reglas de prescripción de la pena, salvo en lo que se refiere a derechos políticos. Lo anterior en virtud del art. 105 del C.P.

Consideraciones sobre los límites de las penas privativas de libertad y sus efectos.

La ejecución de la pena privativa de libertad, está ligada en su fundamento a la duración que esta sanción conlleve. De esta manera, es la duración de la sanción

alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”, esto es, no puede hablarse propiamente de que exista pena legalmente aplicable mientras la sentencia no éste ejecutoriada. Creemos, sin embargo, que si bien la pena misma no puede imponerse sino después de notificarse la sentencia al reo, por otra parte ya es imposible modificar la sentencia desde que no proceden recursos ulteriores a su respecto o no procedieron nunca, o procedían, pero no se interpusieron, o se interpusieron y se fallaron imponiendo una pena). Es la fecha en que la sentencia de término quedó en esta calidad la que determina el término de la prescripción de la acción penal y el comienzo de la prescripción de la pena.” (19) Ob. cit. ETCHEBERRY, A. Págs. 259 y 260.

la que determina el periodo en el cual el Estado podrá llevar a cabo la finalidad propuesta al penalizar a un individuo.

Consecuencias de la prisionización.

El estado de encierro que se produce en la pena privativa de libertad tiene una serie de consecuencias relevantes a considerar en el ámbito de la ejecución de la pena, de la duración de la condena y del tratamiento rehabilitador a utilizar. Estas consecuencias son de la más diversa índole, incluyéndose de carácter psicológico como incluso algunas de carácter físico.

Sin intención de abordar este importante tema de modo exhaustivo, creemos que resulta relevante enunciar los más importantes trastornos producidos en la prisionización, que son un claro atentado a lo pretendido inicialmente por el legislador y el juez al imponer una pena, y en sí contrario al deber e intención de un Estado de Derecho y de una sociedad civilizada. Consideramos, que teniendo en cuenta la realidad práctica del encierro y sus efectos concretos, podría llevarse a cabo una política penitenciaria más acorde con las garantías constitucionales y con la finalidad esencial que asume la pena en el estadio de su ejecución.

En primer lugar, debemos señalar que la reclusión de una persona en un recinto penitenciario implica inherentemente un trauma importante. Cualquier cambio de hábitat no gradual que enfrente un ser humano resulta perjudicial, sobretudo cuando implica una ruptura brusca con el entorno psico-social, cultural y económico del sujeto, como es en el caso de la pena privativa de libertad. Claramente, el sujeto que se encuentra condenado a reclusión, se enfrenta a un cambio radical de vida, empeorado aún por las precarias condiciones carcelarias y el poco alentador sistema de vida que ahí se lleva.

En relación a la arquitectura carcelaria, debemos señalar como primera fuente y obvia por lo demás, del desarraigo a sufrir por el condenado, la drástica reducción del espacio habitable. A continuación es dable mencionar, la impersonalidad y frialdad del ambiente que rodea al recluso, el cual no sólo contribuye a un sentimiento de monotonía si no que también evita cualquier sentimiento de pertenencia y aumenta los de rechazo.

Las dos acotaciones anteriores, que sólo son algunas de las circunstancias que afectan al recluso, se ven acentuadas en las denominadas macro-cárceles. Desde mediados del siglo XIX, se ha considerado el ambiente carcelario como un elemento esencial en la rehabilitación del recluso. Si bien, siempre la reclusión va a importar un trauma, una política penitenciaria preventivo especial y respetuosa de los derechos humanos, debería considerar ésta primera y más básica consecuencia del encierro, que sin duda implica un importante traspié en cualquier tratamiento que se desee emprender.

La prisionización es en sí un cambio de vida. La manera en que funciona la cárcel, tanto en un aspecto formal (régimen penitenciario, obligaciones reglamentarias, obediencia a la autoridad etc.) como en uno informal (formación de verdaderos sistemas sociales entre los presos, con sus propias jerarquías, lenguaje, valores, obligaciones y sistemas de control), transforma de una mala manera el ya precario estado de socialización en que se encuentra el recluso. La rigidez e impersonalidad del sistema formal y lo hermético y jerarquizado del sistema informal en que se

ve inmerso el recluso, aportan mayores contradicciones aún en la expectativa resocializadora de la pena, produciéndose una desocialización, una identidad social opuesta a la querida por cualquier finalidad preventivo especial. De esta forma se construye lo que se denomina “contracultura-carcelaria”, factor criminógeno por excelencia, que desvirtúa cualquier intento de tratamiento intrapenitenciario.

A lo anterior, se debe agregar la carencia efectiva de programas de educación y trabajo, como también de tratamiento social y psicológico, que inhiban de alguna forma las nefastas consecuencias vistas, y sienten las bases de un conciente programa de rehabilitación.

Todo lo visto anteriormente se traduce en un acelerado proceso de inadaptación social, mucho más profundo del existente al inicio de la privación de libertad, que conlleva inevitablemente a la temida prisionización y sus nocivos efectos.

La inadaptación produce una serie de consecuencias, que aumentan mientras más tiempo de reclusión enfrente el sujeto. Estas consecuencias se pueden agrupar de la siguiente forma ⁸³ :

Desproporción reactiva: trastorno que tiene como consecuencia que cuestiones que carecerían de importancia son vivenciadas con una desproporcionada resonancia emocional y cognitiva.

Dualidad adaptativa: Se manifiesta en la oscilación del sujeto privado de libertad entre extremos opuestos de conducta. Por un lado, se produce una autoafirmación agresiva, que implica hostilidad y rechazo hacia la autoridad. Por otro lado, el sujeto se somete fuertemente a la institucionalidad como vía adaptativa.

Presentismo galopante: La incapacidad de control, por parte del recluso, de sus actos presentes y la incertidumbre frente al futuro, deviene en una conducta fatalista, ajena a cualquier proyección futura y caracterizada por la exclusiva vivencia del presente.

Síndrome amotivacional: Se caracteriza por la carencia de interés del sujeto ante la vida y ante cualquier posibilidad futura. El sujeto carece de responsabilidad y se limita a aceptar de forma indolente su entorno institucional y social.

Baja autoestima.

En el contexto carcelario, la baja autoestima, la amotivacionalidad, el presentismo, en conjunto con la reglamentación extrema de la vida del recluso, inducen a un carencia absoluta de responsabilidad del interno, viendo sustituida su capacidad de decisión por la ordenes impartidas por la autoridad o por el núcleo social intrapenitenciario al que pertenezca. Esto implica un retroceso sustancial, si se pretende que el sujeto egresado del sistema penal se haga cargo de su vida y su familia en la manera que cualquier persona respetuosa del ordenamiento lo haría. La falta de responsabilidad del reclusos puede conllevar a un proceso de infatilización de éste, haciéndole extremadamente dificultoso el vivir en un sociedad en que él deba tomar sus propias decisiones.

⁸³ (58) SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS. Las consecuencias de la prisionización. [en línea]. Cuadernos de Derecho Penitenciario. Número 8. http://www.icam.es/docs/ficheros/200404130003_6_7.pdf [consulta: 5 diciembre de 2003] Respecto del síndrome amotivacional se ha comprobado que las drogodependencias y el alcoholismo generan este síndrome. Se debe considerar entonces como un trastorno de gran relevancia, si se tiene en cuenta que muchos reclusos tienen algún grado de adicción al inicio de su condena privativa de libertad.

Las consecuencias de la prisionización se extienden también al plano de lo físico. El encierro produce una serie de alteraciones sensoriales, las cuales se pueden agrupar de la forma siguiente:

Trastornos de la vista: Se produce la denominada “ceguera de prisión”, producto de la permanente ruptura de los espacios, presencia constante de muros que impiden la visión a distancia, importantes contrastes de luz y de la carencia cromática de los centros penitenciarios.

Alteraciones auditivas: se producen fundamentalmente al estar el recluso en lugares cerrados, con falta de acondicionamiento acústicos, en los cuales las mezclas de sonidos constantes contribuyen a una importante contaminación acústica.

Limitaciones olfativas: estas producto del encierro y de la mezcla de todo tipo de olores.

Limitaciones gustativas: al disponer el recluso de una poca variedad de comidas, incluso muchas veces insípidas, durante un prolongado espacio de tiempo.

Debe agregarse también, que la falta de intimidad a la que se ve expuesto el recluso, atenta contra su auto-imagen. Esto produce un déficit de aseo personal y de preocupación por su apariencia.

Las privaciones sensoriales, producen ansiedad, tensión, falta de concentración, desorientación temporal, enfermedades sicosomáticas, e incluso ciertas alucinaciones, entre otras alteraciones.

El aislamiento social, al cual se ve sometido el condenado, trae perniciosas consecuencias.

En primer lugar la comunicación social se ve alterada, no sólo en la utilización del lenguaje hablado y escrito sino también en la expresión corporal. Esta carencia comunicacional incide también en el contacto del recluso con sus familiares y personas cercanas. La cárcel imposibilita la creación y mantenimiento de vinculaciones afectivas, por lo que una reclusión muy prolonga termina por impedir que el penado se relacione a nivel social y afectivo con personas del exterior e interior del recinto.

De lo expuesto, no sólo se desprende la “enajenación social y afectiva del preso”, sino que también la consecuencias negativas que debe sufrir la familia con la prisionización de un ser querido.

Debemos señalar que las anteriores consecuencias, se agravan notablemente cuando el recluso se ve afectado por un aislamiento total, es decir, cuando es privado de todo contacto con el exterior por estar encerrado en una celda de aislamiento. De ahí que se recomiende este aislamiento como excepción y por un período breve, de modo de evitar las dramáticas consecuencias expuestas.

De todo lo expuesto, sólo podemos concluir que el carácter excepcional que debe tener la prisión y en caso de necesitar la imposición de esta pena, velar por que no se produzcan los efectos someramente señalados, que atentan contra la dignidad y derechos fundamentales, al mismo tiempo que impiden toda función resocializadora de la pena.

En resumen, un abuso indiscriminado de esta pena, sobre todo en las actuales condiciones penitenciarias, conllevan un mal desproporcionado tanto para la persona del preso como para la misma comunidad.

Penas de corta duración.

La doctrina entiende como penas de corta duración, aquellas que no sobrepasan los seis meses de duración.

Como ya lo hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico, la pena de prisión reviste esta característica.

Estas penas revisten un carácter problemático, de ahí que la tendencia por parte de la doctrina y de las legislaciones modernas de evitarlas. Las vías para evitar la imposición de estas penas de corta duración son diversas. En primer lugar se las puede excluir como penas de delitos, es decir que ningún tipo penal contemple una pena inferior a seis meses de privación de libertad. Las legislaciones optan también por sustituir estas sanciones por otra clase de penas o medidas alternativas. Por último, existe la vía de la suspensión de las condenas que recaigan sobre penas privativas de libertad inferiores a seis meses.

La problemática de las penas de corta duración reside esencialmente en el nocivo efecto que ejerce la cárcel en la persona del recluso y el efectivo contagio criminológico que ahí se produce, según lo vimos al tratar las consecuencias de la prisionización. Si bien estos efectos se producen en general en cualquier sujeto que se encuentre privado de libertad, se debe reconocer que pueden ser aminorados sustancialmente con un adecuado tratamiento rehabilitador, que comprenda de los complejos problemas que presenta la prisionización y la resocialización.

En conclusión, se podría decir que la pena privativa de corta duración causa más daño al penado y a la sociedad que si no se hubiese impuesta pena alguna. De este modo, se pierde completamente la finalidad de la pena.

Por lo demás, se debe considerar que la privación de libertad es siempre más costosa que las medidas alternativas.

Como señala BOLDOVA,⁸⁴ “la razón principal para solicitar la supresión de las penas cortas de prisión se deriva de un principio esencial del Derecho Penal moderno, a saber, de la consideración de la pena como la *ultima ratio* en la defensa de orden social. Si sólo se debe acudir a la pena cuando es absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.), desarrollo consecuente de ello es también que el recurso a la prisión-la más grave de las consecuencias jurídicas-penales del delito-tengan que reservarse en último extremo para castigar aquellos delitos frente a los que no cabe reaccionar eficazmente mediante la imposición de otras penas menos gravosas, dado su menor poder inhibitorio, bien por mostrarse inadecuadas, bien por haber fracasado en su función. Por otra parte, hay que tener presente que las penas cortas de prisión se dirigen en general a la criminalidad media o leve (responsable de delitos menos graves y faltas) por lo que la entidad de la sanción (prisión) puede devenir desproporcionada con aquella característica de la delincuencia, buena parte de la cual puede ser primaria o estar plenamente socializada”⁸⁵.

De todo lo anterior, se desprende la necesidad de evitar la imposición de estas penas. Nuestra legislación ha optado por las vías de aplicación de medidas

⁸⁴ El autor MIGUEL BOLDOVA considera en este texto a la prisión como equivalente a la pena privativa de libertad. BOLDOVA, M. y ALESTUEY, M. CARMEN. EN: (29) Lecciones de consecuencias jurídicas del delito”. 2000. Pág. 55.

⁸⁵ (29) Ob. cit. BOLDOVA, M. y ALESTUEY, M. Págs. 57 y 58.

alternativas a las penas privativas de libertad y por la suspensión condicional de la condena, además de suprimir la pena de prisión en ciertas faltas.

Penas de larga duración.

Estas penas son aquellas cuya duración es superior a seis meses.

No se consideran dentro de estas penas a las perpetuas ya que su temporalidad no se encuentra definida por la ley y la sentencia.

El cuestionamiento respecto a estas penas es cuánto debe ser su duración máxima de modo de cumplir con las finalidades de la pena y el orden constitucional.

Se sostiene por la doctrina que una pena privativa de libertad extremadamente larga, entra en pugna con un sistema penitenciario destinado a la resocialización.

Las penas extremadamente largas impiden una efectiva resocialización del penado, ya que la exclusión social va aumentando con el tiempo que dure la reclusión. El penado, debido a los efectos de la prisionización antes vistos, es cada vez menos un ser social.

Por otra parte, la lejanía del momento del egreso desmotiva fuertemente al interno, de modo que éste carece de estímulos que los incentiven a someterse a un tratamiento resocializador.

Los efectos físicos, sensoriales y psicológicos vistos, se hacen presente de forma más relevante en aquellos que sufren una privación de libertad demasiado larga.

Las corrientes doctrinarias que defienden las penas privativas de libertad de larga duración, lo hacen por razones de oportunidad. El incremento de la delincuencia o de delitos de grave trastorno social (Ej.: terrorismo, narcotráfico), provoca un fuerte sentimiento represivo que conlleva a alargar las penas lo cual, como lo señalamos, se riñe fuertemente con los principios de rehabilitación y respeto a las garantías constitucionales.

Las diversas investigaciones criminológicas sostienen que el período máximo de duración de una pena privativa de libertad no debe exceder de quince años.

FERRAJOLI⁸⁶, es más radical aun estimando como límite máximo los 10 años de privación de libertad, esto debido a que considera que cualquier reducción por debajo de la frontera señalada permite salvaguardar todos los elementos garantistas de la pena, mejor aún que los sustitutivos discrecionales que tienen lugar durante la ejecución de la pena. Debemos recalcar que el autor se refiere a los sustitutivos discrecionales y no a los legales.

De todos modos, se debe considerar que si trascurren más de quince años, los daños físicos y psicológicos suelen ser irreparables, vulnerándose toda finalidad en la imposición de la pena.

En nuestro ordenamiento penal, la pena privativa de libertad, sea de reclusión o presidio, tiene una duración máxima de veinte años.

Debido a los nocivos efectos de la prisionización, es que se hace recomendable y necesario que las penas tengan un tope máximo de quince años. El lograr estos límites, no sólo involucra establecer un límite máximo en la ley, sino que “es necesario que el legislador, aplicando los principios de intervención mínima

⁸⁶ (23) FERRAJOLI, L. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 1997. Pág. 414.

y proporcionalidad, les dé un tratamiento excepcional de forma que existan instrumentos por medio de los cuales el penado pueda ir reduciendo la duración de la condena según avanza en su cumplimiento”⁸⁷ .

Los instrumentos de reducción mencionados, se manifiestan inicialmente en la utilización del sistema progresivo, otorgando en forma gradual al condenado beneficios penitenciarios de modo de incentivar mayormente una efectiva resocialización. Entre los beneficios penitenciarios mencionados, el más relevante es la libertad condicional.

Nuestra legislación contempla los beneficios propios de un sistema progresivo o de individualización científica que permite que no excedan tan ampliamente los límites aconsejados por los criminólogos. Sin embargo los procedimientos para obtener dichos beneficios y los criterios para otorgarlos, distan de la finalidad expuesta. Esto conlleva, al exceso de penalidad y sus nocivos efectos ya vistos.

Penas perpetuas.

Las privativas de libertad de carácter perpetuo son aquellas que se prolongan por toda la vida del penado.

Como ya lo vimos, en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan las penas de presidio y de reclusión perpetua.

Recientemente se agregó al catálogo de penas el presidio perpetuo calificado que implica que el recluso no tendrá Derecho a la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva.

Si las penas privativas de libertad de larga duración son contrarias a cualquier principio rehabilitador, en las penas perpetuas este principio orientador de los sistemas penitenciarios y fundamento de la pena carece de todo sentido. No puede entenderse entonces, una labor resocializadora de quién jamás se incorporará a la sociedad.

Las penas perpetuas, en nuestro ordenamiento jurídico admiten, en general, alguna medida que limite el tiempo de encierro del penado. Estas medidas pueden ser la libertad condicional o el indulto. Sin embargo, el lapso en que los penados mínimamente pueden estar reclusos supera los veinte años, por lo que son aplicables todos los comentarios efectuados respecto de las penas de larga duración y las consecuencias de la prisionización.

La tendencia mundial es suprimir las penas perpetuas, y gran parte de la doctrina esta conteste en la inutilidad y dañisidad de la aplicación de ésta medidas punitivas

⁸⁸ . Sin embargo, nuestra legislación evidencia un claro fortalecimiento de las penas perpetuas, sobretudo después del la derogación de la pena de muerte.

A esto debe agregarse, las penas accesorias que conllevan las penas perpetuas. Esto es aquellas que suspenden a perpetuidad derechos civiles y políticos del penado, tales como la inhabilitación para cargos y oficios públicos. Dichas penas, al tener el carácter de perpetuas, implican una literal muerte jurídica del penado,

⁸⁷ (63) Ob. cit. TERRADILLOS J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Pág. 70.

⁸⁸ Como ejemplo, podemos señalar que la cadena perpetua desapareció definitivamente del Código Penal español en 1928. La Constitución Política de Colombia en su artículo 34 dispone que: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”.

excluyéndole absolutamente de la sociedad, impidiendo su reinserción y limitando a perpetuidad derechos que le son propios.

En forma de corolario, podemos señalar en palabras del ANIBAL BRUNO: “La prisión perpetua es una pena de seguridad. La sociedad se defiende, alejando definitivamente de su seno al hombre que gravemente delinquiró. Pero es una pena cruel e injusta. Priva al condenado no sólo de la libertad, que podría encorajarlo y tornarle soportable la esclavitud penal. Torna imposible cualquier graduación según la naturaleza y circunstancias del crimen y las condiciones del criminoso y retira todo objetivo a la función atribuida primordialmente a la pena, que es el reajuste social del condenado. En general, es excesiva y no atiende a la determinación necesaria en el tiempo, porque no terminará en una fecha fijada en la sentencia, pero durará en cuanto al hombre exista. Pertenece a un espíritu punitivo ya superado, de que las legislaciones ligadas a una fuerte tradición todavía no consiguieron librarse.”⁸⁹

Conclusiones.

Como tópico de inicio, consideramos importante remitirnos a la historia de esta sanción, en cuanto resulta relevante recalcar sus fundamentos de origen, su evolución y la aceptación social de la privación de libertad en las diversas legislaciones, incluyendo por supuesto la nuestra.

De este modo estimamos que todo objeto de estudio jurídico debe referirse a lo menos en forma somera a su historia, de modo de entender las manifestaciones actuales de éste.

Es así como encontramos la reciente ocurrencia de la pena privativa de libertad en nuestra legislación y en general en la historia occidental. Siendo, en lo que respecta a nuestro país un intento del legislador ilustrado de superar el inhumano sistema penal español que nos rigió incluso décadas después de nuestra independencia.

Sin embargo, el rechazo hacia la aplicación de las penas corporales encontró una difícil camino, cuando se trató de derogar la pena de muerte, siendo solo en esta instancia en que la pena privativa de libertad se situó en el ingrato lugar de ser la pena más importante en nuestra legislación.

La pena privativa de libertad, absolutamente privilegiada por nuestro legislador penal, ha encontrado una creciente evolución de carácter negativo en nuestro ordenamiento, al ser cada vez más grave y lesiva en cuanto a los derechos del recluso. Evolución que desgraciadamente tampoco se condice con la de los recintos y sistemas penitenciarios, lo cual agrava sustancialmente una pena que en el texto pretende solamente restringir la libertad ambulatoria del sujeto.

Es así como todo estudio del cumplimiento de la pena privativa de libertad, requiere una consideración cierta de los efectos prácticos que produce la cárcel, de modo de armonizar lo pretendido por el legislador y el Estado, con la realidad carcelaria existente.

Una vez vistos los efectos de la prisionización, se comprende perfectamente la posición de la doctrina que rechaza las penas privativas de libertad de corta duración o pena de

⁸⁹ (34) LUISI, L. La prisión perpetua en el estatuto de la Corte Penal. extractando a BRUNO ANÍBAL.. EN: INSTITUTO LATINOAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE. CENTRO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA. UNIVERSIDAD ARGENTINA JOHN F. KENNEDY. Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI: volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David en su 72 aniversario. 2001. Pág. 459.

prisión en el caso de nuestra legislación, al revestir un carácter problemático debido al contagio criminógeno y a los efectos mencionados de la prisión.

Se propone entonces que la erradicación de estas penas, remplazándolas por suspensiones condicionales de la pena o de la condena. Considerándose que los delitos que conllevan esta clase de penas son de menor lesividad y en última instancia, que la imposición de medidas alternativas resulta en la mayoría de los casos más eficiente y más económica.

Es importante también considerar que el legislador debe dejar de recurrir a la pena privativa de libertad ante cualquier infracción penal, debiendo ser la pena privativa de libertad, que es la más lesiva del ordenamiento, la regla de excepción y no la general como actualmente sucede.

Nuestra legislación, recientemente ha optado por las vías de aplicación de medidas alternativas a las penas privativas de libertad y por la suspensión condicional de la condena, además de suprimir la pena de prisión en ciertas faltas. Este intento no resulta para nada despreciable, sin perjuicio de la necesidad de efectuar una revisión de nuestro catálogo de delitos y sus correspondientes penas, y de sancionar alternativamente conforme a los fines y fundamentos de nuestro ordenamiento.

Por otra parte, las penas de larga duración tampoco se encuentran exentas de críticas. Si bien estas penas son destinadas a delitos de carácter más grave y la extensión del lapso en que se priva de libertad al sujeto es mayor de modo de poder paliar las consecuencias de la prisionización y efectuar algún tipo de tratamiento resocializador, no necesariamente resulta ser siempre la mejor alternativa con que cuenta el legislador.

Lo anterior debido a que las penas extremadamente largas resultan completamente ineficientes en relación con lo ideales de resocialización y complementemente inhumanas a la luz de los derechos fundamentales.

De este modo son límites en la duración de la pena de cárcel los cuestionados, estableciéndose que una pena superior a 10 o 15 años no cumple con la finalidad resocializadora y deteriora física y síquicamente al recluso, hasta un punto en que no existe retorno posible.

La cuestión resulta relevante al plantearse el legislador la máxima penalidad que le puede otorgar al delito. Sin duda también, son criterios que debe considerar el juez al momento de imponer la pena a un determinado individuo.

Como lo hemos señalado muchas veces la pena deja de ser una abstracción y se torna una realidad, en la cual no se deben escatimar recursos en su determinación y proyección, en atención a los bienes en juego y a la importancia que se le debe otorgar al ser humano en un Estado de Derecho.

Sin embargo, en forma opuesta de lo esperado, es de tendencia actual el aumento progresivo en la penas de los más diversos delitos. Encontrándose de forma ilógica que la única respuesta válida ante el delito es el encarcelamiento extremadamente prolongado del delincuente.

Lo anterior no sólo demuestra la poca superación social de las premisas de exclusión de los elementos poco deseados de la sociedad, sino también del poco carácter científico y multidisciplinario que se le otorga al fenómeno en comento. Amparándose siempre en una especie de sentido de "seguridad social" poco comprobado.

La anterior cuestión, reviste mayor relevancia aún al estudiar la tendencia de nuestro legislador de reivindicar y fortalecer las penas de carácter perpetuo, no sólo rechazadas por gran parte de la doctrina (solo quienes adhieren a la doctrina de seguridad nacional opinan en contra) sino que además son claras muestras de ineficiencia en torno a los fines de los diversos ordenamientos jurídicos.

Por último, debemos hacer mención a la determinación de la pena al caso concreto, proceso en el cual la norma abstracta se materializa en una realidad. Durante este proceso, la ejecución de la pena cobra sentido, debiendo el juez por una serie de operaciones lógicas y legales, atender a la pena justa y en atención a los fines pretendidos por el legislador.

De ahí la importancia del sistema de determinación utilizado en nuestro país y las normas contenidas en el Código penal.

Como lo vimos, nuestro sistema tiene la ventaja de otorgar certeza jurídica, a pesar de tener un sistema un tanto rígido en cuanto a las facultades de determinación judicial. Sin embargo, consideramos que esta rigidez no es un obstáculo tan importante como lo es la escasez de medidas y herramientas que tiene el juez para aplicar la penalidad correcta.

Sin entrar a una discusión respecto de las herramientas necesarias, por cuanto excede de punto inicial de este trabajo, cual es la sentencia una vez impuesta, creemos que el asumir la pena como una institución de finalidad esencialmente social implica considerarla así en todos sus estadios, no olvidando la necesaria coherencia que todo sistema jurídico necesita.

Segunda Parte:

DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

CAPITULO III:

LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Concepto de ejecución de la pena.

La ejecución de la pena puede ser considerada una auto-orden del Estado que va a ser de carácter jurisdiccional o administrativa dependiendo de quién sea el titular de la aplicación de la coacción en el Estado, y que limita de la libertad física de la persona.

Por ello, se debe recordar que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fuente inspiradora de derechos humanos, se establecía expresamente en su artículo 4 que: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de sus mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley”.

En su artículo 5 señala: “La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esta prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena”.

En razón de lo anterior, se ha dicho ya muchas veces, que las disposiciones constitucionales y legales relativas a la ejecución de las sentencias penales regulan, en primer lugar, “la fijación de las reglas de competencia en la ejecución penal, en segundo lugar, la aclaración del título de ejecución; en tercer lugar, las incidencias referentes a la eventual falta de capacidad del ejecutado (demencia sobrevenida) y, por último, la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales o incidencias de la ejecución civil de la sentencia penal”⁹⁰.

La actuación procesal ejecutiva de la pena, depende de un presupuesto de procedibilidad de la acción, único y fundamental, consistente en la existencia de un título de ejecución que es la sentencia penal condenatoria en la mayoría de los casos. De esta manera, no rige en la ejecución de la pena el principio dispositivo, sino el de oficialidad de los actos administrativos. Esto se debe, a que la imposibilidad de que la condena penal, la sanción impuesta en la sentencia firme, sea llevada a la práctica o cumplida de

⁹⁰ (32) GONZÁLEZ CANO, M. La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. 1994. Pág. 28.

forma extraprocesal, a través del simple cumplimiento voluntario, o por medio de formulas transaccionales, ya que el titular único de la pretensión, el Estado, no puede disponer libre o discrecionalmente de la misma y su satisfacción está en función del bien común general.

La idea básica de que la acción penal pertenece al Estado, único titular verdadero del “*Ius Puniendi*”, se ve limitada por el principio de legalidad, que cumple, evidentemente una función de garantía. Es una garantía criminal (el delito se establece por ley), de garantía penal (la pena se establece por ley), garantía jurisdiccional y procesal (el procedimiento y órgano jurisdiccional se establece por ley y con anterioridad), y de garantía ejecutiva (la forma de cumplimiento de la condena se debe establecer por ley), considerado desde la perspectiva de los momentos de persecución del delito.

“A pesar de que la doctrina penal distingue entre la legalidad jurisdiccional y ejecutiva, es de resaltar, que esta última no es sino un aspecto cualificado de la primera. Por tanto, incluida en la garantía procesal general y participando de las dos notas esenciales de ésta, la intervención de los órganos de la jurisdicción ordinaria y la conformidad con las leyes de enjuiciamiento criminal y demás leyes especiales que la regulen”⁹¹.

Por tanto, legalidad o garantía ejecutiva implica la intervención y control jurisdiccional indispensable en el proceso de ejecución, y la sujeción a todas las autoridades que intervienen en el mismo o que las leyes regulen.

La garantía procesal jurisdiccional, como manifestación del principio de legalidad en la ejecución, plantea una serie de cuestiones problemáticas respecto de las penas privativas de libertad, derivadas básicamente del papel del Juez (Juez de Vigilancia Penitenciaria en España y del Juez del Crimen o de Garantía en Chile), como controlador o fiscalizador de la legalidad de la actuación administrativa penitenciaria.

Durante la ejecución de la pena se presentan cuestiones incidentales que pueden ser de tipo administrativo o de tipo jurisdiccional. Administrativo si se trata de incidencias por ejemplo disciplinarias del recluso, y jurisdiccionales si se trata de la pena y sus efectos, atendido que se ataca el título legítimo de la privación de la libertad.

En este sentido, no todas las incidencias que se produzcan exigirán la asistencia letrada del recluso, ya que éste se hará necesario sólo en las incidencias de índole jurisdiccional, y sin perjuicio de que el recluso pueda también ejercer sus derechos constitucional de defensa en las incidencias de índole administrativa.

De esta manera, la labor de Gendarmería de Chile por ejemplo, se encuentra sujeta a la supervigilancia del Juez de Letras respectivo (control interno del Estado) o de la defensa del recluso (control externo del Estado) o de organismos internacionales autorizados (control internacional), sujeta estos últimos controles a las limitaciones propias que la pena privativa de libertad implican.

Como bien es sabido, la pena es un castigo impuesto por una autoridad competente y legítima al que ha cometido un delito o una falta. Frente a los hechos delictivos la pena cumple un fin retributivo, un fin de prevención general y un fin de prevención especial, si partimos de la idea de una teoría mixta de política criminal del Estado en relación a la pena penal.

“Las teorías mixtas, también denominadas teorías de la unión, analizan la finalidad de la pena a través de las sucesivas fases que van perfilando su realización: son las fases o etapas de conminación, imposición y ejecución. Conminación que no es otra cosa que la teoría de prevención general que desarrolla el legislador en la tipificación de

⁹¹ (32) Ob. cit. GONZÁLEZ CANO, M. Pág.29.

los comportamientos delictivos; imposición judicial de la pena a través de las garantías jurisdiccionales y de ejecución, la última fase de la vida de la pena, que implica la prevención especial y la finalidad última de la resocialización del delincuente⁹².

Naturaleza jurídica de la ejecución de la pena.

En torno a la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena, desde siempre ha existido, una discusión sobre cuales son los límites de contenido de la misma, de manera de poder adoptar una posición sobre qué principios y reglas les son aplicables, esto es, qué derecho o rama del derecho rige las relaciones entre la Administración, Estado y Recluso.

El tratamiento penitenciario deviene ineludiblemente como una extensión de la fase jurisdiccional de determinación e individualización de la pena por parte de un Juez, pero no como resultado de *ultima ratio* punitiva estatal o de un silogismo penológico en donde la premisa mayor es la constitucionalidad y "legalidad" de la pena (que bien podríamos denominar fase legislativa de la pena). Una premisa menor que es la determinación, individualización y aplicación de la pena mediante una providencia judicial al trasgresor de la ley penal (fase jurisdiccional); y, como resultado, la ejecución, vigilancia, administración y evaluación de resultados de las penas, medidas de seguridad y aseguramiento (fase administrativa realizada por autoridades judiciales --Juez de Penas-- y principalmente administrativas: Autoridades Penitenciarias).

Por ello, entendemos que el tratamiento penitenciario, sin entrar a definirlo y más bien a describirlo y analizarlo, nace a partir de la existencia del mencionado silogismo en donde participan los tres ramas del poder público pero quien lo efectiviza, ejecuta, controla y evalúa es la rama o función ejecutiva del Estado.

La doctrina no se encuentra exenta de tales cuestionamiento al respecto, es por eso que nos referiremos a las principales corrientes y al derecho penitenciario. Igualmente nos referiremos a la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad en nuestro país.

Teorías de la naturaleza material o administrativas.

“En las construcciones doctrinarias que optan por atribuir a la ejecución penal una naturaleza no jurisdiccional laste la idea fundamental de que el proceso penal, como actividad encomendada a la autoridad judicial, finaliza con la sentencia de condena.

Partiendo de esta consideración, se distingue entre ejecución procesal, como realización de un acto imperativo del proceso y ejecución “material” o “sustancial”, como ejecución de una sanción criminal o civil, establecida por el juez a causa de un delito afirmado por la sentencia. Sólo cuando surge alguna controversia relativa a la interpretación del título ejecutivo o a la modificación o extinción de la orden punitiva, interviene el juez de la ejecución para resolver ese incidente de la ejecución. Se trataría pues de intervenciones judiciales esporádicas y no de un proceso en sentido estricto dividido en fases o momentos.

En nuestra doctrina también encontramos claros ejemplos de estas tendencias administrativizadoras de la ejecución penal. En este sentido, se afirma que la ejecución “es una parcela de las *potestas*” no de las *Auctoritas*” jurisdiccional; que en la ejecución aunque interviene el juez lo hace actuando el derecho y no creándolo; es decir, que aunque es “aconsejable desde el punto de vista de la política legislativa” que la autoridad

⁹² (32) Ob. cit. GONZÁLEZ CANO, M. Págs. 36-37.

jurisdiccional conozca de la actividad de ejecución, eso no supone que dicha actividad sea jurisdiccional⁹³.

Los distintos enfoques de esta teoría conducen a la misma conclusión: la actividad de ejecución penal no es actividad jurisdiccional.

“La exclusión de la ejecución de la función jurisdiccional no puede realizarse tampoco en base a construcciones que califican a la jurisdicción por algunas características intrínsecas, básicamente el atributo de la *“auctoritas”* como diferencia específica de la función jurisdiccional. Lo que ocurre es que en la actualidad no podemos definir la función jurisdiccional única y exclusivamente en base a la nota de la autoridad, sino también de la potestad entendida como fuerza o coacción para hacer cumplir las resoluciones judiciales. No podemos referirnos a la función judicial sin entenderla como potestad que incluye o que en la actualidad ha absorbido la autoridad y la fuerza de mando ejecutiva.

Hoy es difícil por tanto mantener que en la represión del delito o ilícito penal existen dos etapas cronológicas diferenciadas: La judicial o penitenciaria o puramente administrativa. Y ello porque ese *“Iter Represivo”*, que mejor podríamos calificarlo como ejercicio del *“Ius Puniendi”* del Estado, es un ejercicio a través del proceso jurisdiccional penal, limitado por la intervención de una autoridad judicial tanto en la fase declarativa o momento de juzgar como en la ejecución de lo juzgado. Esta idea nos hace comprender que justificar en nuestro ordenamiento la existencia de un juez penal especializado en materia de ejecución de penas de privación de libertad, obliga a partir de una concepción adecuada y congruente de la jurisdicción penal y del ejercicio del *Ius Puniendi* estatal⁹⁴.

Teorías de la naturaleza plenamente jurisdiccional.

“Nos referimos básicamente a la postura de CARNELUTTI, que distingue entre función jurisdiccional y función procesal: Especialmente es proceso y no jurisdicción la ejecución forzosa. Es decir, según el autor la noción jurisdicción no debe absorber íntegramente la noción de proceso y la ejecución sería un proceso no jurisdiccional.

El término ejecución implica actividad práctica dirigida a la realización de una decisión; ejecución penal, más específicamente es la actuación práctica de la orden contenida en una decisión jurisdiccional de carácter penal. La pena impuesta es un instrumento o medio al servicio de la consecución y cumplimiento de la norma jurídica penal; la sanción penal, su puesta en práctica, es el último estadio evolutivo para conseguir esa finalidad. Es decir, la finalidad del proceso penal, centrada en la necesidad de articular un instrumento con el que garantizar el monopolio estatal de la ejecución penal; el proceso penal concebido como “una estructura heterónoma e imparcial” a través de la cuál se realiza de forma coactiva la sentencia penal que desemboca en la sentencia, la concreción objetiva del *“Ius Puniendi”*⁹⁵.

Teorías mixtas.

“En principio hay que matizar que no se trata de optar por una postura ecléctica o descomprometida, sino de analizar cómo se deben articular y en realidad se articulan la intervención de ambas autoridades en la ejecución penal.

⁹³ (32) Ob. cit. GONZÁLEZ CANO, M. Pág.72.

⁹⁴ (32) Ob. cit. GONZÁLEZ CANO, M. Pág.78.

⁹⁵ (32) Ob. cit. GONZÁLEZ CANO, M. Pág.81.

La adscripción de la ejecución penal al ámbito tanto del derecho procesal penal como al del derecho penal y administrativo, implica la distinción de dos campos diferenciados: la ejecución procesal y la ejecución material.

Habría que hablar en primer lugar del conjunto de normas que determinan las condiciones y presupuestos de ejecutabilidad de la resolución judicial, que designan al órgano al que se encomienda promover la ejecución y que disciplinan los incidentes de ejecución, normas todas ellas pertenecientes al derecho procesal penal.

En segundo lugar, habría que referirse a la ejecución en cuanto realización, modificación, extinción o desconocimiento de la pretensión punitiva del Estado, materia que se denomina “Ejecución Material” sometida al derecho penal o al administrativo. A su vez dentro de este segundo ámbito de la ejecución de una pena de privación de libertad, habría que diferenciar, en primer lugar, los aspectos relativos a la ejecución material de la condena, pertenecientes al derecho administrativo, con lo que parece hacerse referencia, básicamente a las normas del régimen penitenciario y de la ordenación interna de los establecimientos penales y, por otro lado, los aspectos pertenecientes al derecho penal, es decir, las normas que regulan la ejecución penal en su esencia, las condiciones, modificaciones y límites de la pena”⁹⁶.

Derecho penitenciario.

Históricamente, el Derecho penitenciario surge como natural consecuencia del principio de legalidad de la ejecución y de la concepción que el penado es un sujeto de derechos al igual que cualquier miembro de la sociedad, con la salvedad de encontrarse privado perpetua o temporalmente de algunos derechos, en virtud de una sanción penal.

Esta rama jurídica aun se encuentra en discusión⁹⁷, sin perjuicio de ello doctrinas como la española aceptan su existencia y autonomía.

Por otra parte, se sostiene actualmente por la doctrina, que el Derecho penitenciario es una rama jurídica del sistema penal “encargada de desarrollar normativamente las aportaciones de la ciencia penitenciaria en el marco del ordenamiento jurídico vigente”⁹⁸. De esta forma por un lado se desvincula a las normas penitenciarias de las administrativas, debido a la tendencia actual de legalidad que impera respecto de la privación de libertad, no reconociéndose la mera regulación interna de los centros de reclusión, encontrándose esta en franca pugna con los principios considerados por las más diversas constituciones. A lo anterior debe agregarse el serio cuestionamiento que se efectúa respecto de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, debido a que en el actual Estado de Derecho no existen zonas ajenas al control jurídico, y menos cuando se trata de privaciones de derecho fundamentales, y porque en la mayoría de las legislaciones, la regulación jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad se produce por vía legal. Debe considerarse también que el derecho penitenciario va más allá que la regulación de la actividad de un órgano administrativo y no se limita a la relación jurídico-administrativa entre el interno y la administración. Se rechaza también, la naturaleza procesal de las normas penitenciarias debido a que “las normas penitenciarias ni organizan los tribunales ni

⁹⁶ (32) Ob. cit. GONZÁLEZ CANO, M. Págs. 84-85.

⁹⁷ CUELLO CALÓN, estima que esta disciplina “...apenas se integra con normas propias, ya que, en gran medida, está formada por elementos de derecho penal material, de derecho procesal penal y de derecho administrativo, y que además, carece de un objeto propio y autónomo”. (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E Pág. 11.

⁹⁸ (63) Ob. cit. TERRADILLOS BASOCO, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Pág. 113.

regulan la actividad jurisdiccional. Es más, los procesalistas distinguen con acierto entre la ejecución y el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la primera de carácter procesal, la segunda, no. La actividad procesal de ejecución se refiere a los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena, en tanto que el cumplimiento es una actividad distinta. Ambas no guardan entre sí una relación de sucesión, sino de contemporaneidad...⁹⁹. Las normas penitenciarias se encuentran más alejadas aún de las penales. Se distinguen de las normas penales “el que éstas son normas jerarquizadas con una función imperativa y motivadora con el fin de prevenir comportamientos delictivos, mientras que las normas penitenciarias son participativas y adquieren no tanto por su formalización positiva como por la aceptación por la comunidad prisional.”¹⁰⁰ De lo anterior, y en opinión de TERRADILLOS BASOCO y MAPELLI CAFFARENA “Actualmente la doctrina tiende a considerar el Derecho Penitenciario como un Derecho material u autónomo distinto del Derecho penal y procesal, por cuanto cada uno tiene su propio contenido, pero que sin embargo, junto a ellos forma el sistema jurídico penal guardando entre sí una relación inmediata. En este sentido afirmamos que la autonomía del Derecho penitenciario es una autonomía integradora; quiere esto decir que la actualidad el Derecho penitenciario ha abandonado su secular carácter secundario y es más bien, como apunta PAVARINI, el Código Penal el que va a encontrar en él una instancia ejecutiva con la que reconciliarse orgánicamente, incorporando en su reforma las estrategias de política penitenciaria. El Derecho penal moderno no puede hoy prescindir, en rigor, de un atento análisis de la legislación penitenciaria”¹⁰¹.

En suma se entiende al **Derecho penitenciario** como un “conjunto de normas jurídicas por medio de las cuales se regula la ejecución de las penas privativas de libertad”¹⁰², algunos autores agregan a esta definición las medidas de seguridad privativas de libertad.

El Derecho penitenciario, como rama autónoma del Derecho, se vincula a sus propios principios, a la vez que también es participe de los principios del sistema penal. Como aportación especial, el Derecho penitenciario, incluye en el sistema penal el principio de resocialización. De esta forma, este principio rige la totalidad de la actividad penitenciaria y debe fundamentar la decisiones de los órganos que intervienen en ella. La autonomía de esta rama del Derecho se manifiesta también en los conceptos propios que deben imperar en la actividad penitenciaria, por ser propios e inherentes a su realidad o por diferir en sus contenidos a los expuestos en otras ramas jurídicas.

3. Naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad en nuestra legislación.

Lo que caracteriza a nuestra legislación penitenciaria es la dispersión normativa y el desorden sistémico. Esto dificulta claramente al momento de plantearse la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad.

De este modo encontramos una confluencia de normas de carácter penal, procesal penal y administrativo.

⁹⁹ (63) Ob. cit. TERRADILLOS BASOCO, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Pág. 114.

¹⁰⁰ (63) *Ibid.*

¹⁰¹ (63) Ob. cit. TERRADILLOS BASOCO, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Pág. 115.

¹⁰² (63) Ob. cit. TERRADILLOS BASOCO, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Pág. 113.

Se puede señalar que en nuestra legislación, la mencionada dispersión normativa y sistémica responde a que se ve el complejo fenómeno de la ejecución de la pena privativa de libertad como una gran segmentación de normas. Se consideran las normas que regulan las condiciones y los presupuestos de la ejecución de la resolución judicial y designan el órgano judicial competente en la etapa penitenciaria pertenecen al Derecho procesal. Las normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de la pena, forman parte del derecho penal. Por otra parte, la regulación del cumplimiento penitenciario, se efectúa por el derecho administrativo.

En suma, la dispersión normativa impide toda concepción actual de un derecho autónomo avocado a la ejecución de la pena privativa de libertad, como es el caso del derecho penitenciario en otras legislaciones. Lo único indiscutible en Chile es la pertenencia de la ejecución de la pena al derecho público y la evidente necesidad de la existencia de alguna rama jurídica que se haga cargo en cuanto a sus principios, conceptos y garantías de la ejecución de la pena privativa de libertad.

4. Conclusiones.

En torno a la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena, siempre ha existido, una discusión sobre los límites de contenido de la misma. Lo anterior implica el poder adoptar una posición sobre qué principios y reglas les son aplicables, esto es, qué derecho o rama del derecho rige las relaciones entre la Administración, Estado y recluso.

Los factores que influyen esencialmente en esta irresoluta cuestión son la dispersión e incoherencia normativa, así como también la especial complejidad del fenómeno de la privación de libertad como pena.

Es así como una situación similar sucedió en España. El abandono legal que existía, no vio solución alguna sino hasta la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria el 1979 y sus normas complementarias. De esta manera se constituyó con sustento normativo el denominado derecho penitenciario español.

La importancia para nuestra legislación de considerar y configurar un derecho autónomo ocupado del estudio de las normas que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad, así como los derechos y deberes del interno penitenciario o carcelario y los organismos y autoridades penitenciarias encargados de ejecutar, cumplir o hacer cumplir, vigilar, administrar y ser garantes de los derechos y deberes, radica primeramente en la necesidad de autonomía de conceptos, fines, principios y garantías en lo que atañe al cumplimiento penal. Por otra parte, las normas que integran el cumplimiento penal, carecen de naturaleza procesal o penal, debiendo preservar la autonomía sin perjuicio de la integración y complementación propia de las ramas pertenecientes al sistema penal.

CAPITULO IV:

NORMAS QUE REGULAN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN CHILE.

Constitución Política de la República de Chile.

Como texto fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, nuestra Constitución contiene una serie de principios, garantías y normas relativas a la ejecución de la pena privativa de libertad.

A nivel constitucional existen una serie de reglas de protección en relación a las personas sometidas a prisión o detención o condenados.

A la par de las políticas “neoliberales” que rondan a nuestro Estado (y que cada día reviven el criterio retributivo de la pena más que ninguno otro), sobreviene una ola universalista sobre la incorporación de todos los textos normativos internacionales que relacionan los derechos humanos a las legislaciones internas de cada Estado. Textos principalmente referidos a la definición, clasificación, implantación, preservación, control y defensa de los derechos humanos de las tres generaciones (Los humanos o fundamentales, los sociales, cívicos, políticos y económicos y los culturales y del medio ambiente).

Estas reglas se pueden organizar en dos niveles: Las reglas constitucionales consagradas en la Constitución Política de la República de Chile; y las reglas constitucionales consagradas en Tratados y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos. Respecto de las últimas reglas, estas serán estudiados en el capítulo posterior.

La Constitución chilena al revestir el carácter de breve, desde el punto de vista de su extensión, en materia de ejecución de resoluciones judiciales, asimismo, no ha desarrollado latamente el proceso de ejecución de la sentencia penal y por ello, sólo podemos remitirnos a las normas que establecen los principios generales de la jurisdicción.

El artículo 73 de la C.P.R establece que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

La regla anterior, expresamente atribuye la facultad de ejecutar las resoluciones judiciales a los tribunales ordinarios establecidos por la ley. Ahora bien, el cuestionamiento doctrinario recae sobre la naturaleza de la ejecución, sin embargo, nuestra Constitución expresamente atribuye la mencionada facultad a los tribunales. Ello no significa, que dentro del proceso de conocer las contiendas de relevancia jurídica penal sean los organismos jurisdiccionales quienes desarrollen esa tarea, así en razón de ello, el mismo artículo en su inciso tercero y cuarto establece que: “Parahacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Pues bien, en ninguna de estas normas constitucionales, se hace mención al cumplimiento de las sentencias criminales en específico ni se regula el actuar de

Gendarmería, sino que simplemente se establece una conexión entre legislativo y ejecutivo de tipo administrativo, y el vínculo de control de la jurisdicción sobre el ejecutivo a nivel constitucional se presupone como regla de debido proceso. De aquella manera, el artículo 19 N° 7 de la C.P.R ordena que¹⁰³ “Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público”. Esta norma de rango constitucional, garantiza el primer derecho de los ciudadanos, que importa que su libertad no sea afectada de modo ilegal o arbitrario.

En el mismo sentido se ordena por la Constitución que “Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le de dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito”.

La ejecución de la sentencia penal ha sido regulada a nivel de ley más que a nivel constitucional, lo que obedece evidentemente, a la tradición clásica del derecho penal y al

¹⁰³ Recordemos que la C.P.R. asegura a todas las personas: “7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros; b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas; d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público. Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le de dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito; e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9°, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple. f) En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley; g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas; h) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales, i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

germen de desarrollo de la ciencia penal penitenciaria y a la reciente recepción del derecho internacional de los derechos humanos de los reclusos.

104

Código de Procedimiento Civil .

El Código de Procedimiento Civil establece las reglas supletorias y subsidiarias de la regulación especial de origen penal en cuanto a la ejecución de las penas.

Ahora bien, lo dicho anteriormente, no es tan absoluto, en la medida que atendida la naturaleza de la sanción privativa de libertad, o sea, atendido que se trata de una pena corporal, las reglas establecidas en el C.P.C más bien se encuentran dirigidas para la ejecución forzada de obligaciones indubitadas y entre particulares. Entonces, es poco

¹⁰⁴ La ejecución De las resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos se regula por las siguientes reglas generales en el C.P.C: Art. 231 (236). La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley. No obstante, los tribunales que conozcan de los recursos de apelación, casación o revisión, ejecutarán los fallos que dicten para la substanciación de dichos recursos. Podrán también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hayan intervenido en ellos, reservando el de las demás costas para que sea decretado por el tribunal de primera instancia. Art. 232 (238). Siempre que la ejecución de una sentencia definitiva haga necesaria la iniciación de un nuevo juicio, podrá éste deducirse ante el tribunal que menciona el inciso 1° del artículo 231, o ante el que sea competente en conformidad a los principios generales establecidos por la ley, a elección de la parte que haya obtenido en el pleito. Art. 233. Cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide. Esta resolución se notificará por cédula al apoderado de la parte. El ministro de fe que practique la notificación deberá enviar la carta certificada que establece el artículo 46 tanto al apoderado como a la parte. A esta última, la carta deberá remitirse al domicilio en que se le haya notificado la demanda. En caso que el cumplimiento del fallo se pida contra un tercero, éste deberá ser notificado personalmente. El plazo de un año se contará, en las sentencias que ordenen prestaciones periódicas, desde que se haga exigible cada prestación o la última de las que se cobren. Art. 234. En el caso del artículo anterior la parte vencida sólo podrá oponerse alegando algunas de las siguientes excepciones: pago de la deuda, remisión de la misma, concesión de esperas o prórrogas del plazo, novación, compensación, transacción, la de haber perdido su carácter de ejecutoria, sea absolutamente o con relación a lo dispuesto en el artículo anterior, la sentencia que se trate de cumplir, la del artículo 464 número 15 y la del artículo 534, siempre que ellas, salvo las dos últimas, se funden en antecedentes escritos, pero todos en hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia de cuyo cumplimiento se trata. También podrá alegarse la falta de oportunidad en la ejecución. Esta excepción y las del artículo 464 número 15 y del artículo 534 necesitarán, además, para ser admitidas a tramitación, que aparezcan revestidas de fundamento plausible. La oposición sólo podrá deducirse dentro de la citación a que se refiere el artículo precedente. El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días. La oposición se tramitará en forma incidental, pero si las excepciones no reúnen los requisitos exigidos por el inciso 1°, se rechazará de plano. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 80.

probable que una ejecución de la pena privativa de libertad se sujete por tales reglas, sin perjuicio de ello, pueden ser consideradas por los Jueces de Letras en lo Criminal o Jueces de Garantía como principios inspiradores de regulación de los incidentes que signifiquen la suspensión, modificación o extinción de la ejecución de la pena, y sin perjuicio de que se apliquen directamente, tratándose del cumplimiento ejecutivo de la parte civil de la sentencia criminal si se hubieren ejercido las acciones civiles antes el Juez del Crimen, por la expresa remisión normativa del Código de Procedimiento Penal.

105

Código de Procedimiento Penal .

El Código de procedimiento penal chileno es bastante pobre en relación a la regulación de la ejecución de la pena privativa de libertad. De hecho no establece reglas claras en relación a las personas, atendido que regula sólo la situación de las especies retenidas o decomisadas en el proceso penal, normas que transcribimos en un pié de página. Por lo tanto, no rige la relación jurídica penitenciaria entre Administración y Recluso, por ello sólo se limita a regular la situación de los bienes.

105

Las normas que rigen la ejecución de las sentencias en el C.P.P son: Art. 672. El comiso de los instrumentos y efectos del delito se declarará en la sentencia, según lo previsto en el artículo 504. Si no se hubiere resuelto en ella, se podrá decretar en cualquier tiempo, mientras existan las especies en poder del tribunal. Los incidentes o recursos a que diere lugar dicha decisión se tramitarán en cuaderno separado y no afectarán al fallo ni entorpecerán su cumplimiento. Art. 673. Las armas de fuego, municiones, explosivos y demás elementos a que se refiere la Ley sobre Control de Armas que sean decomisados, se remitirán a la autoridad que señala esa misma ley. Las demás especies decomisadas se pondrán a disposición del Fisco, para los efectos establecidos en el artículo 60 del Código Penal. Esta autoridad podrá ordenar la destrucción de las que no tuvieren valor o no fueren utilizables. Los dineros y otros valores decomisados en favor del Fisco se destinarán a beneficio de la Junta de Servicios Judiciales. Art. 674. Tratándose de especies corruptibles o perecibles el juez las pondrá a disposición de un martillero para que proceda a su venta directa o subasta. Si se decretare el comiso, se hará efectivo sobre el producto de la enajenación. Si en definitiva no fuere procedente el comiso, se entregará el producto de la enajenación a quien corresponda. Art. 675. Las especies no decomisadas retenidas que se encuentren a disposición del tribunal y que no hayan sido reclamadas, se subastarán de acuerdo con la ley No. 12.265, una vez transcurridos seis meses a lo menos desde la fecha en que recayó resolución firme poniendo término al proceso. Si el sobreseimiento fuere temporal, este plazo será de un año. Tratándose de especies corruptibles o perecibles se aplicará lo dispuesto en el artículo 674. Art. 676. En la subasta de especies de venta controlada se estará a lo establecido en los reglamentos vigentes. Art. 677. Los dineros puestos a disposición de los tribunales que no caigan en comiso ni hayan sido reclamados dentro de los plazos señalados en el artículo 675, se girarán a la orden de la Junta de Servicios Judiciales para sus fines. Art. 678. En el mes de junio de cada año, los secretarios de juzgados presentarán a la respectiva Corte de Apelaciones un informe detallado sobre el destino dado a las especies que hayan sido puestas a disposición del tribunal. Art. 679. Las disposiciones de este Título se aplicarán en defecto de normas especiales relativas a las especies decomisadas o a las otras materias contenidas en él.

Nuevo Código de Procesal Penal

El Código Procesal Penal no subsana la problemática derivada de la no regulación procesal de la situación del condenado o privado de libertad en el cumplimiento de la ejecución de la pena o medidas de seguridad personales.

Esto se debe a que en nuestra legislación siempre se ha considerado la ejecución de la pena desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, y por ello sólo regula también la situación de las especies o bienes que se retienen o decomisan en el proceso penal pero no la ejecución de la pena privativa de libertad, que se considera como una prolongación del derecho penal, que hoy en día se ha autonomizado como Derecho Penitenciario.

¹⁰⁶

Art. 467.- Normas aplicables a la ejecución de sentencias penales. La ejecución de las sentencias penales se efectuará de acuerdo con las normas de este Párrafo y con las establecidas por el Código Penal y demás leyes especiales.

Art. 468.- Ejecución de la sentencia penal. Las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo. Cuando el condenado debiere cumplir pena privativa de libertad, el tribunal remitirá copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado estuviere en libertad, el tribunal ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior. Si la sentencia hubiere concedido una medida alternativa a las penas privativas o restrictivas de libertad consideradas en la ley, remitirá copia de la misma a la institución encargada de su ejecución. Asimismo, ordenará y controlará el efectivo cumplimiento de las multas y comisos impuestos en la sentencia, ejecutará las cauciones en conformidad con el artículo 147, cuando procediere, y dirigirá las comunicaciones que correspondiere a los organismos públicos o autoridades que deban intervenir en la ejecución de lo resuelto. **Art. 469.- Destino de las especies decomisadas.** Los dineros y otros valores decomisados se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si el tribunal estimare necesario ordenar la destrucción de las especies, se llevará a cabo bajo la responsabilidad del administrador del tribunal, salvo que se le encomendare a otro organismo público. En todo caso, se registrará la ejecución de la diligencia. Las demás especies decomisadas se pondrán a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que proceda a su enajenación en subasta pública, o a destruirlas si carecieren de valor. El producto de la enajenación tendrá el mismo destino que se señala en el inciso primero. **Art. 470.- Especies retenidas y no decomisadas.** Transcurridos a lo menos seis meses desde la fecha de la resolución firme que hubiere puesto término al juicio, sin que hubieren sido reclamadas por su legítimo titular las cosas corporales muebles retenidas y no decomisadas que se encontraren a disposición del tribunal, deberá procederse de acuerdo a lo dispuesto en los incisos siguientes. Si se tratare de especies, el administrador del tribunal, previo acuerdo del comité de jueces, las venderá en pública subasta. Los remates se podrán efectuar dos veces al año. El producto de los remates, así como los dineros o valores retenidos y no decomisados, se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si se hubiere decretado el sobreseimiento temporal o la suspensión condicional del procedimiento, el plazo señalado en el inciso primero será de un año. **Art. 471.- Control sobre las especies puestas a disposición del tribunal.** En el mes de junio de cada año, los tribunales con competencia en materia criminal presentarán a la respectiva Corte de Apelaciones un informe detallado sobre el destino dado a las especies que hubieren sido puestas a disposición del tribunal. **Art. 472.- Ejecución civil.** En el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil.

Código Penal

En materia penal, la ejecución de la sentencia penal condenatoria se ubica necesariamente en la teoría de la pena en el ámbito de su cumplimiento. Sin embargo, penalmente la pena implica mucho más allá de su simple ejecución atendido que el Código penal establece reglas sobre su determinación, imposición, aplicación, reducción, suspensión o extinción de la misma.

Detrás de estas reglas, se encuentran principios sustantivos que regulan la ejecución de la pena.

Así por ejemplo, entonces, JUAN BUSTOS RAMIREZ, al referirse a la determinación de la pena explica que ésta está ligada íntimamente a varios criterios, entre ellos, el “criterio preventivo-especial”. Dentro de éste criterio están la resocialización, tratamiento o reeducación, con no pocas críticas e incluso doctrinas que hablan de su crisis, sin embargo, “...no hay duda que si la pena persigue en su imposición aumentar la capacidad de libertad del sujeto, se da alguna relación con el contenido tradicional de la prevención especial. Es decir, si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad,

¹⁰⁷ Art. 79. No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada. Art. 80. Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio. En los reglamentos sólo podrán imponerse como castigos disciplinarios, el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal por un tiempo que no exceda de un mes, u otros de menor gravedad. La repetición de estas medidas deberá comunicarse antes de su aplicación al juez del lugar de reclusión, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad, del detenido o preso. Art. 81. Si después de cometido el delito cayere el delincuente en estado de locura o demencia, se observarán las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Art. 86. Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo. Art. 87. Los menores de veintiún años y las mujeres cumplirán sus condenas en establecimientos especiales. En los lugares donde éstos no existan, permanecerán en los establecimientos carcelarios comunes, convenientemente separados de los condenados adultos y varones, respectivamente. Art. 88. El producto del trabajo de los condenados a presidio será destinado: 1.º A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen. 2.º A proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención, si lo merecieren. 3.º A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos proveniente del delito. 4.º A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal. Art. 89. Los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1.ª y 3.ª del artículo anterior carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieran oficio o modo de vivir conocido y honesto, estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia.

sean 'socializados' o no, la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares de cada sujeto...”

Pero hay más aun, el propio BUSTOS RAMIREZ, reconoce que en España la resocialización perseguida por la pena debe entenderse en la búsqueda incesante de “soluciones alternativas frente a la pena privativa de la libertad y del máximo de humanización de ellas”, con lo cual reconoce en nuestro sentir, que el fin resocializador de la pena no es volver a incluir al presuntamente excluido a la sociedad o comunidad a un sujeto que ha ingresado o permanecido privado de la libertad provisional o temporalmente en un establecimiento o centro de reclusión (que parece ser el "iceberg" de los problemáticos), ni menos presentar a un hombre transformado en esencia y aún cuerpo (dirían los seguidores occidentales de la división dual del ser humano: cuerpo y alma-espíritu) después de un tratamiento penitenciario a la manera de una máquina maravillosa transformadora de vidas, cuerpos y mentes, que no existe ni genera la misma sociedad que los produce o donde están los considerados “incluidos”, sino que se persigue brindar nuevos elementos o perspectivas alternativas a la propia pena con todos sus factores negativos o aflictivos o incluso retributivos que ésta conlleva.

No es tampoco una reeducación para ser buen detenido ni condenado ni internado (si se trata de menores) ni mejorar una calidad de ciudadanos que ni los considerados incluidos muchos veces la tienen (v.gr. solidaridad social?. Base del actual Estado social de derecho), sino ser una persona más que se autoreconoce y reconoce a los demás en justicia y equidad, se reeduca para convivir en la sociedad o comunidad que tiene que garantizar el Estado y fortalecer todos nosotros: sus propios integrantes, sin discriminación alguna menos entre “incluidos o excluidos” .

El Código penal establece una serie de principios que se deben respetar en la ejecución de la pena y que son:

Sólo se pueden cumplir aquellas penas privativas de libertad que se impongan en virtud de un título legítimo que necesariamente será la sentencia penal condenatoria con autoridad de cosa juzgada (Art. 79 del C. P).

Se debe aplicar y respetar de modo estricto el principio de legalidad o reserva de ley. (Art. 80 del C. P.)

El establecimiento de un principio de afectación del patrimonio que genere un recluso en virtud de la pena que importe además el trabajo forzoso. (Art. 88 del C.P.)

La libertad de ocupación de los reclusos, de modo tal de asegurar el acceso a su libre desarrollo de la personalidad, con las limitaciones que la ley y los reglamentos penitenciarios establecen. (Art. 89 del C.P)

En fin, y sin perjuicio del rol sociabilizador de la pena, siempre se podrá decir que uno podría construir una poesía, una filosofía o una plástica de la ejecución de la pena y, sin embargo, nunca debe perderse de vista que se trata de una privación de la libertad legítima.

Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería.

El D.L N° 2.859, publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 1979 fija el texto de la L.O.C de Gendarmería.

Esta ley sienta las bases orgánicas de Gendarmería, estableciendo su estructura, organización, principios y funciones. Es un pilar fundamental en lo que a la pena privativa de

libertad se refiere, tanto por su rango legal, como por consagrar los principios que inspiran esencialmente esta actividad.

Estatuto del personal de Gendarmería y Reglamento.

En atención a lo dispuesto en el artículo 2 de la L.O.C., ya vista, el personal de Gendarmería estará afecto a las normas que establezca su estatuto legal (DFL N° 1791 publicado en el Diario oficial el 4 de septiembre de 1980) y el reglamento (Decreto N° 26 del Ministerio de Justicia publicado en el Diario Oficial el 18 de mayo de 1983).

En términos generales, se establece en estas normas que el personal de Gendarmería es esencialmente profesional, jerarquizado, disciplinado, uniformado y obediente.

Al personal de Gendarmería le corresponde llevar a cabo las funciones establecidas en el artículo 3 de la L.O.C. ya vista.

En el Estatuto, se autoriza el uso de armas de fuego, de forma racional y adecuado, en cumplimiento de sus deberes profesionales y especialmente en casos de legítima defensa o ante el peligro inminente para la vida o la integridad física propia o de terceros.

Los deberes y prohibiciones del personal se encuentran señalados en los artículos 4 y 5 del Estatuto. La infracción de estas normas acarreará responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que concurra según la legislación. La responsabilidad administrativa se determinará y sancionará conforme a lo dispuesto en el Reglamento de disciplina de la Institución.

En el estatuto de Gendarmería se establece también, los escalafones de oficiales penitenciarios y la planta de vigilantes penitenciarios, tanto femenino como masculino. Además se establece cual será el personal profesional necesario para el desempeño de la función encargada por ley a Gendarmería.

Reglamento de establecimientos penitenciarios.

El D.S (J) N° 518, publicado el 22 de mayo de 1998 y rectificado por el Ministerio de Justicia el 2 del septiembre del mismo año, fija el texto del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

El fundamento de nuestro sistema penitenciario se encuentra en este R.E.P. Este texto no sólo establece el régimen administrativo que regula la organización y funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, sino que también plasma en sus normas el contenido de nuestro régimen de ejecución penal, es decir, lo que podríamos llamar nuestro derecho de ejecución penal.

De la importancia comentada sobre este texto, resalta el hecho de que sea un decreto supremo y no una ley, aquel instrumento que contenga las mencionadas normas. Si bien es cierto que la mayoría de la doctrina deplora, en consideración al principio de legalidad, la regulación interna de los recintos penitenciarios que efectúan las legislaciones para establecer normas que rijan el sistema penitenciario, debemos señalar que aún es una práctica usual, especialmente en Latinoamérica, sin embargo esto último no se condice con la reciente dictación de nuestro Reglamento. Lo anterior, se debe considerar también desde el punto de vista de los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Es así como JOSE LUIS GUZMÁN DALBORA señala con relación a que nuestro cuerpo normativo fundamental penitenciario se encuentre establecido en un decreto reglamentario, que: "esto

ya revela un cierto grado de confusión y de desorientación por cuenta del Ejecutivo, el que si efectivamente se quería poner a tono con las exigencias internacionales que por lo común se admite sobre el particular, bien pudo sugerir la vía legal, dejando, más tarde, para un reglamento, las cuestiones auténticas de detalle y de aplicación de la ley¹⁰⁸.

Sin perjuicio de lo comentado, existe una cuestión más grave aún que recae en este Reglamento. Nos referimos a la infracción explícita a la que incurre este texto, en relación al principio de legalidad dispuesto en el artículo 80 del C.P. Este artículo dispone en su inciso primero que “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.” Pero el principio de legalidad no sólo se manifiesta en nuestro C.P, sino que principalmente en nuestra Carta fundamental, la cual dispone en su artículo 61 que queda excluido del ámbito de la potestad reglamentaria las “materias comprendidas en las garantías constitucionales”.

La pena privativa de libertad y su ejecución implican la limitación de derechos fundamentales consagrados por nuestra carta fundamental. El artículo 19 N° 17 letra b de la C.P.R dispone: “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.” A mayor abundamiento, el numerando 26 de este artículo dispone que: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

Debe señalarse también, que en este R.E.P se otorgan amplias facultades, de carácter discrecional a las autoridades penitenciarias. Las facultades de diversa índole (normativas, sancionatorias etc.) se encuentran exentas de control externo imparcial, siendo la propia autoridad penitenciaria o en *ultima ratio* el Secretario Regional Ministerial de Justicia, los encargados de la fiscalización y buen funcionamiento del sistema.

Las facultades que más atentan contra los derechos humanos de los reclusos, las cuales son las disciplinarias, carecen de control jurisdiccional. Lo anterior, resulta especialmente grave cuando se atentan derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales, que solamente pueden limitarse por ley y no por la voluntad de un funcionario que ejerce una facultad otorgada por reglamento.

De todo lo expuesto con anterioridad, podemos señalar que nuestro Reglamento en estudio, al estar plasmado en una fuente formal subordinada, que emana de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, infringe abiertamente el principio de legalidad consagrado en nuestra CPR y C.P. Por otra parte, se aleja de las corrientes doctrinarias modernas que ven a la ejecución de la pena privativa de libertad como materia de regulación legal. Del mismo modo, se contradice con la tendencia de las legislaciones comparadas, que agrupan las normas de derecho penitenciario en Códigos de derecho Penitenciario o simplemente regulan el ordenamiento penitenciario en una ley penitenciaria nacional, dejando a los reglamentos aspectos más individuales y propios de cada recinto carcelario, sin que esto atente contra los principios constitucionales y los establecidos en la regulación legal de la ejecución de la pena.

Ámbito de aplicación del Reglamento.

¹⁰⁸ (15) GUZMÁN, J. EN: DE LAS PENAS: Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti. 1997. Pág. 274.

Este texto regula la actividad penitenciaria desarrollada por Gendarmería, en lo que diga relación con los reclusos, sean condenados, procesados o detenidos, o personas en libertad debido a algún beneficio legal o reglamentario.

Lo anterior según lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento, el cual dispone que “La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente reglamento”.

Principios que rigen la actividad penitenciaria reconocidos en el Reglamento.

El primer principio que rige la actividad penitenciaria y que se reconoce en forma expresa en el R.E.P es la relación de derecho público entre Gendarmería y los reclusos.

De este modo el artículo 2 del R.E.P dispone que: “Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.”

El artículo 4 del R.E.P reconoce el principio de legalidad en la actividad penitenciaria y en la ejecución de la pena privativa de limitar. Lo anterior, es el reconocimiento lógico de la garantía de ejecución. De este modo, el artículo mencionado dispone: “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos en la constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.”

Complementa el principio de legalidad, el principio de responsabilidad mencionado en el mismo artículo al señalar: “Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo a la legislación vigente”. La responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios de Gendarmería puede ser administrativa, civil o penal.

Los principios mencionados dejan claramente asentados la calidad de ciudadano privado de libertad, el principio de legalidad y la garantía penal, jurisdiccional y de ejecución penal como límite del poder punitivo del Estado.

Se reconoce en el artículo 5, el principio de no-discriminación en la actividad penitenciaria, disponiéndose que: “las normas establecidas en el presente reglamento debe ser aplicadas imparcialmente no pudiendo existir diferencias de trato fundadas en el nacimiento, raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias.” El mencionado principio viene a enfatizar el principio de igualdad consagrado en nuestra carta fundamental y en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Otro principio reconocido por el R.E.P es el de humanización. De este modo se expresa en el art. 5 inc. 2 que: “La Administración procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno.”

La restricción efectuada en el artículo expuesto, tiene relación con el primer principio rector mencionado, es decir, que el interno solo ve afectados los derechos que señale su condena.

De forma acorde, con los tratados internacionales signados por nuestro país, se establece la prohibición absoluta de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra. Del mismo modo, se prohíbe en el artículo 6, el sometimiento del interno a un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento.

Establecimientos penitenciarios.

Respecto de los establecimientos, es el reglamento en estudio el texto jurídico que sienta los principios y contiene las normas fundamentales.

Los establecimientos penitenciarios, se regulan en el Título I, del reglamento en estudio.

Debido a la importancia de la materia, nos referiremos especialmente a ella un capítulo posterior.

Régimen penitenciario.

El régimen penitenciario, es regulado en su esencia por el R.E.P en su Título II.

Por la importancia del régimen penitenciario en el sistema de ejecución de la pena privativa de libertad, es que nos referiremos especialmente a el en un capítulo posterior.

Sin perjuicio de esto, señalaremos las principales normas que regulan esta materia en el reglamento.

La finalidad del régimen penitenciario se encuentra expresado en el artículo 24 del R.E.P, siendo esta la reinserción social de los condenados¹⁰⁹.

En el artículo 25 se establece el principio de legalidad respecto del régimen penitenciario. De este modo se dispone que “El régimen general de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se ajustará a lo establecido en la C.P.R, el C.P, el C.P.P, la L.O.C de Gendarmería y otras leyes relacionadas con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”.

En nuestro sistema penitenciario se contemplan los siguientes regímenes:

Régimen cerrado.

Régimen abierto.

Régimen para menores internados.

La regulación de los regímenes señalados se efectúa en los artículos 28 a 32.

Los derechos y obligaciones de los internos se regulan en el Título III de este Reglamento.

Esencialmente, los derechos a que se refiere el reglamento son los siguientes:

La atención médica de los internos.

Las comunicaciones e informaciones.

Las condiciones básicas de vida.

Las encomiendas.

Las visitas.

Derecho a efectuar peticiones.

Derecho a la educación.

La capacitación y el trabajo penitenciario.

¹⁰⁹ El Art. 24 del R.E.P dispone que: “El régimen de los establecimientos o centros penitenciarios tenderá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previsto por la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”.

Las especies de los internos y su custodia.

La circulación de dinero y Administración de remuneraciones.

El régimen disciplinario, es regulado en el Título IV, estableciendo las conductas infraccionales, las sanciones y el procedimiento aplicable.

El Título V se refiere a las actividades y acciones de reinserción social, estableciéndose como deber de la administración penitenciaria desarrollarlas de modo de cumplir con sus fines.

En el título mencionado, se regulan también los permisos de salidas, estableciéndose que el régimen penitenciario de los internos es eminentemente progresivo.

Administración de los establecimientos penitenciarios.

Por último, en el Título VI se regula la administración de los establecimientos penitenciarios, a cargo del Jefe del establecimiento. Se regula también el órgano colegiado asesor del Jefe del establecimiento, denominado Consejo Técnico.

9. Decreto Ley Número 321 y Decreto Número 2.442.

La libertad condicional se encuentra regulada en el D.L N° 321 publicado en el Diario Oficial el 12 de marzo de 1925 y por el Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, Decreto N° 2.442 publicado en el Diario Oficial el 12 de marzo de 1925.

La libertad condicional constituye el principal beneficio penitenciario existente en nuestro ordenamiento. Revisaremos en detalle esta institución, en el capítulo destinado a los regímenes y tratamientos penitenciarios.

10. Ley 19.856.

Resulta relevante mencionar esta ley dentro de las normas que regulan la pena privativa de libertad, no solo por su reciente ocurrencia, sino que además estipula un beneficio de reinserción penitenciaria de rango legal.

Este nuevo sistema fue establecido en la ley 19.856, publicada en el Diario Oficial de 4 de febrero de 2003 y tiene por objeto la reducción de la condena del privado de libertad que se destaque en conducta.

11. Otras normas.

Nuestro marco normativo penitenciario se destaca por encontrarse plasmado en decreto y no en leyes. De esta forma son diversos los decretos que juegan un rol importante en la ejecución de la pena privativa de libertad, la etapa post-penitenciaria, la administración penitenciaria etc.

Sin entrar en estudio de estas normas, señalaremos que los decretos relevantes en cuanto a la administración penitenciaria son:

Decreto Supremo N° 680: Aprueba Instrucciones Para el Establecimiento de Oficinas de Información para el Público Usuario en la Administración Pública.

Decreto Supremo N° 121/96: Reglamento del Servicio de Bienestar Social de Gendarmería de Chile.

En cuanto a beneficios y reinserción de los reclusos son relevantes las siguientes normas:

Decreto N° 1542: Reglamento sobre Indultos Particulares.

Decreto N° 1595: Reglamenta la Rehabilitación de Reclusos mediante Enseñanza Técnico Profesional y el trabajo en los Establecimientos Penales.

En cuanto a la etapa post-penitenciaria son importantes las siguientes normas:

Decreto Supremo N° 64: Sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes.

Decreto ley N° 409 (18 de agosto de 1932): Sobre regeneración y reintegración del penado en sociedad.

Decreto ley N° 645: Sobre el registro general de condenas.

12. Conclusiones.

Nuestra legislación penitenciaria, esta lejos de ser un cuerpo orgánico y sistematizado. Más bien es un conjunto de normas de diversa jerarquía distribuido prácticamente sin ninguna lógica.

Sin perjuicio de esto y de la mencionada necesidad de sistematización que existe en nuestro ordenamiento penitenciario, es que expusimos la principales normas que regulan la ejecución de la pena privativa de libertad.

Las normas nacionales que regulan esta importante actividad se dividen en tres grupos:

Normas de carácter constitucional.

Normas de rango legal.

Decretos y reglamentos.

Primeramente, la Constitución de nuestro país es quién nos entrega las normas, principios y garantías primordiales en lo que a la ejecución de la pena privativa de libertad se refiere.

Señalamos, que nuestra carta fundamental, no ha desarrollado extensamente el proceso de cumplimiento de las condenas penales. Sin embargo entrega un grupo de directrices las cuales por emanar de este cuerpo legal revisten una su máxima vinculación jurídica.

Fundamentalmente la Constitución, es vinculante, en relación con la pena privativa de libertad en relación a los siguientes principios o garantías:

Principios Generales de Jurisdicción.

Derecho a la libertad ambulatoria y demás derechos humanos.

Garantías de debido proceso.

Otros cuerpos normativos, de carácter legal, que mencionamos que dicen relación con la pena privativa de libertad son:

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Penal.

Nuevo Código de Procesal Penal.

Código Penal.

L.O.C. de Gendarmería de Chile.

Ley 19.856.

Respecto del Código de Procedimiento Civil establece las reglas supletorias y subsidiarias de la regulación especial de origen penal en cuanto a la ejecución de las penas.

Con relación al Código de procedimiento penal señalamos que es bastante pobre en relación a la regulación de la ejecución de la pena privativa de libertad ya que no establece reglas claras en relación a las personas, atendido que regula sólo la situación de las especies retenidas o decomisadas en el proceso penal. Por lo tanto, no rige la relación jurídica penitenciaria entre Administración y Recluso, por ello sólo se limita a regular la situación de los bienes.

El Código Procesal Penal tampoco subsana la problemática derivada de la no regulación procesal de la situación del condenado o privado de libertad en el cumplimiento de la ejecución de la pena o medidas de seguridad personales, contrariamente a lo que se pudo haber esperado de la reforma más reciente al sistema penal.

El Código penal, desarrolla desde el punto de vista de la pena las diversas normas que dicen relación con la ejecución de la pena privativa de libertad. Lo anterior no implica que la regulación jurídica, de categoría legal, de la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentre en este cuerpo normativo. Lo que realmente existe son una serie de reglas sobre la determinación, imposición, aplicación, reducción, suspensión o extinción de la pena.

También se agrupan, en el Código penal, ciertas normas que establecen principios sustantivos que regulan la ejecución de la pena.

La última norma de carácter legal es la ley 19.856, y trata sobre beneficio de reinserción penitenciaria.

La importancia de estas normas resulta de que simplemente de su rango legal. Lo anterior debido a que, en consideración al principio de legalidad, la regulación de la ejecución de la pena privativa de libertad no puede dejarse en manos de la potestad reglamentaria o peor aún, en manos de la resolución interna de cada recinto penitenciario.

Como vimos en el capítulo, el fundamento de nuestro sistema penitenciario se encuentra en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Lo mencionado, no solo pugna con la doctrina moderna, los tratados internacionales y el principio de legalidad, sino que también con nuestra carta fundamental y el Código Penal.

Entonces nuestra pobreza jurídica en materia penitenciaria no solo deriva del desorden sistémico, sino de la amplia vulneración al principio de legalidad.

La necesidad de un sistema penitenciario coherente en cuanto a sus principios y funciones no sólo deviene de una solución de cuestiones de fondo, sino que también de forma. Sin perjuicio de que se considere al derecho penitenciario una rama jurídica independiente o no, creemos que la regulación legal de las materias penitenciarias ya no sólo es una necesidad plausible en nuestro ordenamiento sino que también una obligación internacional de respeto a los derechos fundamentales.

CAPITULO V:

NORMAS INTERNACIONALES QUE RIGEN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

1 Tratados internacionales.

Los tratados internacionales son convenciones o acuerdos celebrados, entre sujetos de Derecho Internacional Público, destinados a producir efectos jurídicos. Dichos efectos, pueden tener como finalidad regular sus relaciones y establecer derechos y obligaciones recíprocos, como también el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

En lo que se refiere a la ejecución de la pena privativa de libertad, revisten especial importancia los tratados internacionales de derechos humanos. Esto porque existen tratados y convenciones que consagran principios, derechos y garantías que dicen relación con los derechos fundamentales de los seres humanos, como la “Declaración de Derechos del hombre” y el “Pacto de Derechos civiles y políticos” y que por ende afectan a los seres humanos que se encuentra en privados de libertad al igual que a los que se encuentran libres. También resultan de vital importancia los instrumentos internacionales que se refieren específicamente a la pena privativa de libertad, como “Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”.

Al incorporarse válidamente a nuestro ordenamiento jurídico, los tratados internacionales, constituyen parte de la legislación que regula la ejecución de las penas privativas de libertad, es por ello que analizaremos los tratados más importantes en esta materia, que se encuentran vigentes en nuestro país.

Sin perjuicio del análisis mencionado, primeramente entregaremos una breve noción de derechos humanos y revisaremos de forma somera algunos aspectos relevantes de los tratados internacionales y en especial de aquellos que reconocen Derechos fundamentales.

2. Breve noción de los derechos humanos.

Los Derechos Humanos **son un conjunto de atributos y características de los seres humanos, fundamentados en la razón y libre voluntad de los éstos.**

De este modo, como señala MÁXIMO PACHECO “La persona humana por ser un todo dueño de sí y de sus actos, no puede ser tratada por el ordenamiento jurídico como un medio, sino como un fin y, por ello, debe reconocérsele la facultad de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele, por parte de los demás integrantes del grupo social, el respeto al uso lícito de su actividad. En consecuencia, la verdadera filosofía de los derechos de la persona desbanca en la dignidad y en el fin trascendente de ella”.¹¹⁰

Las características esenciales de los derechos humanos son:

Inherentes al ser humanos.

Universales, ya que pertenecen a todos los seres humanos.

¹¹⁰ (46) PACHECO, M. Teoría del Derecho. 1990 PG. 154.

Inalienables, ya que al ser inherentes a la naturaleza humana no se pueden quitar ni enajenar.

Inviolables.

Imprescriptibles.

De las características expuestas se desprende que los Derechos esenciales no son creados por el Estado, sino que simplemente reconocidos por éste. Es así como las Constituciones y los tratados internacionales son fundamentales en éste aspecto, ya que reconocen estos Derechos, los garantizan, protegen y fomentan, entregándoles un carácter cierto¹¹¹.

Los Derechos Humanos tradicionalmente se clasifican en:

Derechos civiles y políticos (Derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, igualdad ante la ley, libertad de reunión y de asociación, etc.);

Derechos económicos, sociales y culturales (Derecho a la propiedad, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, a sindicarse libremente, etc.).

Derechos de los pueblos o de solidaridad. (Derecho a la paz y a la preservación del medio ambiente).

Históricamente los derechos humanos se clasifican en primera, segunda y tercera generación.

Los derechos de primera generación o negativos¹¹² son los denominados derechos civiles y políticos. Estos derechos suponen un freno al poder del Estado frente a las libertades elementales del ciudadano y son fruto de la Ilustración y la Revolución Francesa.

¹¹¹ Diversos tratados y declaraciones reconocen los DD.HH. como pre-existentes, esenciales y basados en la dignidad humana. Del mismo modo, consideran como deber del Estado el reconocimiento, protección, garantía y fomento de estos derechos. En este sentido se pronuncia la D.U.D.H en su Art. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."; La "Declaración americana de Derechos y deberes del hombre" en el primer párrafo del Preámbulo expone que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros"; la "Convención Americana sobre Derechos humanos" en su preámbulo expresa: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos" y en su Art. 1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.". Lo anterior como ejemplo de los expuesto, entre otros documentos internacionales. Debe señalarse que el Constituyente de 1980 adhiere a esta concepción lo cual en refleja en: Art. 1 incs. 1 y 4: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos." "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."; Art. 5 inc. 2: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."; Art. 19 N° 26 "La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

¹¹² Se denominan así debido a que implican una abstención por parte los Estados de vulnerar estos derechos.

Los derechos humanos de segunda generación o positivos¹¹³, de carácter económico, social y cultural, fueron paulatinamente reconocidos durante el siglo XIX y la primera mitad del XX. Esta segunda generación se fundamenta en la igualdad de los seres humanos y en la solidaridad.

Los derechos de tercera generación surgen durante la segunda mitad del siglo XX. Entre ellos se destacan el derecho a la paz y a la preservación del medio ambiente. Respecto de éstos últimos, no haremos referencia en ésta memoria.

3. Internacionalización de los DD.HH y limitación de la soberanía de los Estados por el Derecho internacional humanitario.

La necesidad de reconocimiento y protección de los derechos humanos se manifiesta claramente en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. La necesidad de limitar, la hasta en ese momento extralimitada soberanía de los Estados en favor de los derechos inherentes al ser humano, encuentra su primera manifestación en el Derecho internacional en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948).

De este modo, la libertad absoluta del Estado y la insuficiencia del Derecho interno van cediendo paso al Derecho internacional humanitario y a las organizaciones internacionales, como la ONU, que reconocen y protegen los Derechos esenciales de las personas en Convenciones, Declaraciones y Pactos internacionales.

La creación de estos pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos comienzan a formar un Derecho supra-estatal que subordina a los Estados a valores y principios de una humanidad universal y completamente ajena de la individualidad que les entrega una nacionalidad determinada.

De esta forma, la consagración de los Derechos esenciales en documentos de carácter internacional y vinculante, permiten la creación de una noción de persona, sus derechos y libertades común entre los países y que brinda la existencia un Derecho que tutela a las personas frente a los Estados.

Es fundamental en este aspecto el surgimiento de las cortes internacionales (Ej.: Corte Internacional de Justicia) con jurisdicción vinculante para los Estados Partes.

Resulta trascendental también, la entrada en vigor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual consagra la existencia de normas imperativas de Derecho internacional general o normas de *ius cogens* generalmente aceptadas, que regulan la convivencia internacional y limitan la soberanía de los Estados haciéndolos responsables ante la comunidad internacional de los compromisos adquiridos.

Son estas circunstancias las que tornan a la persona humana como sujeto de Derecho internacional. Al reconocerse estos derechos esenciales, se exige de su prueba a los ciudadanos y surge una protección internacional. Como consecuencia de lo señalado, el Estado que vulnere estos Derechos incurrirá en una eventual responsabilidad de carácter internacional.

¹¹³ Se denominan de esta forma debido a que implican una exigencia por parte de los ciudadanos y una obligación de actuar por parte de los Estados.

Durante el transcurso del siglo XX se ha relativizado el poder estatal y potenciado la intervención internacional en relación con los derechos humanos. Sin embargo y a pesar de las profundas transformaciones que ha sufrido el Derecho internacional y el Derecho interno de las diferentes naciones vinculadas con las Naciones Unidas, aun es necesario un mayor fortalecimiento de los mecanismos internacionales de protección de la persona, así como un progreso ostensible en las legislaciones internas que se condiga con las voluntades expresadas por el consenso de la comunidad internacional.

De este modo, “las ausencias de garantías adecuadas contra las violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.”¹¹⁴

4. Características especiales de tratados sobre derechos humanos.

Los tratados sobre derechos humanos revisten características peculiares dentro del ámbito de los tratados en general.

Lo expuesto debido a que los intereses plasmados en sus normas son de un carácter superior a los de cualquier otro tratado, al recaer sobre derechos fundamentales e inherentes al ser humano. Además, debe considerarse que en estos tratados no entran en juego un intercambio de intereses particulares de los Estados Partes sino que son objeto de fines superiores.

En este sentido, la Convención de Viena señala que no son aplicables las causales expuestas en el artículo 60 y que dicen relación con la violación de un tratado, para poner fin a un tratado o suspender su aplicación, cuando se trate de convenciones que versen sobre Derechos humanos.¹¹⁵

¹¹⁴ (73) NOGUEIRA, H. Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile. *Ius et Praxis*. 6 (2). 2000, PG 234.

¹¹⁵ La Convención de Viena en su Art. 60 dispone: “1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. 2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará: A las otras partes procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado. sea: en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o entre todas las partes; A una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación; A cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado. 3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado: Un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

Incorporación de los tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico.

Los tratados internacionales constituyen fuente formal de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Los tratados internacionales se entienden válidamente incorporados a nuestro ordenamiento cuando han sido negociados y firmados por el Presidente de la República¹¹⁶, aprobados por el Congreso Nacional¹¹⁷, posteriormente ratificados por el Presidente de la República y por último publicados en el Diario oficial. Debe agregarse a estos procedimientos, la intervención de Tribunal Constitucional cuando este es requerido por las autoridades facultadas para ello con la finalidad de que efectúe un control preventivo de constitucionalidad¹¹⁸.

6. Tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política de la República.

El artículo 5 de C.P.R, limita la soberanía del Estado respecto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, agregando en su inciso 2 “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El constituyente en materia de derechos humanos reconoce en su artículo 1 que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y agrega en el inciso 4 que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

¹¹⁶ La facultad de negociar y firmar tratados internacionales, es entregada al Presidente de la República en el Art. 31 N° 17 de la C.P.R, el cual dispone que: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N°. 1.º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere”

¹¹⁷ La obligación del Congreso Nacional de aprobar los tratados internacionales esta contenida en el Art. 50 N° 1 de la C.P.R, el cual dispone que: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.” Sin embargo existen ciertos tratados que no requieren ser sometidos a aprobación del Congreso. Generalmente, se omite este tramite cuando son tratados celebrados en cumplimiento de una ley, o bien que complementen un tratado ya vigente o que sean acordados en virtud de las facultades exclusivas del Presidente de la República.

¹¹⁸ Las atribuciones del Tribunal Constitucional para efectuar un control preventivo de constitucionalidad, las entrega la C.P.R. en su Art. 82 N° 2 el cual dispone que: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 2.º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” El control preventivo de constitucionalidad solo puede tener lugar durante la aprobación del tratado y a requerimiento del senado, la Cámara de Diputados, o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

A su vez el artículo 19 N° 26 dispone que “La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

De las normas transcritas, se desprende una interpretación armónica y finalista del constituyente respecto de los derechos humanos, la cual “reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano. Por tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos, a asegurarlos, a darles protección jurídica, a

garantizarlos.”¹¹⁹ De este modo, no sólo se produce un fortalecimiento de los derechos esenciales sino que también “una alteración en la jerarquía normativa, al menos en lo que se refiere a los tratados internacionales”¹²⁰.

De los artículos citados se desprende también que la C.P.R reconoce las características esenciales de los DD.HH. (inherentes al ser humano, universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles), además de que no son taxativos debido a que “los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos.”¹²¹

Institucionalización de los Derechos humanos contenidos en tratados internacionales: Consecuencias y características.

Una vez que se ha seguido todo el procedimiento establecido y antes visto para ratificar un tratado internacional de derechos humanos y mientras éste se encuentra vigente internacional y nacionalmente, se produce un fenómeno jurídico de institucionalización de derechos contenidos en aquellos documentos.¹²²

Esta institucionalización, tiene diversas consecuencias jurídicas. La primera de ellas y en virtud de lo expuesto en el artículo 5 N° 2 de la C.P.R, es la incorporación de los derechos naturales asegurados en el tratado a nuestro ordenamiento jurídico interno. Así, los derechos mencionados forman parte de la Constitución material “adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo, todos ellos, respetarlos y promoverlos, como así mismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.”¹²³ Se establece así, una obligación de carácter *erga omnes* o general, exigible a todos los agentes y órganos del Estado. La promoción de los derechos “implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales

¹¹⁹ (13) CUMPLIDO F. y NOGUEIRA H. Teoría De La Constitución. 1994. Pág. 150

¹²⁰ (70) NOGUEIRA, H., Los Tratados Internacionales En El Ordenamiento Jurídico Chileno. *Ius et Praxis*. 2 (2). 1997. Pág. 22.

¹²¹ (13) Ob. Cit. CUMPLIDO F. y NOGUEIRA H.. Pág. 150

¹²² Otra manera de institucionalizar los derechos humanos es la que efectúa el propio constituyente al crear una norma que los reconozca y proteja.

¹²³ (13) Ob. Cit. CUMPLIDO F. y NOGUEIRA H.. Pág. 126.

con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impedían el goce de los derechos”

¹²⁴

La obligación contenida en el artículo 5 N° 2 de la C.P.R, se encuentra también consagrada en el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1949¹²⁵, en el cual las partes contratantes se comprometen a respetar y promover el Derecho internacional humanitario.

De igual modo, la Convención Americana de Derechos humanos en su artículo 1 dispone que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” y así lo ha corroborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹²⁶

¹²⁴ (72) Ob. cit. NOGEIRA, H. Pág. 25.

¹²⁵ Este artículo se ha mantenido sin modificación alguna desde 1949.

¹²⁶ La C.I.D.H. en su opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y respondiendo respecto de la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), señala por unanimidad: “Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado” y “Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.” A su vez la C.I.D.H. en su sentencia de 29 de julio de 1988 en el caso Velásquez Rodríguez, estimó en relación con el art. 1 de la Convención y en los párrafos 165, 166 y 167 que: “165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado...” “166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” “167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. En el mismo sentido, sentencia de la C.I.D.H. en el caso Gódinez Cruz, 20 Enero de 1989, señalando en los párrafos 181 y 182 que: “181. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.” y “182. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”

Como segunda consecuencia se puede señalar los efectos jurídicos que conlleva la vulneración de los derechos reconocidos y amparados por estos tratados debidamente incorporados.

La trasgresión a los derechos contenidos en un tratado internacional implica a su vez una vulneración a la carta fundamental, lo que deriva en una serie de consecuencias y responsabilidades jurídicas tanto de carácter nacional como internacional.

Otra consecuencia, se produce al incorporarse los derechos contenidos en los tratados internacionales a nuestra C.P.R. A través de esta incorporación se genera un procedimiento secundario de reforma constitucional establecido por el mismo constituyente originario y distinto al procedimiento del constituyente derivado, señalado en el capítulo XIV de la C.P.R.

La institucionalización de un derecho contenido en un tratado debidamente incorporado a nuestro ordenamiento, produce el importante efecto de adquirir aplicación inmediata.

Lo anterior debido a que si fuera necesaria una reforma constitucional para aplicar los derechos contenidos en un tratado “no se estaría cumpliendo el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del estado, ya que quedaría a voluntad o no de dicho órgano acatar el mandato constitucional”¹²⁷.

Como última consecuencia debe señalarse que, una reforma a la C.P.R solamente podría modificar derechos esenciales contenidos en un tratado vigente si brindara una mejor protección o una mayor garantía a los mencionados derechos, no pudiéndose desmejorar la situación jurídica existente.

Las características más relevantes de la institucionalización de los derechos humanos contenidos en un tratado internacional, son las que pasaremos a revisar.

Los tratados internacionales de derechos humanos y su incorporación a nuestro ordenamiento constituyen una vía de institucionalización de derechos esenciales efectiva “toda vez que no sólo se puede adicionar o complementar los derechos ya asegurados constitucionalmente, sino que puede incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales preexistentes, por cuanto el criterio para juzgar tales derechos no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que éstos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder Constituyente derivado”¹²⁸.

De esta forma y según lo dispuesto en los artículos 1 y 5 de la C.P.R, normas fundamentales en esta materia, resulta constitucional la institucionalización de los derechos humanos contenidos en un tratado vigente, quedándole al Estado y sus órganos el deber de respeto y promoción a estos derechos.

¹²⁷ (13)Ob. Cit. CUMPLIDO, F. y NOGUEIRA, H. Págs. 126 y 127.

¹²⁸ Íbid.

En otro aspecto, como señala NOGUEIRA “el tratado en materia de derechos humanos aparece mucho más vinculado al carácter universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humana.”¹²⁹ Lo anterior no implica que los tratados de derechos humanos queden exentos de control constitucional, sino que ese control “debe tener como principio rector el asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común, que es la finalidad del estado (Art. 1 inc. 4 C.P.R)”¹³⁰.

La voluntad del constituyente es darle a los tratados de derechos humanos un tratamiento, jerarquía y modalidad distintas a los demás tratados internacionales. Se desprende entonces la superioridad jerárquica del tratado que contenga derechos humanos frente a la ley y al constituyente derivado, pero su subordinación al constituyente originario el cual estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos y limitó la potestad del Estado a ellos.

Perdida de eficacia y aplicabilidad de los tratados.

Un tratado internacional, una vez que han sido válidamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, es obligatorio para el Estado Parte y sus órganos se encuentran en la obligación de aplicar las normas contempladas en la convención.

Sin embargo, el Estado puede excusarse del cumplimiento de un tratado, cuando éste ha sido celebrado en forma inválida o no se ha seguido el procedimiento para una incorporación al Derecho nacional en la forma debida o por último cuando no han concurrido las autoridades designadas por la Constitución para comprometer la voluntad del Estado.

La labor del Tribunal Constitucional resulta relevante, en cuanto a que un pronunciamiento por inconstitucionalidad impide la aplicabilidad de un tratado.

Los mecanismos internacionales, que eximen de la aplicabilidad de un tratado a un Estado Parte, son: la denuncia y la declaración de nulidad,¹³¹ según los procedimientos establecidos en la Convención de Viena.

Lo natural es que una vez que un tratado internacional deje de ser aplicable, sus normas dejan de formar parte del Derecho interno, sin embargo la situación

¹²⁹ (13)Ob. Cit. CUMPLIDO, F. y NOGUEIRA, H. Pág. 128.

¹³⁰ Íbid. La finalidad de bien común de la actuación estatal se consagra en el Art. 1 inc. 4 de la C.P.R dispone: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

¹³¹ En cuanto al Derecho aplicable a los tratados, la Convención de Viena es esencial y vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, en especial lo dispuesto en su Art. 46, el cual dispone: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

es distinta cuando se trata de derechos esenciales de la persona humana “los cuales una vez reconocidos y garantizados ya no pueden desconocerse, ya que constituyen límites a la soberanía estatal”¹³². El límite a la soberanía estatal está impuesto por el artículo 5 inc. 2 de la C.P.R el cual dispone que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Especial fuerza pasiva de los tratados internacionales respecto de las normas jurídicas internas.

Nuestra Constitución, es la única facultada para establecer las fuentes del Derecho, la existencia de otras normas y su aplicabilidad. Es la Constitución la que le otorga aplicabilidad a los tratados internacionales.

Es un tema relevante considerar qué sucede cuando un tratado internacional de derechos humanos válidamente incorporado a nuestro ordenamiento o alguna de sus normas, se encuentran en conflicto con una modificación constitucional posterior.

La respuesta al respecto, es que el tratado o la norma particular no pierde su validez ni su aplicabilidad, teniendo “una especial fuerza pasiva frente a la modificación constitucional, dada por los principios de *ius cogens* denominados *pacta sunt servanda y bona fide* (cumplimiento de los tratados y buena fe, como base de la convivencia civilizada), como asimismo en la doctrina de los actos propios.”¹³³

Como ya se ha señalado, el tratado en materia de derechos esenciales se incorpora a la legislación interna por voluntad soberana del Estado Parte. De lo anterior, se deriva la imposibilidad de un Estado de dictar normas atentatorias contra los derechos consagrados en el tratado internacional.

Las normas internacionales sobre derechos humanos al ser validamente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, establecen un ámbito de contenido normativo de rango constitucional (constitución material), en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de nuestra Carta fundamental.

La consideración de un procedimiento secundario de reforma constitucional por parte de la norma de rango constitucional que ya revisamos y la existencia del artículo 5 como base de la institucionalidad, entrega una especial fuerza normativa a los derechos esenciales contenidos en las convenciones internacionales, ya que limitan la soberanía y al propio constituyente derivado.

Tratados internacionales sobre DD. HH y normas jurídicas internas anteriores.

¹³² (72) Ob. cit NOGEIRA, H. Pág. 15.

¹³³ Ibid.

Cuando una norma internacional que contenga derechos esenciales entra en conflicto con una norma interna establecida con anterioridad, se produce inaplicabilidad de esta última.

Lo anterior es bastante claro y aceptado por la jurisprudencia, sin embargo se ha producido cierto grado de conflicto al tratarse de leyes que requieren un *quórum* especial (leyes orgánicas constitucionales o de *quórum* calificado) y superior al del tratado que las modificaría o derogaría ¹³⁴.

Ante este reparo se debe sostener que “los preceptos legales tienen todos la misma eficacia y categoría de normas primarias, entre los cuales sólo opera el principio de reserva de materia, reservando ciertas materias la Constitución a su desarrollo legislativo por ley orgánica constitucional y otras por ley de *quórum* calificado, siendo el resto de competencia del legislador ordinario, pero ello no indica niveles de jerarquía entre leyes dentro del ordenamiento jurídico interno que el constituyente no estableció.” ¹³⁵

Se debe agregar que, el artículo 50 N° 1 de la C.P.R no distinguió en forma alguna respecto de las normas mencionadas, por lo que un tratado validamente incorporado a nuestra legislación por la vía que la misma Carta fundamental establece produce derogación o modificación de la ley que contenga preceptos contrarios a los contenidos en el tratado.

11. Tratados internacionales sobre DD.HH. y normas jurídicas internas posteriores.

La solución al conflicto entre un tratado y las normas jurídicas dictadas con posterioridad a su incorporación a nuestro ordenamiento debe regirse por el principio de aplicabilidad. En virtud de este principio, la norma internacional no ve afectada su validez por una norma interna posterior a su incorporación. Esto derivado de los principios de *ius cogens* denominados *pacta sunt servanda* y *bonna fide*.

El cumplimiento de un tratado no puede ser alterado por una reforma constitucional o una ley posterior debido a que las condiciones de validez de éste vienen impuesta en el ordenamiento jurídico internacional, debiendo el ordenamiento jurídico interno limitarse a determinar las condiciones de aplicabilidad del tratado. Expresado de otra manera, una vez que el tratado se ha incorporado a nuestra legislación en la forma que esta misma dispone, el Estado y el legislador no pueden sino que aplicar las normas de los tratados en forma preferente a las normas internas.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena que señala “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Por lo tanto, es sólo el ordenamiento jurídico internacional el que puede determinar la inaplicabilidad o la invalidez de las normas contenidas en tratados.

¹³⁴ Los tratados son aprobados por mayoría simple en el congreso. Lo anterior según lo dispuesto en el Art. 50 N° 1 de la C.P.R, el cual se dispone que: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.”

¹³⁵ (72) Ob. cit NOGEIRA, H. Pág. 17.

Los principios de Derecho interno que establecen que una norma posterior deroga a una anterior o que una norma especial deroga a una general o que una norma de superior jerarquía deroga a la inferior, no son aplicables a los tratados internacionales. Esto debido a que “tales principios sólo operar cuando la contradicción eventual producida entre dos normas puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las dos normas en conflicto su condición de normas validas dadas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre con el caso de conflicto de una norma interna con una norma internacional.”¹³⁶

No existe una prevalencia jerárquica entre leyes y tratados, de modo que ninguna norma determina la validez o nulidad de la otra sino que “sólo prevalece la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna, porque así lo determina el Derecho internacional, el que a su vez se aplica porque así lo han decidido los órganos constitucionales pertinente en el ejercicio de la soberanía nacional”¹³⁷. Toda aplicación de una ley posterior que contravenga un tratado validamente incorporado a nuestra legislación implica una vulneración a dichas normas internacionales, lo que se traduce en “una trasgresión al Derecho interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de Derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile.”¹³⁸

En suma, el principio de intangibilidad de los tratados, le entrega a éstos una posición superior a la ley constituyendo un escalafón supralegal.

Por último, debemos decir que en tal situación de conflicto entre norma internacional y ley posterior, ambas válidas, es el juez ordinario el llamado a resolverlo mediante la aplicación preferente del tratado.

12.Derechos Humanos: sistema de doble fuente y la doctrina del bloque de constitucionalidad.

Los derechos esenciales del ser humanos se reconocen y garantizan por medio de normas internas y por el Derecho internacional. Por ende las fuentes que nutren el catálogo de derechos esenciales en nuestro ordenamiento jurídico interno son dos: una nacional y otra internacional. Existe entonces una retroalimentación entre el Derecho nacional e internacional, pero este proceso debe regirse por el principio fundamental de fortalecimiento de los derechos y garantías de los derechos humanos. Es así como NOGUEIRA señala que “puede afirmarse que el derecho de los derechos humanos (con su doble fuente nacional e internacional), tiene prelación no sólo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ya ha sido asumido como punto pacífico en las jurisdicciones y en los ordenamientos jurídicos en los Estados componentes de la Unión Europeas y en una parte de los Estados Latinoamericanos.”¹³⁹

¹³⁶ (73) Ob. cit NOGUEIRA, H. Pág. 19.

¹³⁷ Ibíd.

¹³⁸ Ibíd.

¹³⁹ (73) Ob. Cit. NOGUEIRA, H. Pág. 241.

Por otra parte y en relación con las fuentes del derecho humanitario, se debe hacer mención a la doctrina del bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad se refiere “al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros”¹⁴⁰.

Este conjunto normativo no sólo implica las normas constitucionales, sino las que están fuera de la constitución pero en el derecho internacional y que por decisión del constituyente ocupan un nivel igual o superior a la Constitución.

En nuestro ordenamiento, al bloque de constitucionalidad se le otorga un nivel constitucional.

El bloque de constitucionalidad de esta forma “supera la concepción formal de la Constitución y ésta se elastiza, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la constitución.”¹⁴¹

La finalidad del bloque de constitucionalidad es ser un criterio de control de constitucionalidad. De esta manera, permite ser un criterio interpretativo y aplicativo de las normas infra-constitucionales que surge de la Constitución misma.

Se debe considerar también que “existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados partes, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución española de 1978 y la Constitución colombiana de 1991, entre otras Cartas Fundamentales contemporáneas iberoamericanas, y como lo asumen las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela entre otras.”¹⁴²

13. Jurisdicción nacional e internacional en los temas de DD.HH.

Chile, desde que es Parte de ONU se encuentra vinculado por la Carta de las Naciones Unidas, las declaraciones, decisiones, resoluciones y pactos que se generen en esta organización.

Los derechos humanos dejan de ser una cuestión exclusiva del Derecho interno y se tornan una cuestión de Derecho internacional.

De esta forma lo reconoce el ya comentado art. 5 de la C.P.R al limitar la soberanía del Estado y obligar a sus instituciones a respetar y promover los derechos esenciales, garantizados por el constituyente o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior obliga “al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) del que el Estado es

¹⁴⁰ (73) Ob. Cit. NOGUEIRA, H. Pág. 244.

¹⁴¹ Ídid.

¹⁴² (73) Ob. Cit. NOGUEIRA, H. Pág. 245.

parte, lo que impone el deber a este último, de que tales derechos se hagan efectivos en su jurisdicción interna...”¹⁴³

De este modo, siendo los medios jurídicos internos insuficientes o ineficaces, la protección de los derechos esenciales podrá efectuarse por medio del Derecho internacional y sus organismos jurisdiccionales.

Los organismos y tribunales internacionales a cuales se le ha reconocido competencia por parte de un Estado, revisten un carácter de supraestatales y sus resoluciones resultan vinculantes.

Lo mencionado anteriormente le otorga un carácter de subsidiario y complementario al sistema de protección internacional, teniendo siempre preferencia los tribunales nacionales en el conocimiento y resolución de los temas que afecten a los derechos esenciales.

La intervención de los organismos internacional comprende la verificación de las normas internas y su adecuación a las normas internacionales así como también determinar la responsabilidad internacional del Estado. Como señala NOGUEIRA “En esta perspectiva, una sentencia de cualquier tribunal nacional puede comprometer el honor y la responsabilidad internacional del estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, si falla un asunto ignorando el derecho internacional de los derecho humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado en la materia. Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del estado en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comité de Derechos Humanos de Naciones unidas; Comisiones de Derechos humanos y Corte de Derechos Humanos)”¹⁴⁴

Tratados internacionales de DD.HH y los Tribunales nacionales.

Los Tribunales nacionales se encuentra en la obligación de fallar conforme a la legislación interna y a los tratados internacionales que forman parte de nuestra legislación.

Nuestro Tribunales de Justicia, como lo señala MARIO GARRIDO MONTT¹⁴⁵ consideran los tratados internacionales en dos órdenes de funciones :

En cuanto a los valores que los inspiran, que constituyen criterios rectores para la interpretación actualizada de la norma legal interna...

Si la legislación interna vigente se encuentra en desarmonía con un precepto explícito de un tratado internacional que ampara derecho fundamentales, éste tiene aplicación preferente.

La labor del juez, en materia de derechos humanos es interpretar los tratados internacionales de acuerdo a su fin último, el cual es la protección de los derechos

¹⁴³ (73) Ob. Cit. NOGUEIRA, H. Pág. 266.

¹⁴⁴ (73) Ob. Cit. NOGUEIRA, H. Pág. 267.

¹⁴⁵ (72) GARRIDO MONTT, M. Constitución y tratados internacionales. *Ius et Praxis*.2 (2). 1997. Págs. 155 y 156.

de las personas. Lo anterior implica elegir siempre la interpretación que esté más acorde con el fin mencionado.

Por otra parte, “los jueces pueden aplicar con suficiente voluntad y en cumplimiento de principio de buena fe, una interpretación que permita siempre la mayor protección de los derechos, incluso llenando las insuficiencias y vacíos, dando completitud que la norma requiere, salvaguardando así el honor y la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional y realizando el fin requerido por el ordenamiento constitucional que es el de asegurar, garantizar y promover los derechos humanos...”¹⁴⁶

Los órganos jurisdiccionales al interpretar normas que contengan derechos esenciales deben vincularse con las interpretaciones efectuadas por los organismos jurisdiccionales internacionales, de modo de producir una integración en el sistema de protección de los derechos humanos. Dicha forma de integración, tiene estrecha relación con la interpretación última de los derechos humanos que efectúan los organismos a los cuales el Estado les ha dado competencia, cuestión que ya hemos analizado.

15. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, nace como consecuencia de la creación de la ONU por parte de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial. Dicha potencias tenían como finalidad la preservación de la paz mundial. De este modo, el 10 diciembre de 1948, fue aprobada una resolución de la Asamblea General de la ONU que desarrollaba una serie de principios, derechos y garantías fundamentales para el ser humano, en razón de su esencia y finalidad y que se denominó “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

Este catálogo de derechos y garantías tendientes a protegerlos, es de carácter general y abierto, considerándose más bien como una declaración de carácter programático. La carencia de fuerza obligatoria, así como la inexistencia de mecanismos de protección, se fueron subsanando parcial y paulatinamente con el transcurso del tiempo, al ser considerada como parte de las legislaciones de los países y fundamentalmente al plasmarse sus conceptos en otros tratados, pactos y convenciones que si contaban con fuerza obligatoria y mecanismos de protección.

Con relación al tema de la ejecución de la pena, esta Declaración contiene derechos y garantías de especial importancia, tales como:

Igualdad de todos los hombres (Arts. 1 y 7);

Prohibición de discriminación (Art. 2);

Derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas (Art. 3);

Prohibición de la esclavitud (Art. 4);

Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 5);

Derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (Art.8);

¹⁴⁶ (73) Ob. cit. NOGUEIRA, H. Págs. 254 y 255.

Prohibición de detenciones, encierros y destierros (Art. 9);

Derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (Art.10);

Derecho a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y a una defensa con plenas garantías (Art. 11.1);

Prohibición de condenar por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional y prohibición de imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (principio de legalidad) (Art. 11.2);

Protección a la vida privada y prohibición de injerencias arbitrarias en esta (Art. 12);

Protección a la familia (Art.16.3);

Derecho de asilo (Art.19);

Derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica (Art.20);

Derecho a sufragio (Art.21.3);

Derecho a la seguridad social (Art. 22);

Derechos laborales(Art. 23);

Derecho a la salud y al bienestar (Art. 25);

Derecho a la educación gratuita (Art. 26);

Derecho a las artes y a la cultura (Art. 27.1 y 2).

Los derechos y garantías, contenidos en la Declaración, y sobretodo los señalados precedentemente, se ven limitados en los que respecta a los sujetos privados de libertad. Lo anterior se produce, en virtud de lo que autoriza el artículo 29.2 de esta Declaración, al disponer que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”.

Aunque el art. 29 N° 3 señala que “estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”, la permisibilidad en la limitación de derechos en razón del orden público, ha significado un importante precedente para que los Estados disminuyan, restrinjan, suspendan o supriman, muchos de los derechos considerados como fundamentales en la Declaración de 1948.

16.Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre.

La Organización de Estados Americanos fue creada por la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos realizada en Bogotá, Colombia en 1948, con la finalidad de reorganizar, consolidar y fortalecer el sistema interamericano. De la referida Conferencia emanaron importantes documentos, como la Declaración Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Interamericana), firmada siete meses antes de la D.U.D.H.

La Declaración Interamericana y la D.U.D.H consagran en esencia, los mismos derechos, sólo que la primera agrega una serie de deberes, los cuales están destinados al mayor bien común de la sociedad.

El artículo 28 determina el alcance de los derechos señalando que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.” Este artículo, incluye limitaciones de carácter general y amplio, no enmarcando suficientemente las limitaciones o excepciones a una garantía o derecho, ni siquiera tratándose de derechos tan importantes como la vida y la libertad, dejando al libre arbitrio de los Estados y de sus fines las limitaciones a estos derechos.

La Declaración dispone otros derechos, que se relacionan con la pena privativa de libertad y su ejecución, pero no existe ningún tratamiento específico del tema, como lo veremos en otros instrumentos internacionales.

El artículo 18 consagra el derecho de justicia, y establece una garantía respecto de los actos abusivos de autoridad señalando que toda persona “debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La única referencia respecto de la privación de libertad, se efectúa en el artículo 25. En el inciso primero, se reconoce el principio de legalidad en cuanto a las formas de privación de libertad, estableciendo que “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre-existentes.” Las garantías procesales respecto de la privación de libertad como medida preventiva, se establecen en el inciso tercero de este artículo el cual prescribe que “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.” El principio de humanidad, se encuentra también limitado a la prisión preventiva, aunque debiera entenderse como extensivo a la pena de encierro.

El artículo 26 se refiere a las penas en general, prohibiendo las penas crueles, infamantes o inusitadas, de forma absoluta.

17. Pactos y Convenciones internacionales que reconocen Derechos Humanos de carácter general.

La D.U.D.H tuvo como gran obstáculo el carecer de fuerza obligatoria y de mecanismos de protección internacional que aseguraran el cumplimiento de los derechos y garantías proclamados, por lo que para lograr el cumplimiento de sus estipulaciones se optó por la adopción de diversos pactos internacionales.

Entre los pactos adoptados por la ONU, se encuentran el “**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**” y su Protocolo Facultativo, en el que los Estados partes reconocen la competencia del “Comité de Derechos Humanos” como órgano de control y el “**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**”.

Los dos pactos internacionales mencionados, también tuvieron un importante desarrollo regional, al aprobarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Este pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Sin embargo, no entró en vigor hasta el 3 de enero de 1976.

En lo que respecta a nuestro país, la entrada en vigor internacional para Chile fue el 10 de mayo de 1972, posteriormente el Decreto N° 778 del 30 de noviembre de 1976 promulgó este instrumento, publicándose finalmente en el Diario oficial el día 29 de abril de 1989.

Derechos y Garantías que consagra.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con relación a la ejecución de la pena privativa de libertad, reconoce diversos derechos fundamentales, los cuales pasaremos a analizar.

El artículo 7 del Pacto en comento, señala que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, por lo que toda persona está amparada por la prohibición absoluta de ejercicio de estas prácticas inhumanas. Continúa este artículo señalando que “nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, cuestión planteada debido a las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial por los nazis, y que reviste una especial importancia en materia penitenciaria, debido a que los “tratamientos rehabilitadores” implantados en muchas legislaciones constituían verdaderas aberraciones que atentaban no sólo contra la dignidad humana sino que también contra su integridad física y psíquica. Lo anterior sin olvidar, ciertas prácticas aun aplicadas en pro del avance científico que utilizan a los reclusos como objetos de laboratorio. Sin perjuicio de esto, son muchos los tratamientos médicos, de carácter benéfico para los reclusos, pero siempre debe considerarse la voluntad del sujeto privado de libertad.

El artículo 8 establece la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos u obligatorios.

Respecto de la esclavitud y la servidumbre, se trata de una prohibición de carácter absoluto, no permitiéndose ninguna excepción.

Por el contrario, respecto de los trabajos forzosos u obligatorios, establece ciertas limitantes que dicen relación a las penas privativas de libertad dejando en claro que la norma que prohíbe los trabajos forzosos “no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente”, de lo que se desprende que nuestro sistema punitivo estaría en conformidad a lo dispuesto en este Pacto, respecto de la pena de presidio. Por último, este artículo continúa señalando que tampoco constituirán trabajos forzados “los trabajos o servicios que... se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional.”

El derecho a la libertad, se encuentra consagrado en el artículo 9 disponiéndose que “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.” La libertad es entonces un derecho reconocido, el cual sólo puede ser vulnerado en los casos previstos por la ley, en atención al principio de legalidad. A continuación, este mismo precepto

establece una serie de garantías de carácter procesal con relación a las personas que se encuentran detenidas o privadas de libertad de forma preventiva (Derecho de información de los motivos de la detención y acusación, derecho a ser llevada sin demora ante un juez, derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, excepcionalidad de la prisión preventiva etc.)

El artículo 26, reconoce el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación.

El artículo 14 expone las garantías de un debido proceso penal, las cuales son aplicables a toda persona, con independencia de sí se encuentran privadas o no de libertad.

Es dable mencionar que respecto de los menores, esta norma dispone que “en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”, estableciendo de este modo un principio más que una garantía.

El artículo 10, de este cuerpo normativo, reviste especial importancia, en cuanto consagra el principio de legalidad, con especial referencia a la pena privativa de libertad. Se inicia esta disposición reconociendo el carácter de personas de aquellos que se encuentran privados de libertad y por ende deben ser tratados “humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” Se pretende consagrar de esta manera un correlato lógico de los demás derechos fundamentales expuestos, tanto en este instrumento internacional como en otros, recalcando un criterio que necesariamente debe inspirar los sistemas penitenciarios de los países que han ratificado los derechos y garantías de este Pacto.

En artículo 10 N° 2 letra a, reconoce el principio de separación y clasificación penitenciaria, estipulando que “Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.” Se debe recalcar el carácter de estricto con el cual debe interpretarse la excepción planteada, siendo la regla general la separación física. De este modo, RIVERA BEIRAS expone “por ello, entiendo que a pesar de la inconcreción de esas circunstancias excepcionales, ello ha de interpretarse en el sentido de no hacer habitual lo que es excepcional; es decir, no puede admitirse -a la vista de ésta disposición- la convivencia prolongada entre reclusos preventivos y penados alegándose razones de masificación de un Centro Penitenciario, por ejemplo.”¹⁴⁷

Continuando con las ideas expuestas en este artículo, se debe mencionar la distinción respecto de los procesados y condenados con relación al tratamiento penitenciario aplicable. Al hablar de procesado, el Pacto se refiere a todo aquel que no ha sido condenado y que por lo tanto se presume inocente. Debido a esta presunción y a la aplicación de una lógica básica, no sería aceptable ni justificable, la aplicación de algún tratamiento rehabilitador a quién aún no se sabe si se encuentra en una posición desviada respecto del ordenamiento jurídico. Por otro lado, el alero del principio de inocencia impediría cualquier injerencia en el sujeto preso preventivo, ya que la vulneración de algunos derechos fundamentales sólo se ven justificadas por una condena penal. Habría que agregar, el carácter excepcional de la prisión preventiva, por lo que el Estado, en una situación de necesidad de afectar el derecho fundamental de libertad, se encontraría obligado a no intervenir ni vulnerar ningún otro derecho esencial.

¹⁴⁷

(52) RIVERA, I.; La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda Clase. 1977. Pág. 25

El apartado b, del artículo 10 N° 2, se refiere expresamente a la situación de los menores privados de libertad, estableciendo sin excepción alguna, que éstos “estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.”

Respecto del concepto de menor de edad debe señalarse que el Pacto no nos entrega una definición. Si lo contrastamos con otros instrumentos internacionales, por ejemplo, la “Convención internacional sobre Derecho del Niño”¹⁴⁸, tampoco obtenemos una respuesta cierta en atención a lo prescrito en su artículo 1 que expone: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, lo que concordado con lo expuesto en el artículo 37¹⁴⁹ de dicha convención, se reafirmarían las garantías expuestas en este Pacto. Sin embargo, al dejar la minoría de edad a la que la ley de cada país le asigne, no aclararía de modo perentorio una protección estricta de los derechos de los menores. Con relación a la segunda estipulación relevante, contenida en el Art. 10.2.b, que dice relación con la celeridad del enjuiciamiento de los menores, se debe concordar con algunas normas antes expuestas, específicamente los artículos 9.3 y 14.3.c, es decir los derechos de ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o a ser puesto en libertad. El pacto ya exige, en caso de adultos sometidos a un proceso penal, que el juicio se efectúe sin mayores dilaciones y en un plazo razonable, respecto de los menores es más exigente aún, obligando al estado a la “mayor celeridad posible”, debiendo tener un resultado en la praxis, si se cumple esta estipulación, de juicios extremadamente breves con relación a los juicios de los adultos. Este instrumento internacional, tampoco nos entrega plazos máximos, por lo que se deja a la conciencia de los legisladores y de los jueces de cada país la mejor interpretación de las intenciones de este pacto.

El artículo 10 N° 3 dispone que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.” Los principios modernos de la corriente penitenciaria, como también las concepciones de prevención especial, se ven consagrados en este artículo. En atención a lo estipulado en el precepto, se deja en a lo menos en un segundo plano las tendencias retribucionistas.

Debe anotarse, la referencia hecha al tratamiento de los menores, no sólo en cuanto a la mayor responsabilidad impuesta al Estado, si no también, y como ya se observó,

¹⁴⁸ La fecha de adopción de la Convención sobre Derechos del Niño fue 20 de Noviembre de 1989 y su entrada en vigor internacional el 2 de Septiembre de 1990. Entró en vigor internacional para Chile el 12 de Septiembre de 1990 y la publicación en el diario oficial se efectuó el día 27 de Septiembre de 1990.

¹⁴⁹ El Art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño establece lo siguiente: “Los Estados Partes velarán porque: Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

sólo serían aplicables dichas estipulaciones a los menores condenados, ya que no sería aplicable como tampoco aconsejable una reforma de un menor, que aún no haya sido condenado.

El artículo 15, es relevante en lo que a nuestro tema respecta, debido a la consagración del principio de legalidad y específicamente de las garantías criminales y penales. Se contempla en este artículo, en su numerando primero que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” El análisis de estas garantías, ya ha sido realizado en el capítulo I y en los títulos que analizan la Constitución de nuestro país como las otras fuentes de la ejecución de las penas, por lo que nos remitimos a lo dicho en las mencionadas ocasiones.

El Pacto internacional en comento, consagra otros derechos de especial sensibilidad en lo que al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Revisaremos someramente los derechos y garantías que a nuestro parecer revisten importancia en la cuestión penitenciaria y que reconoce este Pacto.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 17 N° 1 y 2 garantiza que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” y agrega en el N° 2 de que “Toda Persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” De lo prescrito, se desprende que toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada, correspondencia, familia, honra y reputación.

La vida privada es una cuestión recurrente en lo que atañe a las penas privativas de libertad, al igual que el respeto y no injerencia en la correspondencia, siendo la prisión un lugar caracterizado por la vulneración de dichos derechos, en favor de sistemas de máxima seguridad o de forma de establecer un régimen acorde con los escasos presupuestos existentes para la administración carcelaria.

Situación similar es la que acontece con la honra de los reclusos, que se ve afectada, en muchos aspectos en su vida intra-penitenciaria y también post-penitenciaria, siendo esta última una consecuencia de la estigmatización carcelaria, apoyada además por el poco o nulo interés del legislador por dejar saldada la deuda social con el cumplimiento de la sanción penal.

Respecto de la protección a la familia, cuya consagración propiamente tal se encuentra en el artículo 23 de este Pacto, debe señalarse que es sólo de reciente ocurrencia la preocupación por el mantenimiento y protección de los vínculos del interno con su núcleo familiar, encontrándose claramente demostrado que la prisión y el régimen penitenciario es un atentado a estos lazos, en la mayoría de los casos de modo irreparable, sufriendo estas consecuencias quienes no cometieron el hecho ilícito.

Resultan relevantes las cuestiones planteadas, en atención al carácter absoluto y sin excepción del ejercicio los mencionados derechos, y a la prioridad que deben significar en las legislaciones internas.

El artículo 18, protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de todas las personas. Esta protección es relevante por cuanto en el ámbito de lo penitenciario se tiende proteger y fomentar las creencias religiosas, en especial de aquellas que revisten una importancia social. Lo anterior debido a resabios que aun existe de las corrientes expiatorias y moralistas, y al convencimiento respecto de los valores positivos que estas creencias

entregan a los reclusos, además de ayudarlos espiritualmente a superar las dificultades que en sí plantea la vida de reclusión. En todo caso, esta garantía, implica el respeto de toda creencia, y debería considerarse ese concepto amplio, en la aplicación de los tratamientos penitenciarios y en la facilidad que los organismos administradores entreguen a los reclusos para su actividad religiosa o cualquier otra que diga relación con este artículo.

El artículo 19 nos habla de la libertad de expresión señalando que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” Las limitaciones a libertad de expresión son señaladas, en el N° 3 de este artículo, las cuales son impuestas a causa de los deberes y responsabilidades especiales que implica el ejercicio de este derecho, pero se exige que estén expresamente fijadas por la ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

La libertad de expresión reviste especial connotación para quienes se encuentren privados de libertad, ya que sólo por este hecho las dificultades de expresión aumentan, lo que redundaría no sólo en un dejar hacer sino que en un permitir la concreción del derecho, recordando siempre el precario estado en el cual se encuentran los reclusos por permanecer privados de su libertad ambulatoria. Debería considerarse también la relación este artículo con el anterior, ya que la comunicación efectiva del pensamiento y credo resulta del derecho a la libertad de expresión.

El derecho de reunión pacífica se reconoce en el art. 21, estableciendo como limitaciones las que exija una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

El artículo 22, complementa la norma anterior, señalando que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”, agregando las mismas limitaciones que expuso el artículo anterior.

La importancia de estos derechos, en lo que reclusión se refiere, radica en que se garantice y permita la reunión o asociación de los internos entre ellos como con personas extra-muros, obviamente sin poder salir del recinto penitenciario. Lo mismo respecto al derecho de asociación y al de sindicalización, lo que es importante en materia de trabajo penitenciario.

Como derecho relevante, en lo que respecta a la ejecución de la pena privativa de libertad, es el derecho a sufragio, reconocido en su artículo 25, a toda persona. Sin embargo esta disposición establece una excepción a este derecho al aceptar “restricciones debidas” y prohibir “las indebidas”, lo cual deja al arbitrio de las legislaciones la estimación de cuando el derecho a sufragio puede ser ejercido y en qué condiciones. La garantía mencionada, no sólo se refiere al derecho a votar, sino que también el derecho a ser elegido y a participar en la dirección de los asuntos públicos.

El Comité de Derechos Humanos.

El artículo 28 establece la creación de un Comité de Derechos Humanos. La función esencial de este Comité consistirá en estudiar los informes presentados por los Estados partes de este Pacto, según lo dispuesto en el artículo 40.

El artículo 14 señala que los Estados Partes, se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. Todos los informes se presentarán al Secretario General de Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.

El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes y les transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos.

La entidad mencionada, también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes.

El artículo 41, establece la competencia para actuar del Comité estableciendo que, sólo será competente para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto, sólo si el Estado Parte reconoció la competencia de este Comité para estos efectos, en caso contrario la queja no deberá ser admitida.

Nuestro país, reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos, según lo dispuesto en el artículo 41, en un instrumento entregado fecha 7 de Septiembre de 1990 al Secretario General de las Naciones Unidas y promulgado por Decreto N° 41, del 7 de enero de 1991, publicándose en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1991. Dicho instrumento entrega competencia al Comité respecto de todo hecho que hubiere tenido su principio de ejecución después del 11 de Marzo de 1990.

17.2. Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este Protocolo fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966 y su entrada en vigor internacional se concretó el 23 de marzo de 1976. El 27 de agosto de 1992 entró en vigor internacional para Chile y fue publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1992.

Este instrumento internacional tiene como objeto asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, facultando al Comité de Derechos Humanos, para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto referido.

Todo Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que también sea parte de este Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Toda comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo, será desestimada.

Este derecho también podrá ser ejercido por todo individuo que alegue una violación de algunos de los derechos enumerados en el Pacto, siempre que haya agotado todos los recursos internos disponibles.

El Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en conocimiento del Estado Parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto, el cual en un plazo de seis meses, deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o

declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece, en cierta medida un mecanismo de control de los derechos y garantía que enumeraba, este protocolo facultativo vino a complementar un déficit existente, en cuanto a aceptar la denuncia cualquier persona, no solamente de un Estado Parte, cumpliéndose con las exigencias establecidas en el mismo protocolo.

Si bien este instrumento amplía la competencia en asuntos de infracciones a los derechos humanos y sin duda se puede considerar un avance esta materia, aunque aún insuficiente. Esto, en atención a las relevantes falencias que presentan muchos Estados en relación con los Derechos esenciales, faltando mucho para que se pueda aseverar un progreso respecto a tan importantes derechos.

17.3. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

El “Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales” fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. La entrada en vigor internacional se produjo el 3 de enero de 1976. Para nuestro país, la entrada en vigor internacional es de fecha 10 de Marzo de 1972, publicándose en el diario oficial el 27 de mayo de 1989.

El pacto se creó por la necesidad de amparar los derechos económicos y sociales necesarios para lograr la plenitud del ser humano.

Este instrumento, no contiene ninguna disposición en particular respecto de la ejecución de las penas privativas de libertad, sin embargo consagra una serie de derechos y garantías relevantes en cuanto a los problemas carcelarios que actualmente acontecen. Además, de ser un instrumento relevante jurídicamente respecto de los temas socio-económicos, que obviamente también afectan a los reclusos.

En lo que respecta a este trabajo, nos limitaremos simplemente a enunciar los derechos y garantías, así como señalar su vinculación con el ámbito penitenciario.

La garantía de no-discriminación respecto de los derechos consagrados en este Pacto, se encuentra contemplada en el artículo 2 N° 2.

La garantía mencionada se complementa con lo dispuesto en el artículo 3, al comprometer a los Estados Partes a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

El artículo 4 entrega las bases de las excepciones y limitaciones que pueden establecer los Estados Partes respecto de los derechos y garantías reconocidos en este Pacto internacional.

Las limitaciones sólo pueden estar contenidas en la ley, y “en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”

Respecto de los derechos sociales y económicos planteados en este Pacto, el primero con relevancia penitenciaria es el derecho al trabajo.

Debido a la concepción actual que existe respecto al trabajo como medio resocializante, es que resulta importante la aplicación de los tratados internacionales que dicen relación con la materia, de modo de fomentar adecuadamente el trabajo carcelario y sentar principios

que guíen las políticas penitenciarias. Lo anterior, no sólo por ser el recluso un ciudadano que no merece menosprecio de sus derechos sociales y económico, sino que también como actitud responsable de un Estado que efectivamente pretende reinsertar a un interno a un medio social y laboral real.

Los artículos 6 y 7 nos hablan del derecho al trabajo. Los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Del mismo modo los Estados se comprometen a tomar medidas adecuadas para garantizar este derecho. Para el logro efectivo de lo señalado, el Pacto establece ciertas medidas, que deberán tomar cada uno de los Estados contrayentes, las cuales son:

La creación de políticas que tiendan a la orientación y formación técnico profesional;

La preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

El artículo 7 garantiza el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren al trabajador condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias. El trabajo debe ser seguro e higiénico. Debe permitir igual oportunidad de promoción, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad. La norma no olvida exigir a los Estados, el descanso y el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

El artículo 8 expone con carácter de derecho social y económico el derecho de libre asociación y sindicalización, siendo válidos los comentarios respecto de este mismo derecho efectuados al tratar del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De igual importancia, es lo expuesto en el artículo 9 que reconoce el derecho a seguridad social, para todas las personas. La relevancia de la seguridad social, radica en la protección que entrega el Estado, ya sea a través de sus instituciones o de grupos intermedios de carácter privado, a personas que por distintos motivos se encuentran desprotegidas al no poder brindarse las condiciones de vida, salud y trabajo, necesarias para alcanzar un mínimo de bienestar y progreso. La situación en la que se encuentran los reclusos en las cárceles y las familias de estos, podría considerarse como de riesgo social, al no permitir o limitar ostensiblemente la posibilidad que tiene cada individuo preso de brindarse por sus propios medios la satisfacción de sus necesidades básicas y las de quienes dependen de ellos. No es desconocido en nuestra realidad penitenciaria, ni en la de otros países, la dificultad de los internos para encontrar un trabajo intramuros, que le permita condiciones adecuadas de vida. De ahí que el reconocimiento de la seguridad social, para todas las personas y obviamente respecto de grupos vulnerables, tales como los condenados a penas privativas de libertad, resulta un aporte valioso, aunque sin duda más necesaria aun es la comprensión de este derecho en forma íntegra, en las políticas adoptadas en torno de la ejecución de la pena privativa de libertad.

El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, se produce en el artículo 10, el cual le concede la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras existan hijos menores. En esencia, los comentarios efectuados respecto a la familia, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con relación a las cuestiones penitenciarias, son aplicables a lo dispuesto en este artículo.

El artículo 11, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

En cuanto a la situación de las cárceles, debe señalarse que los condenados a penas de encierro no quedan exentos de lo dispuesto. Las condiciones brindadas en los recintos penitenciarios, deberían revestir un carácter adecuado, al igual que la alimentación y por sobretodo debiese existir una mejora continua en las condiciones de vida de los reclusos. La precaria situación de las prisiones, es uno de los factores más relevantes que influyen en los trastornos físicos y psicológicos sufridos por los reclusos y que impiden notoriamente el poder alcanzar la finalidad de rehabilitación.

Relacionado con lo expuesto, el art. 12 dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” Se consagra entonces, el derecho a la salud y al deber del Estado del mejoramiento de las condiciones expuesta en el artículo, las cuales redundan en el bienestar físico y psíquico de las personas.

El derecho a la educación, igualmente relevante en cuestiones penitenciarias y se consagra en el artículo 13 señalado que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre”.

La educación es esencial como elemento rehabilitador, ya sea una capacitación profesional o nivelación de estudios básicos. El Pacto, al respecto reconoce que para el cumplimiento del derecho consagrado, los Estados deben entre otros factores, fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación elemental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria, además de progresivamente ir creando oportunidades de educación secundaria y superior, gratuita y accesible a todas las personas, evolución de la cual no puede estar exentos los centros de reclusión.

Como lo señalamos al principio, el Pacto estipula derechos necesarios para el desarrollo pleno del ser humano en sociedad, constituyendo su aplicación, una necesidad de quienes encontrándose en un estado de vulnerabilidad, quedan aun más desamparados al ser reclusos, al igual que sus familias, lo cual claramente no contribuye ni a una rehabilitación ni al progreso social pretendido por el Pacto y los Estados signatarios.

Convención Americana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

El “Pacto de San José de Costa Rica”, como generalmente se conoce, fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. La entrada en vigor internacional de este Pacto, se produjo el 18 de Julio de 1978, en virtud de lo señalado en su artículo 74 y para Chile el 21 de Agosto de 1990. Con fecha 5 de enero de 1991 se publicó en el Diario Oficial el Decreto promulgatorio N° 873 del 23 de agosto de 1990.

Declaraciones y reservas de Chile.

Las declaraciones y reservas realizadas por Chile, dicen relación con la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos y de la C.I.D.H, las cuales fueron efectuadas al depositar el instrumento de ratificación con fecha 21 de agosto de 1990.

La primera declaración que efectúa el Gobierno de Chile es el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45¹⁵⁰ de la mencionada Convención, esto es facultar al Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

La segunda declaración reconoce, como obligatoria de pleno derecho, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

En un tercer apartado, Chile deja constancia que la competencia que le reconoce al Comité sólo se refiere a los hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación (21 de agosto de 1990) o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de Marzo de 1990.

El Gobierno de Chile, también restringe la competencia a la Comisión y a la C.I.D.H, al impedir el pronunciamiento acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona. Lo anterior en atención a lo expuesto en el artículo 21 N° 2¹⁵¹, que garantiza la propiedad privada.

Deberes de los Estados y derechos protegidos.

El artículo 1 empieza por el compromiso de los Estados Partes en el respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Se considera que persona es todo ser humano.

Los Estados Partes, también se comprometen en el art. 2 a la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.

El capítulo II de este Pacto consagra derechos civiles y políticos. Aquellos que dicen relación con la ejecución de la pena son:

Derecho a la integridad personal (Art. 5)

Prohibición de la esclavitud o servidumbre (Art. 6)

Derecho a la libertad personal y garantías procesales respecto de la libertad (Art. 7)

¹⁵⁰ El Art. 45 del Pacto de San José de Costa Rica expresa: "1.-Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención. 2.-Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. 3.-Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, y por un período determinado o para casos específicos. 4.-Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

¹⁵¹ El Art. 21 del "Pacto de San José de Costa Rica" dispone: "1.Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2.-Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3.-Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."

Principio de legalidad y retroactividad (Art. 9)
Derecho a indemnización por error judicial (Art. 10)
Protección a la honra y a la dignidad (Art. 11)
Libertad de conciencia y religión (Art. 12)
Libertad de pensamiento y expresión (Art. 13)
Derecho de reunión y libertad de asociación (Arts. 15 y 16)
Protección a la familia (Art. 17).
Derecho de circulación y residencia (Art. 22)
Derechos políticos (Art. 23)
Igualdad ante la ley (Art. 24)
Protección judicial (Art. 25)

De los derechos anteriormente mencionados, sólo analizaremos algunos por su especial relevancia en el tema de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El art. 5 reconoce el derecho a la integridad personal señalando que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y prohíbe absolutamente la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, señalando expresamente que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

El artículo 5 N° 3 señala un principio de Derecho penal por el cual la pena no puede trascender de la persona del delincuente.

Los números 4 y 5 del artículo comentado, expresan ciertos principios de clasificación penitenciarios, en virtud de los cuales los procesados privados de libertad deberán encontrarse separados de los condenados, como asimismo los adultos de los menores de edad.

Por último, el artículo en comento, establece un principio orientador para las políticas penitenciarias señalando que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

El artículo 6 prohíbe la esclavitud y la servidumbre. Con relación a la pena privativa de libertad, se considera al igual que los demás tratados y convenciones vistas, a los trabajos forzados como agravante o complemento de la reclusión. Al respecto, la norma expresa que “En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente”, pero recalca que “el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso” limitando el ejercicio del *ius puniendi* a los derechos que el pacto establece.

A mayor abundamiento, la letra a del numerando tercero del artículo 6, considera que no constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo “los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente”. Se complementa esta disposición señalando que “tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter

privado”, estableciendo la responsabilidad del Estado y sus autoridades en la ejecución de las labores que impliquen la reclusión de un individuo en virtud de una sentencia judicial.

La libertad personal se encuentra reconocida en el artículo 7 del Pacto. La libertad física sólo puede ser limitada por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, prohibiéndose así, las detenciones o encarcelamientos arbitrarios, debiendo respetarse el principio de legalidad que tan fuerte rige esta materia en el ámbito de las sanciones y tipos penales.

El reconocimiento expreso del principio de legalidad en materia penal y especialmente de la garantía penal, se efectúa en el art. 9, el cual señala que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. La excepción a la irretroactividad que rige esta materia, se efectúa en beneficio del penado, y se reconoce en este Pacto, al disponer que “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El principio de igualdad y no-discriminación tienen su reconocimiento expreso en el artículo 24.

El capítulo III de este Pacto, reconoce los denominados Derechos económicos y sociales, comprometiendo a los Estados Partes al progreso en materias que digan relación con la eficacia de realización de estos derechos.

El capítulo IV del Pacto, reconoce limitantes y restricciones a las garantías expuestas y entrega normas de interpretación de éstas.

El artículo 27 se refiere a la suspensión de las garantías estableciendo que eso sólo podrá tener lugar en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, siempre que sea por un tiempo limitado y que no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El numerando segundo agrega cuales derechos no pueden ser suspendido bajo ningún respecto. Estos derechos son:

- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3);
- Derecho a la vida (Art. 3);
- Derecho a la integridad personal (Art.5);
- Prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 6);
- Principio de legalidad y de retroactividad (Art. 9);
- Libertad de conciencia y de religión (Art. 9);
- Protección a la familia (Art. 17);
- Derecho al nombre (Art. 18);
- Derechos del niño (Art. 19);
- Derecho a la nacionalidad (Art. 20);
- Derechos políticos (Art. 23).

Tampoco pueden ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados.

El artículo 29 entrega normas de interpretación, de modo que al fijar el verdadero sentido y alcance de lo dispuesto en este pacto, ni los Estados Partes como tampoco algún grupo de personas o persona puedan suprimir, limitar o excluir del goce y ejercicio de cualquiera de los derechos expuestos, o de derechos y garantías inherentes al ser humano consagrada en la legislación interna de cada país, o excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El alcance de las restricciones, está establecido en el artículo 30, señalando como límite el principio de legalidad, disponiendo que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”¹⁵².

Medios de protección.

La segunda parte de este instrumento establece los medios de protección de los derechos y garantías consagrados en el Pacto.

Establece también, dos órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes. Estos órganos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Esencialmente sus funciones y atribuciones son:

Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad; y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Es importante considerar que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización,

¹⁵² La expresión "Leyes" en el Art. 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, según Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo 1986, C.I.D.H (Ser. A) No. 6 (1982) a solicitud del Gobierno de la República Oriental del Uruguay es por unanimidad la siguiente: “que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.”

puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.

La Comisión sólo tiene competencia para recibir y examinar las comunicaciones efectuada por un Estado Parte en contra de otro Estado Parte, sí este último le otorgó competencia por medio de una adhesión o ratificación especial, caso en cual se encuentra Chile, según lo señalado al tratar las reservas y declaraciones de nuestro país.

Una las funciones más relevantes de la Comisión Interamericana es la de emitir recomendaciones cuyos destinatarios son: los Estados Partes de la Convención y todos los Estados Miembros de la OEA.

Como ya se ha señalado, este Pacto ha sido validamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como también se le ha otorgado competencia a la Comisión Interamericana. Lo anterior implica que sus normas son parte de nuestra legislación y que debemos respetarlas y cumplirlas de buena fe.

De lo anterior se desprende que Chile a reconocido la jurisdicción supra-estatal de la Comisión, por lo que sus recomendaciones son vinculantes y deben cumplirse en nuestro país.

El incumplimiento de las recomendaciones constituye una omisión por parte de Estado respecto de la obligación contraída en el artículo 2 del Pacto, esto es el adoptar medidas legislativas para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el instrumento. Dicho incumplimiento no sólo importa infracción del Tratado en comento sino que también al artículo 5 de la C.P.R y al artículo 27 de la Convención de Viena.

De esta manera, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del Pacto, las recomendaciones hecha por la Comisión son vinculantes para nuestros Tribunales de Justicia.

Debemos recordar los derechos consagrados en el Pacto forman parte de nuestro bloque constitucional de derechos.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, tiene un ámbito de conocimiento de los asuntos de derechos humanos más restringida que la de la Comisión, en cuanto sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, siempre que se hayan agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.¹⁵³

¹⁵³ El Art. 48 del Pacto de San José dispone que: "1.-La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: a) Si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso; b) Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente; c) Podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevivientes; d) Si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; e) Podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados; f) Se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención. 2.-Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad." El Art. 49 del Pacto señala que: "Si se ha llegado a una

El reconocimiento de la competencia de la C.I.D.H, debe efectuarse expresamente en la ratificación o en la adhesión a esta Convención u en otro instrumento posterior, tal como efectuó nuestro país. En el caso de que exista reconocimiento de la competencia de la Corte, podrá conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido.

Los fallos de la Corte deberán ser acatados por los Estados que sean partes en el asunto, incluyendo las indemnizaciones que éste estipule en favor del o los afectados por la vulneración a los derechos a que éste pacto de refiere, según lo dispuesto en el artículo 68, las cuales serán ejecutadas según lo dispuesto en el derecho interno del país obligado.

El artículo 64 de este documento se refiere a la interpretación de las normas que contiene este tratados y otros que se refieran a derechos humanos por parte de la C.I.D.H. Este artículo dispone en su numerando 1 que “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” y agrega en el número 2 que “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.¹⁵⁴

Obligatoriedad y auto-ejecutividad de la Convención Americana según la Corte Interamericana.

El preámbulo de la Convención Americana señala “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.

solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1. f) del Art. 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.” El Art. 50 del Pacto dispone que: “1.-De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e) del artículo 48. 2.-El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlos. 3.-Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.”

¹⁵⁴ Respecto de la expresión “otros tratados” contenida en el Art. 64 N° 1 y de la función consultiva de que señala este artículo, la C.I.D.H, en Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre 1982, C.I.D.H (Ser. A) No. 1 (1982) y a solicitud del Gobierno del Perú, respondió unánimemente en primer lugar que “que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.” y en segundo lugar que “que, por razones determinantes que expresará en decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede de los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga”.

De lo expuesto se desprende el carácter convencional y complementario del régimen de protección internacional de este Pacto respecto del derecho interno de los Estados Partes.

El sentido y finalidad de esta Convención se vería claramente alterado si las obligaciones contraídas por los Estados vieran una dilación en su cumplimiento. De ahí que las normas de este tratado y en general la de los tratados sobre derechos humanos tengan un carácter de auto-ejecutables.

Podemos señalar que “la norma auto-ejecutable se caracteriza por establecer un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto cuya protección es elegible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas”¹⁵⁵.

Como señalamos, es el preámbulo del Pacto el que le otorga este carácter de auto-ejecutividad a sus normas, en forma expresa.

El art. 1 de este Pacto refuerza la idea contenida en el preámbulo al disponer que “1.-Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2.-Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Por otra parte el art. 2 de esta Convención obliga a los Estados Partes “a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

De este modo, las normas contenidas en este instrumento son auto-ejecutables salvo estipulación expresa en la norma que condicione su cumplimiento a leyes posteriores.

La C.I.D.H ha reconocido la autoejecutabilidad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica. Un ejemplo de esto, es la opinión consultiva de la C.I.D.H, citado por NOGUEIRA, sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los art. 1.1 y 1.2 de la Convención, a solicitud del gobierno de Costa Rica. La Corte rechaza el argumento de no auto-ejecutividad del art. 14.1 en virtud de que “el sistema mismo de la Convención está dirigida a reconocer derechos y libertades a las personas a las personas y no ha facultar a los Estados para hacerlo”¹⁵⁶. Así, concluye la Corte que el derecho reconocido en el artículo 14.1 es exigible internacionalmente.

¹⁵⁵ (72) Ob. cit. NOGUEIRA, H. Pág. 37.

¹⁵⁶ (72) Citado por NOGUEIRA, H. Ob. cit. Pág. 38. La solicitud de opinión consultiva (OC-7/86 del 26 agosto de 1986) sobre la interpretación y alcance del art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma, solicitada por el Gobierno de Costa Rica a la C.I.D.H: “por unanimidad: A. Que el art. 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el art. 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Por unanimidad: B. Que cuando el derecho consagrado en el art. 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del art. 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias. Por seis votos contra uno: C. Que la palabra “ley”, tal como se emplea en el art. 14.1, está relacionada con las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el art. 2 y, por consiguiente, las medidas que debe adoptar el Estado Parte comprenden todas las disposiciones internas que sean

Instrumentos internacionales sobre tratamiento penitenciario.

Dentro del ámbito de los tratados internacionales sobre derechos humanos, surgió durante la segunda mitad del siglo XX, una preocupación por la situación de los privados de libertad. Esta preocupación nace debido a la situación de vulnerabilidad que presentaban los presos y a la conciencia humanitarista que encontraba cada vez más adeptos.

Los tratados que a continuación pasaremos analizar, revisten especial importancia en el estudio de la ejecución de la pena puesto que nos entregan normas que garantizan derechos esenciales en materia de ejecución de penas privativas de libertad, como también principios rectores a considerar en una política penitenciaria.

Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

A raíz de la Segunda Guerra Mundial, surge un movimiento humanitarista, el cual transforma las concepciones existentes respecto del delincuente, la víctima, el rol del Estado frente a la criminalidad y el tratamiento resocializador, entre otras materias. Del mismo modo, se desprende la necesidad de un conocimiento científico del delincuente y por ende un tratamiento adecuado para éste, que respete su condición de ser humano y que a la vez le permita una efectiva resocialización. A la luz de este panorama surge la redacción, en el primer congreso de las Naciones Unidas, en el año 1955, de las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, las cuales fueron aprobadas por el consejo de la ONU el 31 de julio de 1957.

Estas Reglas han sufrido algunas modificaciones¹⁵⁷, sin embargo su esencia se mantiene íntegra desde la fecha de su redacción, siendo el primer y principal eje transformador de los sistemas penitenciarios en cuanto ser fruto de una organización internacional que convoca a un gran número de países, incluido el nuestro.

El texto se divide en dos partes. La primera contiene reglas de aplicación general y la segunda reglas especiales aplicables a determinadas categorías de sujetos privados de libertad.

Debemos señalar que sin bien, la resolución expuesta no constituye un pacto vinculante, tampoco consiste en una simple declaración humanitaria respecto de los derechos humanos de los privados de libertad. Lo anterior tiene su asidero fundamental en la primera y tercera observación preliminar, según lo veremos a continuación, además de consagrar en el ámbito de los penitenciario, diversos derechos y garantías que si se encuentran consagrados en pacto de carácter vinculante.

El documento se inicia con observaciones preliminares en las cuales se señala el objeto de las Reglas, el que “no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.” El hecho de que este instrumento señale que su finalidad no es la de describir un sistema penitenciario modelo, apoya la tesis de que estas reglas tienen cierto carácter obligatorio.

adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho consagrado en el art. 14.1. Pero en cuanto tales medidas restrinjan un derecho reconocido por la Convención, será necesaria la existencia de una ley formal.”

¹⁵⁷ EJ: Resolución 2076,62 U.N., 13 de mayo de 1977.

En estas mismas observaciones se reconocen la diversidad de condiciones jurídicas, económicas, sociales y geográficas existente en el mundo, lo que puede dificultar a los países a aplicar en su integridad el texto, sin embargo se resalta que a pesar de las dificultades, las naciones deben perseverar en un esfuerzo constante para superar todo inconveniente y aplicar las reglas que en su conjunto son “las condiciones mínimas admitidas por las naciones unidas”. Estas condiciones, se sustentan en otros tratados y pactos de carácter vinculante que han sido signados por los Estados Partes de la ONU.

Por último, se señala que las reglas no importan un estancamiento al progreso y labor científica, por lo que se dispone que no se excluyen las posibilidades de experiencias y prácticas nuevas en materia penitenciaria, siempre que éstas se ajusten a los principios y propósitos que se desprenden del texto. La excepcionalidad y justificación establecida en relación con las experiencias y prácticas mencionadas, apoyan las consideraciones de obligatoriedad de este texto. Por último, al final de esta misma observación se dispone que: “Con ese espíritu, la administración penitenciaria central podrá siempre autorizar cualquier excepción a las reglas.”

a) Reglas de aplicación general.

La primera parte de este instrumento, contiene reglas de aplicación general, las cuales se refieren a la administración general de los establecimientos penitenciarios y se establece que son aplicables a toda clase de reclusos (civiles, criminales, en prisión preventiva o condenados, sujetos a medidas de seguridad), incluso son aplicables a los establecimientos para delincuentes juveniles, los cuales están excluidos de la aplicación de las reglas señaladas en la segunda parte.

Este primer grupo de normas se inicia con un principio fundamental, el de no-discriminación, que consiste en que las reglas deben ser aplicadas imparcialmente, prohibiéndose la discriminación arbitraria por razones de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. Por otra parte se enfatiza el respeto a la individualidad del privado de libertad en lo que respecta a sus creencias religiosas y morales.

Las primeras disposiciones de las reglas de aplicación general dicen relación con la organización de los establecimientos penitenciarios.

En el artículo 7, se exponen normas respecto del registro que deben llevar los establecimientos penitenciarios, en el que mínimamente debe existir una constancia de la identidad del recluso, de los motivos de su detención y el día y la hora de su ingreso y egreso, de modo de evitar ignorancia respecto de las personas que ingresen al recinto e inexactitudes respecto del tiempo que han estado reclusos. Lo dispuesto implica una consagración de mecanismos mínimos de control de legalidad respecto de la orden, motivos y duración de la privación de libertad.

La regla 8, consagra el principio de clasificación penitenciaria, disponiendo la separación material, ya sea en establecimientos distintos o secciones distintas de un mismo recinto de: los hombres y de las mujeres; de los detenidos en prisión preventiva de los condenados; de los presos por deudas o infracciones civiles de los presos por infracciones penales; y de los jóvenes de los adultos.

En relación con los locales destinados a los reclusos, se establece un sistema de aislamiento celular nocturno y sólo en caso excepcional, cuando exista exceso

temporal de población penitenciaria, la administración del penal podría alojar a dos reclusos en cada cuarto individual.

Se dispone también que cuando se trate de dormitorios, estos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones y por la noche deberá existir una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate. Se recalca en esta regla nuevamente el principio de clasificación.

En todo caso, debería considerarse que en la aplicación de la vigilancia, ésta debería ser la estrictamente necesaria, guardando lo más posible de interrumpir el sueño o descanso de los internos, en consideración a su integridad síquica, debiendo equilibrarse la seguridad brindada con la necesidad de un debido reposo del recluso.

Con relación al acondicionamiento de lugares destinados a los reclusos y en especial de los dormitorios o celdas donde pernocten, éstas deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación. Esta regla, consagra una solución a una de las cuestiones más serias y persistentes en las prisiones, cual es el deplorable estado de las condiciones de salubridad existentes en estos, lo que redundará en enfermedades tanto físicas como mentales, o simplemente en el desmedro de la integridad física o síquica de los penados. Incluso, en la regla 11 se expone ciertas características mínimas, respecto de la construcción de los lugares donde el preso deberá trabajar o vivir, como el acceso a la luz natural y a la suficiente luz artificial, la adecuación de las instalaciones sanitarias de modo que permitan a los reclusos satisfacer sus necesidades en el momento oportuno, la existencia de duchas adecuadas al clima etc. Siempre enfatizando que toda instalación o local deberá encontrarse limpio y en un debido estado.

En las reglas 15 a 21, se continúa con la idea del mantenimiento de condiciones higiénicas y salubres básicas, de alimentación, vestuario y actividad física, de modo evitar las nefastas experiencias penitenciarias que describía HOWARD. Se enfatiza en la obligación de toda administración penitenciaria en establecer las condiciones mínimas para que un ser humano pueda vivir (Ej.: entrega de vestuario, utensilios higiénicos etc.), las cuales en no pueden ser satisfechas por los reclusos, debiendo el Estado asumir su compromiso social.

Los servicios médicos, son regulados en las reglas 22 al 26.

Se consagra el principio general de que deben organizarse estos servicios en íntima relación con los servicios sanitarios de la comunidad o de la Nación.

Se dispone también, la obligación de que cada establecimiento penitenciario cuente, a lo menos, con los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos.

Se estipula también que los recintos carcelarios deberán contar con un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. Respecto de los enfermos que requieran cuidados especiales, los establecimientos están obligados a contar con servicios adecuados. Además deben contar con infraestructura e instrumental, así como también con profesionales, y en caso contrario, trasladar a los reclusos enfermos a un establecimiento penitenciario especializado o a un hospital civil. Los reclusos, también deberán contar con los servicios de un dentista calificado.

Se protege también, en estas normas, a las reclusas embarazadas, las que acaban de dar a luz y las que se encuentran convalecientes. Resulta importante el hecho, que éstas reglas establezcan que en lo posible el parto debe efectuarse en un hospital civil, y caso de que esto no sea factible, omitir en la partida de nacimiento el hecho de nacer en un recinto penitenciario. Lo anterior, se fundamenta en la protección de los derechos del niño, lo que la consideración en estas normas resulta relevante. De conservar las reclusas sus hijos, deberán contar con una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

La regla 24 estipula que “El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.”

En las reglas 25 y 26, se detallan las obligaciones de los médicos de los establecimientos, los cuales deberán velar por la salud física y mental de los reclusos.

En suma, el principio rector en esta materia, consiste en que la administración penitenciaria debe velar por la salud física y mental de los reclusos, disponiendo de todos los medios necesarios, tanto humanos como materiales.

Las disposiciones que regulan el régimen penitenciario, se encuentran contenidas en las reglas 27 a 33.

Como principio general se establece que, el orden y la disciplina se mantendrán con firmeza en los establecimientos penitenciarios. Sin embargo, no se deberá imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común.

Se reconoce también, el principio de legalidad en la determinación de las infracciones disciplinarias, en el carácter y duración de las sanciones y la autoridad competente para pronunciarse respecto de éstas.

En la regla 30, se consagra el “ *non bis in idem* ” o prohibición de sancionar dos veces un mismo acto.

Se establecen también ciertas normas relativas al “debido proceso”, estipulando el derecho de información con relación a la infracción cometida y el derecho a defensa, incluyendo la posibilidad de utilizar un interprete, si fuera necesario y si los medios del establecimiento lo permitiesen.

Se prohíbe en forma absoluta, como sanciones disciplinarias, las penas corporales, de encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante. Las esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerzas no podrán aplicarse como sanciones. Las penas de aislamiento, de reducción de alimentos o cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso, podrán ser impuestas siempre que el médico, después de haber examinado al interno, establezca por escrito que puede soportarlas. El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.

Respecto de los medios de coerción, se señala que no pueden emplearse cadenas ni grillos. Con relación a los otros medios de coerción, sólo podrán ser utilizados como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa, o cuando existan razones de carácter médico. Se acepta, del mismo modo la utilización de medios de coerción cuando sea ordenado por el director del establecimiento penitenciario en caso de que hayan fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros, o produzca daños materiales. En estos casos, el director deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior.

Este instrumento contempla los derechos de los reclusos en las reglas 35 a 45.

En primer lugar se contempla el derecho a la información. Todo recluso tiene derecho a ser informado por escrito, o verbalmente en caso de que sea analfabeto, sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se le haya incluido, sobre las reglas disciplinarias del establecimiento, los medios autorizados para informarse y formular quejas, y cualquiera otro antecedente necesario para conocer sus derechos y obligaciones, que le permita su adaptación a la vida del establecimiento.

Se reconoce, del mismo modo, el derecho a queja de los reclusos, en virtud del cual pueden presentar peticiones o quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle, al inspector de prisiones durante su inspección o a cualquier otro funcionario encargado de inspeccionar sin la intervención de otros reclusos o personal del establecimiento. También, el recluso puede dirigir, “por la vía prescrita sin censura en cuanto al fondo, pero en debida forma, una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente”. La regla 36 N° 4, garantiza el examen, sin demora de toda solicitud o queja, y la respuesta al recluso en su debido tiempo, a menos que sea evidentemente temeraria o desprovista de fundamento.

El contacto con el mundo exterior se encuentra regulado en las reglas 37 a 39, en los cuales se consagra el derecho de los reclusos a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con familiares y amigos, siempre que estos últimos sean

de “buena reputación”¹⁵⁸. Las comunicaciones pueden ser por escrito, mediante correspondencia o por medio de visitas. En el caso de los internos extranjeros, se les brindará las facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares.

El derecho de comunicación con el mundo exterior, comprende también la información de hechos que sean relevantes socialmente. Es por esto, que los reclusos tienen derecho a ser informados, periódicamente, de los acontecimientos más importantes, sea por medios escritos (diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales), sea por medio de emisiones de radiales, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración. Lo anterior tiene relevancia en la praxis penitenciaria no sólo como factor de entretención sino también como vía de hacer menos excluyente a la cárcel de lo que es.

¹⁵⁸ Al no definirse lo que se entiende por “buena reputación”, se deja al ordenamiento interno de cada país y en especial a los reglamentos penitenciarios, la determinación de quiénes pueden acceder a comunicarse con los reclusos, de modo tal que es muy sencillo caer en arbitrariedad. En estos casos, debe primar el principio de no-discriminación arbitraria e ilegal, que por lo demás se consagra como principio fundamental en estas reglas.

La regla 40 se establece la obligación de los establecimientos penitenciarios de contar con una biblioteca, adecuadamente provista para el uso de los reclusos.

La asistencia religiosa, se consagra en las disposiciones 40 y 41. Estas reglas reconocen en forma absoluta el derecho de los reclusos a comunicarse con el representante autorizado de una religión. Del mismo modo debe respetarse la negación por parte del recluso a ser visitado por un representante religioso. Se expresa, que en los casos de que exista un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una misma religión, se podrá nombrar un representante de ese culto. Incluso, si el número de reclusos lo justifica, y las circunstancias lo permiten, dicho representante deberá prestar servicio con carácter continuo ¹⁵⁹.

Se hace referencia en este instrumento, a los objetos pertenecientes a los reclusos al momento de ingresar al recinto carcelario, los cuales deberán ser debidamente inventariados y devueltos íntegros al momento del egreso ¹⁶⁰.

Se obliga, en el artículo 44, al director del establecimiento penitenciario, a informar al cónyuge o pariente más cercano del recluso o a quién éste allá designado previamente, el fallecimiento, enfermedad, accidente grave, o el traslado a un establecimiento para enfermos mentales, del recluso.

El artículo 45 se refiere levemente al traslado de reclusos, de un establecimiento penal a otro, estableciendo por un lado que esta operación deberá efectuarse de modo de protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad, lógicamente con la finalidad de proteger su honra y seguridad personal. Por otro lado, se prohíbe transportar a los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les impongan un sufrimiento físico. Se hace constar en esta norma, que los costos de los traslados, serán de responsabilidad de la administración penitenciaria.

El personal penitenciario, no está exento de regulación en este instrumento. Lo anterior, es clara manifestación, por un lado de los criterios científicos incorporados a la ciencia penitenciaria y la idea de tratamiento penitenciario, y por otro de la labor social de relevancia que implica la resocialización, por lo que el personal penitenciario debe tener tanto una idoneidad técnica, psicológica y moral compatible con la labor a realizar. Además se considera la incorporación de personal especializado como médicos, siquiátras, trabajadores sociales, profesores etc.

El artículo 46 N° 1 dispone que: “La administración penitenciaria escogerá cuidadosamente el personal de todos los grados, puesto que de la integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional de este personal dependerá la buena dirección de los establecimientos penitenciarios”.

Se recalca también, la necesidad de que el personal penitenciario revista la calidad funcionarios penitenciarios profesionales, con remuneraciones adecuadas para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. La calidad de

¹⁵⁹ Como se aprecia, el componente religioso en los sistemas de tratamiento penitenciario, es una constante, que prácticamente no reviste limitaciones, esto en comparación con otros derechos, tanto o más importantes, en jerarquía o como elemento rehabilitador.

¹⁶⁰ El Art. 43 N° 4, de las reglas en estudio señala: “Si el recluso es portador de medicinas o de estupefacientes en el momento de su ingreso, el médico decidirá el uso que deba hacerse de ellos.”

profesionales, es de tal importancia, que estas reglas consideran no sólo formación general previa, sino que también una permanente capacitación.

La labor rehabilitadora de los funcionarios se desprende nítidamente del artículo 48 al señalar que: “Todos los miembros del personal deberán conducirse y cumplir sus funciones en toda circunstancia, de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia benéfica en los reclusos.”

Especial mención, en estas reglas tiene el director del establecimiento el que deberá hallarse debidamente calificado para su función por su carácter, capacidad administrativa, formación adecuada y experiencia en la materia. Además de otras exigencias, debe hablar el mismo idioma que la mayoría de los reclusos. Estos requerimientos se imponen también al subdirector y a la mayoría del personal penitenciario. Lo anterior, ya que resulta imprescindible la comunicación entre lo reclusos y la máxima autoridad del penal, que por lo demás es un derecho según lo vimos la regla N° 36.

Con relación al personal encargado de las reclusas, se establecen reglas especiales. El artículo 53 en su N° 1 dispone que: “En los establecimientos mixtos, la sección de mujeres estará bajo la dirección de un funcionario femenino responsable, que guardará todas las llaves de dicha sección del establecimiento.”. Agrega el N° 2 que: “Ningún funcionario del sexo masculino penetrará en la sección femenina sin ir acompañado de un miembro femenino del personal”. La vigilancia de las internas deberá ser ejercida exclusivamente por funcionarios femeninos. Lo anterior no compete a los médicos, profesores o personal que desempeñen sus funciones profesionales en establecimientos o secciones reservados para mujeres.

El uso de la fuerza y de armas se encuentra regulado en la regla 54.

El uso de la fuerza o de armas, por parte de los funcionarios de los recintos penales se encuentra prohibida, salvo en los casos de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos. Se debe considerar que las dos últimas excepciones son bastantes amplias, pudiendo amparar conductas altamente lesivas. En todo caso, este artículo se complementa con requerimiento de estricta necesidad en el empleo de la fuerza y en la comunicación inmediata de circunstancia al director del establecimiento.

El uso de armas de los agentes que desempeñan un servicio en contacto directo con los presos, se encuentra prohibido, salvo en circunstancias especiales¹⁶¹. De todos modos, se dispone que los funcionarios que se encuentren armados deberán ser previamente adiestrado en su manejo.

La primera parte de las reglas finaliza con la regulación de las inspecciones. Estas son visitas que se efectúan a los recintos penales y que constituyen fiscalizaciones al funcionamiento de estos reclusorios. El artículo 55 dispone que: “Inspectores calificados y experimentados, designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios

¹⁶¹ No se aclara expresamente las circunstancias especiales, por lo que habría que remitirse a lo expuesto en el Art. 54 N° 1: “Los funcionarios de los establecimientos no deberán, en sus relaciones con los reclusos, recurrir a la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos...” Lo que nos lleva a la misma conclusión expuesta, esto que las dos últimas excepciones son extremadamente permisivas respecto de circunstancias que claramente pueden afectar una serie de derechos fundamentales de los reclusos.

penitenciarios. Velarán en particular por que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales”.

b) Reglas aplicables a categorías especiales de reclusos.

Las categorías especiales que considera esta segunda parte son: condenados; alienados o enfermos mentales; presos preventivos; sentenciados por deudas o a prisión civil; reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra.

Condenados:

Las reglas 56 a 81 se ocupan de los condenados a penas privativas de libertad. Son estas, las reglas que revisten especial importancia para tratamiento de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Estas reglas pretenden enumerar una serie de principios, con la finalidad de definir el espíritu, conforme al cual, deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender.

La regla 57 nos entrega un principio fundamental, que además implica una reconocimiento de la pena privativa de libertad como una “aflicción”. De este modo el artículo 57 dispone que: “La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.”

El fin y la justificación de las penas privativas de libertad, son reconocidos en este instrumento, disponiendo en la regla 58 que: “El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.”

162

Para lograr la finalidad impuesta, estas reglas reconocen como fundamental el régimen penitenciario y el tratamiento impuesto. Así el artículo 59 dispone que “Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”. Se reconoce de esta forma el tratamiento individual del penado, como método resocializador.

Complementa estas ideas la regla 60 N° 2¹⁶³, la cual establece un régimen progresivo de tratamiento penitenciario.¹⁶⁴

¹⁶² Se desprende claramente las concepciones preventivo especial y generales en esta regla.

¹⁶³ La Regla 60 N° 2 dispone que: “Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o

El objeto del tratamiento penitenciario, se expresa en la regla 65 disponiendo que “El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.”¹⁶⁵

Para lograr el fin impuesto, se recalca nuevamente, en la regla 66 la necesidad de asistencia religiosa, moral y asesoramiento social y laboral.

El tratamiento penitenciario debe ser individual, considerando el “pasado social y criminal, su capacidad y aptitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación”, del recluso.

Se establece la obligación de llevar informes y documentos, señalando los antecedentes judiciales, sociales, psicológicos, físicos y lo demás que sean pertinentes, de modo de brindar los antecedentes necesarios para un estudio de la personalidad del delincuente y por ende un mejor tratamiento rehabilitador.

Continuando con la idea de tratamiento resocializador, la regla 62 nos entrega una controversial norma, al disponer que “Los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del recluso. Para lograr este fin deberá aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario”. Lo anterior se condice con las ideas de tratamiento individual, sin embargo esta regla entrega un amplio margen de acción a la administración penitenciaria para efectuar cualquier “tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario”, obviando la voluntad del sujeto privado de libertad y permitiendo favorecer tratamientos abusivos.

Los efectos nocivos de la prisionización son considerados en estas reglas estableciendo como principio que todo régimen penitenciario “debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona”. (Regla 60 N°1)¹⁶⁶. Se intenta evitar la exclusión del recluso de la sociedad, estableciéndose, en la regla 61 que “el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella.” Para lograr esta labor, se insta a recurrir a la comunidad y sus organismos. Se sugiere también que “deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los

mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.”

¹⁶⁴ En estos artículos se aprecia la influencia de la corriente penitenciaria, al consagrar el régimen progresivo y el tratamiento individual como factores fundamentales de la rehabilitación del delincuente.

¹⁶⁵ Los objetivos expuestos son consecuencias de los postulados de las doctrinas de prevención especial.

¹⁶⁶ Es común que se produzca en los sujetos condenados a penas privativas de libertad de larga duración un efecto de infantilización, debido fundamentalmente a la carencia de responsabilidades y alejamiento de la realidad.

beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos.”¹⁶⁷

Se consagra, en estas Reglas el principio de clasificación, derivado de los postulados de HOWARD. Esto permite que se efectúe un tratamiento individualizado, al igual que evitar un eventual contagio criminógeno.

La regla 63 establece que los principios de individualización requieren un sistema flexible de clasificación en grupos de recluso.

La clasificación e individualización, es tratada especialmente en las reglas 67 a 69. Se establece que los fines de la clasificación son:

Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejerzan una influencia nociva sobre los compañeros de detención¹⁶⁸ ;

Facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social.

La regla 68, establece la separación de los internos secciones o establecimientos distintos, siempre en la medida de lo posible.

La regla 69 continúa con la idea de estudio de la personalidad del sujeto privado de libertad y su tratamiento individual.¹⁶⁹

Los privilegios penitenciarios se establecen en la regla 70, la cual encuentra su justificación en el establecimiento de un régimen progresivo como el óptimo para lograr la resocialización del condenado, principio que se reitera en este instrumento internacional. Esta regla dispone que: “En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe a su tratamiento”.

Se regula de manera bastante extensa, en comparación con otros temas, el trabajo penitenciario.

Se establece en el N° 1 de la regla 71 que “el trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo” y en número siguiente se consagra la obligatoriedad del trabajo penitenciario, con la limitación de que debe estar acorde con las aptitudes físicas y mentales del recluso, según lo determinado por el médico.

El N° 6 de esta regla establece algún grado de libertad de trabajo al señalar que: “Dentro de los límites compatibles con una selección profesional racional y con las exigencias de la administración y la disciplina penitenciarias, los reclusos podrán escoger la clase de trabajo que deseen realizar”.

¹⁶⁷ Debe considerarse que la exclusión de los reclusos del ejercicio de derechos civiles y políticos, al igual que aquellos que dicen relación con la seguridad social, contribuyen a la separación del sujeto privado de libertad de la sociedad, al impedir la asunción de responsabilidades cívicas, lo cual se acrecienta enormemente en la etapa post-penitenciaria. Respecto de la seguridad social, debe considerarse también que sus limitaciones perjudican tanto al reo como a su familia.

¹⁶⁸ Se intenta evitar al máximo el contagio criminógeno existente en los recintos penitenciarios, lo cual atenta contra la prevención especial establecida como principio en esta Reglas.

¹⁶⁹ La regla 69 del instrumento en estudio dispone: “Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones.”

El trabajo, según lo dispuesto en el N° 3 de la regla 71, deberá ser productivo y suficiente para mantener ocupados a los presos durante una jornada laboral.

El trabajo penitenciario, debe verse complementado con una capacitación (Regla 71 N° 5).

La finalidad resocializadora se manifiesta en la regla 71 N° 4 al disponer que “En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación.”

Esta finalidad también se reconoce en la regla 72 N° 1, la cual señala que “La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre.”

En atención, a todo lo visto, la regla 72 N° 2, pues dispone que “el interés de los reclusos y de su formación profesional no deberán quedar subordinados al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria.”

Es de relevancia, dentro del tema del trabajo penitenciario la regla 73, la cual establece que “las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la administración y no por contratistas privados” y en el caso que “los reclusos se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario”.¹⁷⁰

El principio de protección de la integridad física y síquica de los reclusos, por parte de la administración penitenciaria, tiene su reconocimiento en materia laboral, en la regla 74. Esta regla además intenta asimilar las relaciones laborales intra-penitenciarias a las extra-penitenciarias, sin obligar a una igualdad absoluta con el estatuto laboral de las personas en libertad. Es así como se dispone en el número 2 de esta regla que “En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres.” En el numerando segundo se establece que la administración deberá establecer un sistema de indemnizaciones, similar al de los trabajadores libres, en caso de accidentes o enfermedades laborales.

El intento por una asimilación del sistema laboral extra-penitenciario, se refleja en las horas de trabajo y tiempos de descanso, al pretender que la regulación de trabajo penitenciaria tenga en cuenta la legislación laboral general.

En relación de con las remuneraciones, se establece un principio de remuneración equitativa. Por otra parte, los reclusos tendrán derecho a aprovechar en su uso personal o en su familia, parte de las remuneraciones recibidas. El reglamento deberá prever un fondo de reserva, constituido por parte de las remuneraciones del condenado, de modo que este disponga de dinero al egresar de la cárcel.

La instrucción y el recreo, tienen cabida en las reglas 77 y 78.

¹⁷⁰ Se considera de importancia esta regla, ya que establece como principio que la vigilancia de los reclusos quede a cargo de la administración penitenciaria en todo momento, y no al arbitrio de particulares, quienes podrían incurrir en conductas no aceptadas por los tratados internacionales y la legislación interna, al tener como finalidad el lucro y no la resocialización del individuo, como le corresponde a la administración penitenciaria.

Se estima que la administración deberá tomar medidas para instruir a los penados, incluso religiosamente. La instrucción, de aquellos reclusos jóvenes y analfabetos será obligatoria (regla 77). Por otra parte, deberán organizarse actividades recreacionales, con miras al bienestar físico y mental de los reclusos.

Por último, estas Reglas se refieren al tratamiento post-penitenciario.

La regla 64 establece como principio que “El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso”. Debido a que el tratamiento de los reclusos no termina con el cumplimiento de la condena impuesta por el tribunal es que se señala que “se deberá disponer... de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post-penitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad.”

Se consagra también, la concepción de que toda labor penitenciaria tiene como finalidad la rehabilitación del sujeto en las reglas 79 a 81 y que, por ende los frutos de verán al momento en que el penado salga en libertad, por lo que deberá existir una red de apoyo para evitar su reincidencia delictual. La red de apoyo, estaría compuesta en primer lugar por la familia, por lo que hace indispensable que la administración vele por el mantenimiento de las relaciones familiares, y en segundo lugar por la sociedad, por lo que la administración debe procurar que el recluso mantenga vinculación con algún organismo social, oficial o no, que facilite su efectiva reinserción social.

Alienados o enfermos mentales.

La regulación de los alienados o enfermos mentales, se efectúa en las reglas 82 y 83.

Esencialmente, estas reglas consagran que los alienados (reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales) no deberán ser recluidos en prisiones, sino en instituciones especializadas para enfermos mentales. Mientras, los alienados estén en prisión, deberán estar “bajo la vigilancia especializada de un médico” (Regla 82 N° 3).

La regla 82 N° 4 impone la obligación al servicio médico y psiquiátrico del establecimiento penitenciario, de asegurar el tratamiento psiquiátrico de los reclusos que lo requieran.

Por último, se recomienda que en caso necesario, se continúe con el tratamiento psiquiátrico, después de la liberación del recluso, asegurando una asistencia social post-penitenciaria de carácter psiquiátrico.

Presos preventivos.

El tratamiento de los presos preventivos no es objeto de esta memoria, ya que su privación de libertad no es consecuencia de una pena impuesta por una sentencia. Sin embargo señalaremos que esta materia se encuentra regulada en las reglas 84 a 93.

Estas reglas se refieren al tratamiento del acusado privado de libertad. Se entiende por “acusado”, a toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada.

Sentenciados por deudas o a prisión civil.

La regla 94 se refiere a los casos, en que las legislaciones admiten “la prisión por deudas u otras formas de prisión dispuestas por decisión judicial como consecuencia de un procedimiento no penal”.

Para estos casos, se dispone que los “sentenciados no serán sometidos a mayores restricciones ni tratados con más severidad que la requerida para la seguridad y el mantenimiento del orden.”

Por último se establece que “el trato que se les dé no será en ningún caso más severo que el que corresponda a los acusados a reserva, sin embargo, de la obligación eventual de trabajar.”

Reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra.

La última regla regula el caso de los privados de libertad sin que existan cargos en su contra, señalando esta circunstancia, sin perjuicio de lo previsto en el art. 9 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷¹, que consagra el principio de libertad y prohíbe estos tipos de prácticas.

Esencialmente, esta regla hace aplicables, a los privados en libertad sin existir cargos en su contra, las protecciones contenidas en la primera parte de las Reglas Mínimas y en la sección C de la segunda parte (disposiciones aplicables a los “acusados”). También les podrán ser aplicadas las reglas contenidas en la sección A de la segunda parte (Reglas aplicables a los condenados), “siempre que esta aplicación pueda redundar en beneficio de este grupo especial de personas bajo custodia”.

Se considera que no se deben aplicar medidas que impliquen la reeducación o la rehabilitación, ya que estas no proceden en forma alguna respecto de personas no condenadas por un delito penal.¹⁷²

Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

¹⁷¹ El Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “1.-Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2.-Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3.-Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4.-Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5.-Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

¹⁷² La finalidad de la rehabilitación es que el condenado pueda reinsertarse en la sociedad y no reincida en la delincuencia. Las medidas para obtener esta finalidad resultan inaplicables en quienes no se tiene la certeza de que han cometido un delito y que por ende no se han apartado de la sociedad o de la norma penal. Lo anterior, sin olvidar que dichas medidas muchas veces implican la vulneración de ciertos derechos justificados por la rehabilitación. Sin esa justificación jurídica y acorde con el bien común, aquellas vulneraciones sólo resultarían ser contravenciones a nuestra propia legalidad.

El “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, en adelante “Conjunto de Principios” fue adoptado por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.¹⁷³

La importancia de este texto radica en ser una compilación sistemática de normas de carácter internacional, destinadas a evitar las privaciones de libertad arbitrarias, las prácticas de tortura y en general los malos tratos, a los que se ven sometidos los detenidos o reclusos, con mayor facilidad que el resto de la población.

Se señala en este documento que “los presentes principios tienen por objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, por lo que son aplicables tanto a los privados de libertad por la justicia civil, como la penal, así mismo que los detenidos o lo condenados y en general a todos los que por un acto de autoridad se les haya privado de su libertad ambulatoria.

Terminología.

Se inician estos Principios con las definiciones de términos de relevancia para la comprensión y uso de este instrumento.

Se definen las siguientes palabras:

Por “arresto” se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad.

Por “persona detenida” se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito.

Por “persona presa” se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito.

Por “detención” se entiende la condición de las personas detenidas.

Por “prisión” se entiende la condición de las personas presas.

Por “un juez u otra autoridad” se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.

b) Principios generales.

Como primer principio general, se establece la humanización en el tratamiento de los privados de libertad y el respeto de a su dignidad.

El principio 3 complementa al anterior al disponer que: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.”

Los principios 2 y 4 consagran el principio de legalidad. Se establece, que todo arresto, detención o prisión sólo podrá llevarse a cabo “en estricto cumplimiento de

¹⁷³ La iniciativa de elaborar este documento, surge en el seno de la Asamblea General de la ONU, y se manifestó en la resolución 35/177, de 15 de diciembre de 1980.

la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.” (Principio 2).

En el principio 4 se enfatiza esta idea y amplía la actuación del principio de legalidad a “todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” las cuales deberán ser ordenadas por “por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.”¹⁷⁴

El principio 5 N° 1, consagra la garantía de no-discriminación en la aplicación de este “Conjunto de principios”.

El numerando 2 consagra que “las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”. De todos modos, se especifica que “la necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad”.

El principio 6 prohíbe en forma absoluta todo acto de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

c) Obligaciones de los Estados y comunicación de las infracciones de los principios contenidos en el “Conjunto de principios”.

Se obliga a los Estados, en el Principio 7 N° 1, a “prohibir por ley todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en los presentes principios” y a “someter todos esos actos a las sanciones procedentes y realizar investigaciones imparciales de las denuncias al respecto”.

El número 2 del principio en estudio, impone la obligación a los funcionarios de comunicar a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas, “cuando tengan razones para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios.”

Se otorga también el derecho a “Toda otra persona que tenga motivos para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios” para comunicar “el asunto a los superiores de los funcionarios involucrados, así como a otras autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas”¹⁷⁵(Principio 7 N° 3).

d) Derechos fundamentales y garantías de las personas privadas de libertad en virtud de una sentencia firme.

¹⁷⁴ Cabe hacer notar que, si bien este instrumento internacional implica un avance en materia de derechos humanos de los privados de libertad, aun se permite que autoridades no jurisdiccionales afecten derechos esenciales. Es un avance, de todos modos, que se considere la fiscalización judicial, aunque debería considerarse ésta un requisito mínimo.

¹⁷⁵ Debido a que no puede imponer la carga de “comunicar” estos hechos ilícitos a las autoridades, a las personas que no cumplan funciones públicas, es que el texto opta por la vía de conceder la denuncia como un derecho. Sin embargo, hubiese sido recomendable una garantía que permita el libre ejercicio de este derecho.

El principio 13, establece la obligación de las autoridades responsables de la prisión de una persona a informarle y explicarle, al comienzo del periodo de privación de libertad o “poco después”, sobre todos sus derechos y formas de ejercerlos”. En caso de que el “preso” no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades penitenciarias “... tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda...” la información a que se refiere el principio 13 (Principio 14).

El principio 15 consagra el derecho de toda persona “presa” a que no se le mantenga incomunicada, por más de algunos días, con el mundo exterior, especialmente con su familia o su abogado.

El Principio 16 N° 1 consagra el derecho que tiene toda persona “presa” a notificar a sus familiares respecto del lugar en que se encuentra recluida.

En caso de que el condenado sea extranjero, debe ser informado “prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo” (Principio 16 N° 2).

Si la persona presa “es un menor o una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, la autoridad competente se encargará por iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial porque los padres o tutores sean notificados” (Principio 16 N° 3).

El derecho de toda persona presa a comunicarse y consultar con su abogado se reconoce en el Principio 18. En los Ns.° 1 y 2 de este principio se establece el derecho del condenado a comunicarse con su abogado y a disponer de tiempo y medios para consultarlo. Este derecho implica que la comunicación y consulta con el abogado debe efectuarse “sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad”, y sólo podrá suspenderse o restringirse en circunstancias excepcionales “que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden” (N° 3). La idea de confidencialidad, se encuentra presente también en el N° 4, al disponer que estas entrevistas “podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación”.

Por último el N° 5, establece que las comunicaciones entre una persona presa y su abogado “no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.”

El derecho de visita, especialmente de los familiares y la correspondencia con éstos, y en general la comunicación con el mundo exterior, se reconoce en el principio 19, al igual que la sujeción de este derecho a las “las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho”.

Se reconoce como derecho el cumplir la condena en un establecimiento penitenciario “situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”. (Principio 20)

El principio 21, consagra la prohibición de abusar de la “situación” de una persona presa para “obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona”(N° 1).

Se prohíbe expresamente y forma absoluta que una persona presa sea sometida a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud. En este caso no es válido el consentimiento de la persona.

El principio 23 establece derechos y garantías respecto de los interrogatorios. En el numerando primero, se establece que deberán ser consignadas “en registros y certificadas en la forma prescrita por ley” la duración del interrogatorio y de los intervalos existentes, la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes. En su numerando segundo, se reconoce el derecho de la persona presa y sometida a un interrogatorio o abogado a tener acceso, “cuando lo disponga la ley” a la información antes descrita.

Los principios 24, 25 y 26 se refieren a los exámenes médicos que deben efectuarse a los reclusos.

El primer principio mencionado consagra el derecho a que se le ofrezca al preso, un examen y tratamiento médico apropiado en el momento del ingreso a la prisión y durante el cumplimiento de la condena.

El principio 25, establece el derecho de la persona detenida o presa o su abogado, con sujeción únicamente a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión, solicitar a al juez u otra autoridad para que se efectúe un segundo examen médico o una segunda opinión médica.

El último principio mencionado establece que debe quedar “debida” constancia en los registros del hecho que una persona presa “ha sido sometida a un examen médico, del nombre del médico y de los resultados de dicho examen”. Se garantiza también el acceso a esos registros.

Una manifestación del derecho de educación y al acceso a la cultura se manifiesta en el principio 28 que establece el Derecho a obtener “dentro de los límites de los recursos disponibles si se trata de fuentes públicas, cantidades razonables de materiales educacionales, culturales y de información, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión.”

La inspección se establece en el principio 29 al disponer que “A fin de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, los lugares de detención serán visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta de la autoridad directamente encargada de la administración del lugar de detención o prisión, y dependientes de esa autoridad.”

Se establece también, la libertad de comunicación de las personas presas con los inspectores, garantizándose la confidencialidad.

El principio 30 se ocupa de la materia disciplinaria. Se establece el principio de legalidad en relación con las sanciones y régimen disciplinario en los establecimientos penitenciarios (N° 1). Se les reconoce a los privados de libertad el derecho de ser oídos antes de que se tomen medidas disciplinarias y a recurrir a autoridades superiores (N° 2).

La protección de la familia y de los menores de edad se reconoce en el principio 31, al establecer que las autoridades competentes procuren asegurar,

“de conformidad con el derecho interno y cuando se necesite, la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a los menores.”

Por último, se consagra el derecho de los presos a formular peticiones y presentar recursos por el trato que éste haya sufrido, especialmente, en caso de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (Principio 33 N° 1). Este derecho puede ser ejercido tanto por el preso como por un familiar u “otra persona que tenga conocimiento de su caso cuando ni la persona presa ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos.”(Principio 33 N° 3).

e) Cláusula general.

Al final del documento, se establece una cláusula general la cual dispone que “Ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de Principios se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

18.3. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.

Los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos” fueron adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990.

Como su nombre lo indica, establece un catálogo de 10 principios, de carácter civil, económico y social, que deben considerarse esenciales el tratamiento de los reclusos.

Los principios mencionados, son lo que pasaremos a señalar a continuación:

Principio de humanización en el tratamiento de los reclusos.

Principio de no-discriminación.

Libertad de conciencia.

Las funciones del personal encargado de las cárceles (custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito) deben cumplirse de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado y con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad.

Todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en instrumentos de las Naciones Unidas ¹⁷⁶, con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento.

Derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.

Intención de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria.

Incentivo al trabajo remunerado como medio rehabilitación y como forma que el recluso contribuya al sustento económico de su familia y al suyo propio.

¹⁷⁶ En este principio se hace especial referencia a los derechos y garantías contenidos en la DUDH, en el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

Acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.

Creación de condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad.

En el principio 11, se señala que “Los principios que anteceden serán aplicados en forma imparcial”.

Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing".

Las denominadas “Reglas de Beijing”, fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Principios generales.

Las "Reglas de Beijing", se inician con una serie de orientaciones generales. Estas orientaciones, como lo señala el comentario que finaliza la regla 1, “se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.” Es entonces la finalidad esencial de estas medidas, el prevenir en surgimiento de una vida delictual en los menores, ya sea por medio de una intensa actividad estatal como también por medio de una activa participación de grupos intermedios involucrados en el desarrollo del menor.

Las orientaciones fundamentales expuestas son las siguientes:

Promoción del bienestar del menor y de su familia, por parte de los Estados Miembros. (Regla 1.1)

Reconocimiento del estado de vulnerabilidad del menor y la necesidad de procurarle un desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible. (Regla 1.2)

Promoción de la intervención de la familia y grupos de carácter comunitario en el tratamiento del menor que tenga problemas con la ley. (Regla 1.3)

Concepción de la justicia de menores como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y el deber de que sea administrada en el marco general de justicia social para todos los menores. (Regla 1.4)

Las presentes Reglas se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los Estados Miembros. (Regla 1.5)

Perfeccionamiento de los servicios de justicia de menores y capacitación de los funcionarios a cargo. (Regla 1.6)

En primer lugar se expresa en la regla 2.1, el principio de no-discriminación en la aplicación de estas reglas.

La regla 2.2 dispone que “Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus

respectivos sistemas y conceptos jurídicos.” Las definiciones dispuestas en las “Reglas de Beijing” son las siguientes:

Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; (Regla 2.2.a).

Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; (Regla 2.2.b).

Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito. (Regla 2.2.c).

La regla 2.3 establece la necesidad de que los Estados Miembros procuren tener una legislación interna que se especialice en menores delincuentes y órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores. Tanto la legislación interna como los órganos e instituciones propuestos deben tener por objeto:

Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; (Regla 2.3.a).

Satisfacer las necesidades de la sociedad; (Regla 2.3.b)

Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación. (Regla 2.3.c).

Se establece en el comentario que precede a la regla mencionada, que éstas han sido formuladas “deliberadamente de manera que sean aplicables en diferentes sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, establezcan algunas normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes con arreglo a cualquier definición de la noción de joven y a cualquier sistema de tratamiento de los menores delincuentes.” Se destaca también la importancia de que estas Reglas “se apliquen siempre con imparcialidad y sin distinción alguna”, exponiendo que la formación de éstas responde al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño.¹⁷⁷

El comentario señalado agrega que: “corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de “menor” se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas”.

En la tercera Regla, se establece la ampliación de ámbito de aplicación, señalado que estas Reglas y los principios contenidos en ellas son aplicables también a:

Los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos. (Regla 3.1);

Los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar (regla 3.2);

¹⁷⁷ El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (Proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959) reconoce: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Al procesamiento de los delincuentes adultos jóvenes, aunque en este caso la aplicación de las Reglas dependerá de las disposiciones pertinentes sobre la mayoría de edad (regla 3.3).

La mayoría de edad penal se trata en la regla 4, estableciéndose que “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. En el comentario precedente, se intenta explicar someramente la importancia de la determinación de la mayoría de edad penal y los factores que debe influir en ésta, señalado: “La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional.”

La regla 5 establece cuales deben ser los objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo y más importante deberá ser “el bienestar del menor”. El segundo objetivo establece el principio de proporcionalidad y adecuación en la reacción penal respecto de los menores delincuentes. De este modo se señala en el Comentario referente a estas reglas que “La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil). Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.”

La regla 6 considera como necesario proveer de facultades discrecionales y garantizar el ejercicio de éstas, a quienes intervengan en las distintas etapas del juzgamiento de un menor. Esto, con motivo de adecuar los procesos y las medidas que afecten menor, a sus especiales necesidades. Se expresa en la regla 6.3 que “Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”.

La regla 8 garantiza la protección de la intimidad del menor en toda las etapa del proceso.

Se establecen “cláusulas de salvedad” en la regla 9, tendientes a “evitar todo equívoco en lo tocante a la interpretación y aplicación de las presentes Reglas en consonancia con los principios contenidos en los instrumentos y normas internacionales pertinentes -vigentes o en desarrollo- relativos a los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño y el proyecto de convención sobre los derechos del niño.”(Comentario). De este modo se dispone que “Ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.”(Regla 9.1). En el comentario se agrega que, la aplicación de estas reglas no excluye el cumplimiento de otros instrumentos internacionales que contengan disposiciones de aplicación más amplia.

b) De la sentencia y resolución.

La necesidad de que las resoluciones judiciales tengan en consideración las circunstancias especiales del menor tiene cabida en la regla 16, al disponer los informes sobre investigaciones sociales, de modo de facilitar una decisión justa que tienda a proteger mejor los derechos al menor.

La regla 17 consagra los principios rectores de la sentencia y la resolución, así la autoridad competente debe ajustar, al fallar, a los siguientes principios:

La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad (Regla 17.1.a);

Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible(Regla 17.1.b);

Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada (Regla 17.1.c);

En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor. (Regla 17.1.d)

La regla 17 prohíbe en forma absoluta que los delitos cometidos por menores sean sancionados con penas corporales (Reglas 17.2 y 3). Por último señala que “La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento” (Regla 17.4).

El Comentario de la regla 17 expone que: “El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes:

Rehabilitación frente a justo merecido;

Asistencia frente a represión y castigo;

Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general;

Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.”

Los conflictos entre estas opciones son más acusados en los casos de menores que en los casos de adultos. Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas.

No incumbe a las presentes “Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores prescribir” el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17.1, especialmente en los incisos a y c, deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad.

El inciso b de la regla 17.1 señala que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.”

De este modo, las reglas enfatizan en el uso de medidas sustitutorias a la pena privativa de libertad evitando así el ingreso de los menores a un establecimiento penitenciario. Toda resolución judicial debe tener como imperativo las necesidades concretas de los menores delincuentes.

La regla 18 sugiere medidas resolutorias aplicables por las autoridades competentes de modo de evitar el encarcelamiento de los menores delincuentes. La regla 18.1 dispone que: “Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión;

Libertad vigilada;

Ordenes de prestación de servicios a la comunidad;

Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;

Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;

Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;

Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;

Otras órdenes pertinentes.

El carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios de los menores delincuentes se establece concretamente como principio en la regla 19 al disponer: “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”. Al respecto el Comentario de esta regla, expresa las razones por las cuales se establece

esta excepcionalidad en la prisión de los menores como principio en esta materia, estableciendo que “Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.” De ésta forma, la regla en comento pretende “restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad (“último recurso”) y en tiempo (“el más breve plazo posible”).” Es así como se postula que existiendo una respuesta alternativa y adecuada a la privación de libertad, la autoridad competente debe velar por que sea impuesta.

La protección a la intimidad del menor tiene otra forma de resguardo en la regla 21 al disponer la confidencialidad de los registros y archivos existentes en un proceso (Regla 21.1). Se establece además que “Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.” (Reglas 21.2)

En la regla 20 se establece la necesidad de que el personal encargado de administrar justicia a los menores se encuentra capacitado y especializado para realizar tal labor con menores de edad.

c) Tratamiento en Establecimientos Penitenciarios.

Los objetivo del tratamiento de menores delincuentes en establecimientos penitenciarios planteados en este documento son los siguientes:

La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad. (Regla 26.1)

Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria - social, educacional, profesional, sicológica, médica y física -que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano. (Regla 26.2)

Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos. (Regla 26.3)

La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo. (Regla 26.4)

En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores. (Regla 26.5)

Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación. (Regla 26.6)

El Comentario de la regla 26 establece que tales objetivos son “aceptables para cualquier sistema o cultura”.

Se declara también, en el Comentario que “La asistencia médica y psicológica, en particular, es extremadamente importante para los toxicómanos confinados en establecimientos, y para los jóvenes violentos y enfermos mentales.”

Del mismo modo, se recalca lo importante de mantener separados a los delincuentes jóvenes de los adultos, para evitar negativos efectos criminógenos en los menores.

Los anteriores objetivos no impiden a los Estados Partes “tomar otras medidas contra la influencia negativa de los delincuentes adultos que sean al menos tan eficaces como las mencionadas en la regla”.

La regla 27 se refiere a la aplicación de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. Se dispone que “En principio, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las recomendaciones conexas serán aplicables en la medida pertinente al tratamiento de los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios, inclusive los que estén en prisión preventiva”(Regla 27.1), en la regla 27.2 que “Con objeto de satisfacer las diversas necesidades del menor específicas a su edad, sexo y personalidad, se procurará aplicar los principios pertinentes de las mencionadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en toda la medida de lo posible”.

Al respecto se debe recordar que en la primera parte de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, en lo que se refiere a las reglas de aplicación general, se dispone que estas son aplicables a toda clase de reclusos incluyendo a los juveniles, no ocurriendo lo mismo respecto de las reglas contenidas en la

178

segunda parte de este documento

La privación de libertad, es entendida en las “Reglas de Beijing”, como excepcional y sólo justificada en los casos en que no quede otra alternativa. Siguiendo este principio, la regla 28 dispone la mayor utilización posible de la libertad condicional. Este planteamiento se sostiene en el Comentario que precede la norma, la cual señala que: “Cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al “buen comportamiento”

¹⁷⁸ Las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” disponen en su regla 5.1: “Estas reglas no están destinadas a determinar la organización de los establecimientos para delincuentes juveniles (establecimientos Borstal, instituciones de reeducación, etc.). No obstante, de un modo general, cabe considerar que la primera parte de las reglas mínimas es aplicable también a esos establecimientos.”

del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc.”.

La última regla de la quinta parte de este documento, reconoce la necesidad de aplicar regímenes progresivos y contar con asistencia post-carcelaria debida, todo con la misión de facilitar la adecuada reintegración de los menores a la sociedad. Además, la regla 29 hace hincapié en la necesidad de establecer una red de mecanismos intermedios e instalaciones y servicios adecuados destinado a satisfacer las necesidades del joven delincuente que vuelve a la comunidad.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Estas Reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

a) Perspectivas fundamentales.

En primer lugar, se establece que el encarcelamiento de menores deberá usarse como último recurso y por el período mínimo necesario, dándosele un carácter de excepcional.

Se reconoce como principio el respeto de los derechos y la seguridad de los menores, al igual que el fomentar su bienestar físico y mental, por parte del sistema de justicia (Art. 1).

El artículo 2 consagra el principio de legalidad en materia de privación de libertad de menores.

El artículo 3 se establece el objeto de estas Reglas mínimas el cual es “establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.” Con relación a lo expuesto, se dispone que las normas contenidas en este instrumento han sido concebidas “para servir de patrones prácticos de referencia y para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participen en la administración del sistema de justicia de menores”. (Art. 5)

Se reconoce el principio de igualdad en la aplicación de estas reglas (Art. 4).

En el artículo 8, se impone a las autoridades competentes la obligación de procurar “sensibilizar constantemente al público sobre el hecho de que el cuidado de los menores detenidos y su preparación para su reintegración en la sociedad constituyen un servicio social”. Debido a la importancia social reconocida, es que además se impone a las autoridades competentes, la obligación de “adoptar medidas eficaces para fomentar los contactos abiertos entre los menores y la comunidad local.”

Por último se establece que “Ninguna de las disposiciones contenidas en las presentes Reglas deberá interpretarse de manera que excluya la aplicación de los instrumentos y normas pertinentes de las Naciones Unidas ni de los referentes a los derechos humanos, reconocidos por la comunidad internacional, que velen mejor por los derechos; la atención y la protección de los menores, de los niños y de todos los jóvenes.”

b) Alcance y aplicación de las Reglas.

El texto contiene algunas definiciones de términos, las cuales deben aplicarse a estas Reglas. Las definiciones son las siguientes:

Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley. (Art. 11.a)

Por privación de libertad se entiende toda forma de detención, encarcelamiento, o internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. (Art. 11.b)

A continuación se disponen derechos y garantías relacionados con la privación de libertad de los menores las cuales pasaremos a enunciar:

La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores.(Art. 12).

Prohibición de negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.(Art. 13)

Protección de los derechos individuales de los menores, especialmente en lo referido a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención. Obligación de garantizar estos derechos por parte de la autoridad competente. Los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención. (Art. 14).

El artículo 15 dispone que “Las presentes Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya menores privados de libertad. Las partes I, II, IV y V de las Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de internamiento en donde haya menores detenidos, en tanto que la parte III se aplica a menores bajo arresto o en espera de juicio”.

Por último, el artículo 16 establece que “ Las Reglas serán aplicadas en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado Miembro”.

c) La administración de los centros de menores.

La letra A de la cuarta Parte de este documento se refiere a los antecedentes del menor, que deben constar en algún informe o expediente en los centros de menores. En este expediente personal del menor deben constar “Todos los informes, incluidos los registros jurídicos y médicos, las actas de las actuaciones disciplinarias, así como todos los demás documentos relacionados con la forma, el contenido y los datos del tratamiento” (Art. 19). El expediente personal deberá ser confidencial (accesible solo a persona autorizadas), actualizado y fácilmente comprensible. Se dispone también que “Siempre que sea posible, todo menor tendrá derecho a impugnar cualquier hecho u opinión que figure en su expediente, de manera que se

puedan rectificar las afirmaciones inexactas, infundadas o injustas. Para el ejercicio de este derecho será necesario establecer procedimientos que permitan a un tercero apropiado tener acceso al expediente y consultarlo, si así lo solicita” (Art. 19). Cuando el menor queda en libertad su expediente personal será cerrado y, en su debido momento, destruido.

En el artículo 21 se establece perentoriamente que “Ningún menor deberá ser admitido en un centro de detención sin una orden válida de una autoridad judicial o administrativa u otra autoridad pública.”

La letra B establece reglas sobre el ingreso, registro, desplazamiento y traslado de lo menores que se encuentren privados de libertad.

Los informes respecto de la situación del personal del menor, deberán ser notificados lo antes posible a los padres y a los tutores del detenido. (Art. 23).

Al momento del ingreso del menor al recinto de detención, se le debe de hacer entrega del reglamento interno del establecimiento y ayudarlo en la comprensión de éste. Al menor, se le debe informar de cuales son las autoridades competentes para recibir sus quejas y cuales son las organizaciones o entidades públicos y privadas que presten asistencia jurídica.(Art s. 24 y 25).

La letra C regula la clasificación y asignación de los menores reclusos en un centro.

La regla 27 determina la obligación de que se efectúen exámenes médico, psicológicos y social, de modo que con el mérito de éstos el director del establecimiento pueda decidir “ el lugar más adecuado para la instalación del menor en el centro y determinar el tipo y nivel necesarios de tratamiento y de programa que deberán aplicarse”. En caso de necesitarse un tratamiento especial de rehabilitación los “funcionarios calificados de la institución deberán preparar un plan de tratamiento individual por escrito en que se especifiquen los objetivos del tratamiento, el plazo y los medios, etapas y fases en que haya que procurar los objetivos”.

Se establece como principio que la detención de los menores “sólo se producirá en condiciones que tengan en cuenta plenamente sus necesidades y situaciones concretas y los requisitos especiales que exijan su edad, personalidad, sexo y tipo de delito, así como su salud física y mental, y que garanticen su protección contra influencias nocivas y situaciones de riesgo”. El criterio utilizado para clasificar a los menores “deberá ser la prestación del tipo de asistencia que mejor se adapte a las necesidades concretas de los interesados y la protección de su bienestar e integridad físicos, mentales y morales”. (Art. 28)

El principio de separación de los menores con los adultos se contiene en la regla 29.

En el artículo 30 se fomenta la creación de centros abiertos para menores, entendiéndose por tales “aquellos donde las medidas de seguridad son escasas o nulas”. Se recomienda que estos centros abiertos sean pequeños y con poca población interna de modo que permita un tratamiento individualizado. La descentralización de los recintos es también requerida con finalidad de facilitar el contacto del menor con sus familiares.

Los artículos 31 a 37 regulan el medio físico donde se desenvolverá el menor privado de libertad y alojamiento de éstos.

Principalmente se consagra el derecho de los menores a contar con locales que “satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana” (Art. 31).

El diseño de los centros de menor debe responder a la finalidad de estos que es “la rehabilitación de los menores en tratamiento de internado, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad del menor de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades de esparcimiento.” (Art. 32). Respecto a la infraestructura, ésta debe ser reducir al mínimo la posibilidad de incendio. De todos modos debe contarse con un sistema de seguridad.(Art. 32)

Se establece como principio en el artículo 35 que la posesión de efectos personales constituye “un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor”. Lo anterior implica el derecho que el menor conserve sus efectos personales y que tenga lugares seguros donde guardarlos. Aquellos efectos que el menor no pueda conservar (Ej: dinero) deberán ser debidamente inventariados, guardados y entregados al menor al momento de su egreso. Respecto de los medicamentos que se encuentren en posesión del menor, es el médico quién determinara su uso y destino.

Los centros de detención deben velar porque los internos vistan de acuerdo al clima y tengan suficientes ropas para mantenerlos con buena salud. En lo posible se debe tratar que los menores utilicen sus mismas ropas. (Art. 36)

La alimentación de los menores se regula en la regla 37 y se señala que esta debe ser adecuada tanto en calidad como en cantidad, satisfaciendo las normas de dietética, higiene y salud, en la medida de lo posible. (Art. 37).

Las reglas 38 a 46 de la letra E, regulan la educación, la formación profesional y el trabajo de los menores internos. Los menores en edad escolar deben recibir clases, y en lo posible en establecimientos de la comunidad de modo que puedan continuar con normalidad sus estudios al egresar del centro. (Art. 38).

Se establece en el artículo 39 el deber de fomentar a los menores que hayan cursado la escolaridad obligatoria, a continuar sus estudios.

La regla 42 establece que “ Todo menor tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo”.

De modo de evitar la estigmatización de los menores se establece que todo diploma educacional que entregue el establecimiento no debe indicar en ningún caso que éstos estuvieron reclusos. (Regla 40)

Las reglas 43 a 46 regulan el trabajo de los menores. Se establece la libre elección de los menores respecto del trabajo a realizar, en consideración a sus habilidades y conocimientos (Art. 43). Todas las normas tanto nacionales como internacionales de protección al trabajador menor de edad deben ser respetadas en los recintos de reclusión para menores (Art. 44). Dentro de lo posible, se debe dar la oportunidad de los menores de trabajar remuneradamente, en el ámbito de la comunidad y en una labor que complemente su capacitación de modo de velar por una mayor reintegración social del menor (Art. 45). Se consagra el derecho de remuneración justa del menor y se prohíbe la subordinación del interés de los menores y de su formación profesional a los intereses del centro o de terceros.(Art. 46)

Se establece la necesidad de actividad física y recreación diaria del menor en favor de su desarrollo físico y mental. (Art. 47)

La religión no queda exenta de regulación en este cuerpo normativo. Se reconoce el respeto y fomento a las diversas creencias religiosas.

Respecto de la atención médica, la letra H, en su regla 49 establece que: “ Todo menor deberá recibir atención médica adecuada, tanto preventiva como correctiva, incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico.” Además todo menor tiene el derecho a ser examinado por un médico antes de su ingreso al establecimiento, “con objeto de hacer constar cualquier prueba de malos tratos anteriores y verificar cualquier estado físico o mental que requiera atención médica”.(Art. 50).

Los artículos 51, 52 y 53, consagran el deber de cuidado de la autoridad respecto de la salud física y síquica del menor.

Las reglas 54 y 55 se refieren a la prevención y rehabilitación de los toxicómanos y alcohólicos.

La familia o el tutor del menor, tienen derecho a ser notificados de cualquier cambio del estado de salud del menor, accidentes y fallecimiento, traslado a un centro médico etc. (Arts. 56, 57 y 58).

Es una constante en este documento, que el contacto con la comunidad es fundamental en la rehabilitación del menor privado de libertad. Los artículos 59 a 62 se ocupan de esta materia. Se establece que el contacto con el mundo exterior (comunidad, familia, amigos) es “ es parte integrante del derecho a un tratamiento justo y humanitario y es indispensable para preparar la reinserción de los menores en la sociedad” (Art. 59). Los artículos 60 y 61 regulan el derecho de visita y comunicación verbal o escrita del menor con sus familiares, estableciendo que éstas deben ser frecuentes y sin restricciones. Las mismas consideraciones se tienen en las comunicaciones con el abogado defensor, lo que forma parte del derecho a defensa. El derecho del menor a informarse, por medio de radios, revista, televisión etc., de los acontecimientos se establece en la regla 62.

Los artículos 63 a 65 de la letra K de este documento imponen limitaciones a la coerción física y al uso de la fuerza en menores que se encuentren recluidos.

El artículo 63 establece que “ Deberá prohibirse el recurso a instrumentos de coerción y a la fuerza con cualquier fin, salvo en los casos establecidos en el artículo 64”.

En el artículo 64, se establece categóricamente que “Sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción en casos excepcionales, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento. Esos instrumentos no deberán causar humillación ni degradación y deberán emplearse de forma restrictiva y sólo por el lapso estrictamente necesario. Por orden del director de la administración, podrán utilizarse esos instrumentos para impedir que el menor lesione a otros o a sí mismo o cause importantes daños materiales. En esos casos, el director deberá consultar inmediatamente al personal médico y otro personal competente e informar a la autoridad administrativa superior”. Por último se prohíbe que el personal de los establecimientos de detención de menores, porte y utilice armas.

Los artículos 66 a 71 regulan el procedimiento disciplinario aplicable a los menores privados de libertad.

Se establece en el artículo 66 que “Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona”. Se prohíben las medidas disciplinarias que constituyan “un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor” o que impliquen “la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares” (Art. 66).

Por último, se hace referencia al trabajo, señalando que éste es “un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad” por lo que nunca debe imponerse como sanción disciplinaria (Art. 67).

Los reglamentos de los centros de menores deberán establecer respecto del procedimiento disciplinario, normas que digan relación con: la conducta que constituye una infracción a la disciplina; el carácter y la duración de las sanciones; la autoridad competente para imponer esas sanciones; la autoridad competente en grado de apelación (Art. 68).

La garantía de legalidad respecto de las sanciones disciplinarias que pueden ser impuestas a los menores se consagra en el artículo 70. En este mismo artículo se garantiza el derecho a defensa del menor afectado por una medida disciplinaria estableciendo que “No deberá sancionarse a ningún menor a menos que haya sido informado debidamente de la infracción que le es imputada, en forma que el menor comprenda cabalmente, y que se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa, incluido el derecho de apelar a una autoridad imparcial competente. Deberá levantarse un acta completa de todas las actuaciones disciplinarias”.

Los artículos 72 a 78 regulan la inspección a los centros de menores y los reclamos que los menores pueden efectuar a los inspectores y las autoridades del establecimiento. Como norma de imparcialidad se establece que los inspectores no deben pertenecer a la administración del centro. Dentro de los inspectores deben existir médicos especializados adscritos a la entidad inspectora o al servicio de salud pública quienes evaluarán el cumplimiento de las reglas relativas al ambiente físico, la higiene, el alojamiento, la comida, el ejercicio, los servicios médicos y en general, todo aspecto o condición afecte a la salud física y mental de los menores. Los menores tienen derecho a hablar confidencialmente con los inspectores. Una vez terminada la inspección se emitirá un informe. En caso de que existan infracciones a este documento, los inspectores deberán informarlo a las autoridades competentes para que se investigue y se exija las responsabilidades correspondientes.

El derecho a queja del menor se consagra en los artículos 75 y 76. Para estos efectos, el artículo 78 dispone la asistencia de la familia, asesores jurídicos, grupos humanitarios u otros cuando el menor efectúe una queja y esto sea posible.

La reintegración del menor a la comunidad se regula en la letra N. Se establece que “Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de

ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales” (Art. 79).

d) Personal.

La quinta parte de este documento regula el personal a cargo de los menores que hayan infringido la ley penal.

Esencialmente se establece que deberá existir personal suficiente, competente y especializado para el tratamiento de los menores, ya que la buena marcha de estos centros depende de los funcionarios y profesionales que trabajen en ellos. Se enfatiza en la existencia de docentes, sicólogos y médicos.

Por último y según lo dispuesto en el artículo 87, el personal de los centros de detención deberá respetar y proteger la dignidad y los derechos fundamentales de los menores, especialmente:

Ningún funcionario del centro de detención o de la institución podrá infligir, instigar o tolerar acto alguno de tortura ni forma alguna de trato, castigo o medida correctiva o disciplinaria severo, cruel, inhumano o degradante bajo ningún pretexto o circunstancia de cualquier tipo;

Todo el personal deberá impedir y combatir severamente todo acto de corrupción, comunicándolo sin demora a las autoridades competentes;

Todo el personal deberá respetar las presentes Reglas. Cuando tenga motivos para estimar que estas Reglas han sido gravemente violadas o puedan serlo, deberá comunicarlo a sus autoridades superiores u órganos competentes facultados para supervisar o remediar la situación;

Todo el personal deberá velar por la cabal protección de la salud física y mental de los menores, incluida la protección contra la explotación y el maltrato físico, sexual y emocional, y deberá adoptar con urgencia medidas para que reciban atención médica siempre que sea necesario;

Todo el personal deberá respetar el derecho de los menores a la intimidad y, en particular, deberá respetar todas las cuestiones confidenciales relativas a los menores o sus familias que lleguen a conocer en el ejercicio de su actividad profesional.

Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.

Este Tratado modelo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/119, de 14 de diciembre de 1990.

Este tratado tiene en consideración que el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional puede contribuir a difundir la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión. Estas medidas tienen estrecha relación con la rehabilitación social del delincuente. Se establece también que la rehabilitación del delincuentes y las medidas sustitutivas de la prisión se verían fomentadas si se facilitase la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional en el Estado donde residen habitualmente.

El artículo 1 establece el ámbito de aplicación de este documento. Se señala que es aplicable cuando una persona, de conformidad con la decisión judicial definitiva, es considerada culpable de un delito y sea objeto de:

Libertad vigilada sin que se hubiere dictado condena;

Una condena condicional que lleve aparejada una pena de privación de la libertad;

Una condena cuya aplicación se haya modificado (liberación condicional) o haya sido total o parcialmente suspendida en forma condicional en el momento de dictarse o con posterioridad.

Se dispone también en este artículo que “el Estado donde se adopte la decisión (Estado sentenciador) puede pedir al otro Estado (Estado administrador) que asuma la responsabilidad de la aplicación de los términos de la misma (traspaso de la vigilancia)”.

La tramitación de la solicitud de traspaso se hará por escrito y se llevará a cabo por vía diplomática.

Se establece en el artículo 5 respecto de la decisión que recaiga sobre la solicitud que “ Las autoridades competentes del Estado administrador examinarán las medidas que deban adoptarse respecto de la solicitud de traspaso de la vigilancia a fin de que, en la máxima medida posible, se le dé pleno cumplimiento de conformidad con su propia legislación, y comunicarán prontamente su decisión al Estado sentenciador.”

Se dispone en el artículo 6 que “Se dará cumplimiento a la solicitud de traspaso de la vigilancia únicamente cuando se base en un acto que constituiría delito si se hubiera cometido en el territorio del Estado administrador.

Los motivos de denegación de la solicitud efectuada por el estado sentenciador, se señalan en el artículo 7 y son:

La persona condenada no resida regularmente en el Estado administrador;

El acto es delito en virtud de la legislación militar, pero no lo es con arreglo a la legislación penal ordinaria;

Se trata de infracciones relacionadas con el pago de impuestos, derechos de aduana o cambio de divisas.

La persona condenada, su abogado o sus familiares próximos tienen a derecho a manifestar Estado sentenciador su interés en el traspaso de la vigilancia y su disposición a cumplir las condiciones que le sean impuestas.

El artículo 9 obliga a los Estados participantes en este traslado a garantizar los derechos de la víctima, en especial en lo concerniente a las indemnizaciones.

La aceptación del Estado administrador de la responsabilidad de aplicar los términos de la decisión adoptada en el Estado sentenciador extinguirá la competencia de este último para aplicar la condena. (Art. 10).

Los efectos del traspaso de la vigilancia para el Estado administrador se establecen en el artículo 11, siendo éstos:

Que la vigilancia traspasada de común acuerdo y el procedimiento posterior se cumplirán de conformidad con la legislación del Estado administrador. Sólo dicho Estado tendrá derecho a revocarla. Ese Estado puede adaptar a su legislación, hasta donde sea necesario, las condiciones o medidas prescritas, siempre que tales condiciones o medidas no sean más severas en cuanto a su naturaleza o duración que las dictadas en el Estado sentenciador.

Si el Estado administrador revoca la condena condicional o la libertad condicional deberá ejecutar la condena conforme a su legislación, pero sin sobrepasar los límites que habría impuesto el Estado sentenciador.

Con relación de la revisión de la causa se establece que sólo el Estado sentenciador tiene derecho a esto (Art. 12 N° 1). Respecto del indulto, la amnistía o la conmutación de la condena, se establece que ambos Estados tendrán derecho a concederlos en atención a sus leyes internas.

Convención sobre Traslado de Personas Condenadas.

Esta Convención fue adoptada el 21 de Marzo de 1983 por la Asamblea General de la ONU. La entrada en vigencia internacional produjo 1° de Julio de 1985. Para nuestro país, la entrada en vigor internacional se produjo el 1° de noviembre de 1998 publicándose finalmente en el diario oficial el 3 de noviembre de 1998.

En el artículo 1 se efectúa ciertas definiciones aplicables al documento. Estas definiciones son:

“Condena”: cualquier pena o medida que implique la privación de libertad dictada por un tribunal, por un período limitado o ilimitado de tiempo con motivo de un delito penal;

“Sentencia”: resolución u orden de un tribunal que imponga una condena;

“Estado de condena”: Estado en el cual fue condenada la persona que pueda ser o haya sido trasladada.

“Estado de cumplimiento”: Estado al cual la persona condenada pueda ser, o haya sido, trasladada con el fin de cumplir su condena.

Los principios generales de este convenio son los siguientes:

Amplia cooperación entre las Partes contratantes, en conformidad con las disposiciones de este Convenio.

Una persona condenada en el territorio de una Parte podrá ser trasladada al territorio de otra Parte, en conformidad con las disposiciones de este Convenio, para cumplir la condena que le haya sido impuesta. Con este propósito, ésta persona podrá expresar al Estado de Condena o al Estado de cumplimiento su interés en ser trasladada en virtud de este Convenio.

El traslado podrá ser solicitado ya sea por el Estado de Condena o por el Estado de cumplimiento.

Las condiciones señaladas para trasladar a un condenado son:

La persona condenada deberá ser nacional del Estado de cumplimiento;

La sentencia deberá ser firme;

A la fecha de recepción de la solicitud de traslado, a la persona condenada aún deberá restarle al menos seis meses por cumplir la condena, o ésta deberá ser por un período indefinido;

La persona condenada, o su representante legal en caso de que debido a su edad o estado físico o mental uno de los dos Estados lo considere necesario, deberá consentir en el traslado;

Los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir un delito penal en virtud de la ley del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio;

El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo en el traslado.

Se establece en que en casos excepcionales, las Partes podrán convenir en un traslado, aun cuando el período de condena que le reste por cumplir a la persona condenada sea inferior a seis meses.

Cualquier Estado, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, podrá definir, en cualquier momento, en lo que a éste respecta, el término "nacional" para los efectos del presente Convenio. (Art. 3 N° 4)

El artículo 4 establece la obligación de los Estados Partes de informar a los condenados de esta Convención. Si alguno expresa la intención de ser trasladado, el Estado deberá informar a la brevedad posible una vez que la sentencia se encuentre firme, al Estado de cumplimiento. El Estado de condena deberá tramitar la solicitud e informar al condenado sobre cualquier medida o decisión adoptado por éste o por el estado de cumplimiento, con relación al traslado pedido.

La solicitud y respuesta sobre un traslado debe efectuarse por escrito y por intermedio de los Ministerio de Justicia de cada Estado. El Estado requerido informará al Estado requirente, a la brevedad posible, de su decisión de aceptar o denegar la solicitud de traslado. (Art. 5)

El artículo 7 establece la obligación de los Estados de garantizar su consentimiento a quien solicite el traslado cumpliendo con lo dispuesto en esta Convención y con lo dispuestos en las leyes internas de cada país.

Las consecuencias del traslado para el Estado de condena son (Art. 8):

Suspensión del cumplimiento de la condena en el Estado de condena.

El Estado de condena ya no podrá exigir el cumplimiento de la condena cuando el Estado de cumplimiento considere que el cumplimiento de la condena ya se ha finalizado

Las consecuencias para el Estado de cumplimiento derivadas del traslado de un condenado son (Art. 9):

Obligaciones del Estado de cumplimiento:

Continuar con la ejecución de la condena inmediatamente o sobre la base de una resolución judicial u orden administrativa o convertir la condena, mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de ese Estado, sustituyendo de ese modo la pena impuesta en el Estado de condena por una pena prescrita por la ley del Estado de cumplimiento por el mismo delito. (Art. 9 N° 1. a y b)

Informar al Estado de condena si le fuese solicitado, antes del traslado de la persona condenada respecto de cuál de estos procedimientos seguirá. (Art. 9 N° 2)

La ejecución de la condena se regirá por la ley del Estado de cumplimiento y sólo ese Estado será competente para tomar todas las decisiones que corresponda. (Art. 9 N° 3)

La prosecución del cumplimiento de la condena se encuentra reglamentada en el artículo 10. Se establece que el Estado de cumplimiento quedará vinculado por

la naturaleza jurídica y la duración de la condena conforme lo determine el Estado de condena. En caso de que la naturaleza jurídica y la duración de la condena no fueren compatibles con la legislación interna del Estado de cumplimiento, éste podrá adaptar por resolución judicial o administrativa la condena impuesta. Se limita esta facultad del Estado de cumplimiento, al disponerse que no se podrá agravar por naturaleza o duración la pena impuesta por el Estado de condena, ni exceder del máximo prescrito por la ley del estrado de cumplimiento.

La conversión de la condena se regula en el artículo 11. Se establece que en éste caso de utilizará el procedimiento establecido en la legislación del Estado de cumplimiento. Al realizar esta conversión la autoridad competente:

Quedará vinculada por la constatación de los hechos en la medida en que los mismos figuren explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de condena; (Art. 11 N° 1 a)

No podrá convertir una sanción privativa de la libertad en una sanción pecuniaria; (Art. 11 N° 1 b)

Deducirá íntegramente el período de privación de libertad cumplido por la persona condenada; (Art. 11 N° 1 c)

No agravará la situación penal de la persona condenada y no quedará vinculada por la sanción mínima que la ley del Estado de cumplimiento pueda establecer para el o los delitos cometidos. (Art. 11 N° 1 d)

Respecto del indulto, la amnistía y la conmutación de la pena, cada Estado es libre concederlos en atención a su normativa interna. (Art. 12)

Se establece que sólo el Estado de condena podrá revisar la condena impuesta. (Art. 13)

Como última norma relevante se ha de mencionar el artículo 14. este artículo dispone que “El Estado de cumplimiento deberá poner término al cumplimiento de la condena en cuanto el Estado de condena le haya informado sobre cualquier decisión o medida cuyo resultado sea que la condena pierda su carácter ejecutorio”.

19. Tratados, convenciones y principios en contra de la tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes.

Los tratos o penas inhumanas o degradante y la tortura son un triste pero reciente recuerdo de los sistemas penales que imperaban hace no más de un siglo atrás. La tortura, a lo menos hasta el siglo XIX, fue considerada como una practica judicial lícita para obtener del acusado la confesión de haber cometido un ilícito. De la misma forma, ya hemos visto que las penas corporales y las penas infamantes, constituían una constante punitiva que fue reemplazada gradualmente por la aplicación de la privación de libertad como sanción penal.

A partir de estos antecedentes, y con el ánimo de evitar la repetición de éstas aberrantes conductas, es que la ONU, tuvo dentro de sus prioridades considerar estas prácticas como contrarias al Derecho humanitario que se pretende consagrar. De este modo, en 1975 se dicta la “**Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**”, antecedente de la “**Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**” de 1984 y de la “**Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura**” de 1985.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975. Con carácter declarativo, pretende este instrumento internacional, entregar un concepto de tortura y generar un compromiso de lo Estado partes para evitar la progresión de Estas conductas.

La Declaración define la tortura como **todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.** Se considera la tortura como forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

El artículo 1 además de definir la tortura señala que no se considerara como tal las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, antes vistas. De modo, que de manera plausible, una vez más se deja fuera de la tutela internacional lo concerniente a la reclusión.

El fundamento del reproche a la tortura está en que constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Declaración como violación de los propósitos de la Carta de la ONU y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la D.U.D.H.

Los artículos 3 a 12 prohíben a los Estados la tolerancia hacia la tortura y obligan a tomar medidas para prevenirla en todo ámbito (policial, jurisdiccional etc.), además de la obligación de imparcialidad y presteza en la justicia, en los casos de tortura que se conozcan y la indemnización civil pertinente a la víctima según la legislación interna de cada país.

La prohibición de la tortura, tiene carácter absoluto en este texto, no aceptándose limitantes o suspensiones a las garantías reconocida.

19.2 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. entrando en vigor internacional el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27. En lo que respecta a nuestro país, la fecha de depósito de instrumento de ratificación se efectuó el 30 de septiembre de 1988, publicándose en el diario oficial con fecha 26 de noviembre de 1988.

Definición de tortura.

Se señala que se entenderá como tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos

dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

A diferencia de la definición expuesta en la Declaración de 1975, considera el elemento de la discriminación y amplía el sujeto activo. Sin embargo, no existe variación positiva en cuanto a que hechos no se consideran tortura, ya que la convención en análisis nos entrega un concepto más amplio, expresando que “no se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Cabe recordar que la Declaración sólo se refería a la pena privativa de libertad y se agregaba, la condición que estas penas o sufrimientos no considerados “tortura” deben estar en consonancia con las “Regla mínima para el tratamiento de los reclusos”. De todas maneras, el Art. 1 N° 2, dispone que “el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”

El sujeto activo de la “tortura” definida en esta Convención, es un “funcionario público” u “otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento y aquiescencia.” De modo que la participación en el ilícito queda ampliamente reducido a un grupo determinado de personas.

La acción reprobada es la de infligir “intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”. Dicha acción debe estar condicionada a la finalidad de obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, o de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o bien de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por último por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

El delito de tortura, tiene diversas características de especial relevancia, una de ellas es la de constituir un delito pluriofensivo, al atacar contra bienes protegidos tales como la “vida”, la “integridad física y síquica” y el “honor”.

Debe señalarse que parte importante de la doctrina, considera un elemento esencial de la tortura el “abuso de poder” por parte del Estado. Al respecto RIVERA BEIRAS, citando a DE LA CUESTA ARZAMENDI, expone que el concepto de “abuso de poder” es el “que ayuda a una completa caracterización del delito por lo cual sólo cabe hablar propiamente de tortura respecto de detenidos o privados de libertad, sea ésta legítima o no”¹⁷⁹. Debe mencionarse nuevamente, con relación a esto lo expuesto al comparar la ampliación efectuada en la Convención respecto de lo expuesto en la Declaración en contra de la Tortura, en atención a la privación de libertad.

Otras características importantes son, que la “tortura” ha de ser un delito de resultado, un delito doloso y “de tendencia”. La última característica se refiere a que la “tortura” a de perseguir una serie de finalidades, es decir que, a través de los dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, se pretenda obtener los fines específicos expuestos en el Art.1 N° 1, ya señalados.

Por último, y obviando una serie de características de importancia, pero que exceden lo pretendido en esta memoria, se debe agregar la situación de la comisión por omisión en esta figura. Se debe considerar, que no excluye de manera alguna la Convención esta posibilidad y como señala RIVERA BEIRAS, refiriéndose a la opinión de DE LA CUESTA

¹⁷⁹ (52) Ob. Cit. RIVERA, I. Pág. 46.

ARZAMENDI, “es el propio texto del Art. 1 el que contempla la causación de tortura con el consentimiento o aquiescencia del funcionario”.¹⁸⁰

Obligaciones de los Estados Partes.

El artículo 2 ordena a los Estados partes tomar medidas legislativas de derecho interno, que sean eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción y excluye la posibilidad de invocar “circunstancias excepcionales tales como estados de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

En el artículo 4 se establece, la obligación de los Estados partes, de tipificar todos los actos de tortura y las diversas formas de participación y estados de ejecución del delito.

El artículo 3 descarta la “obediencia debida” como casual de justificación del delito de tortura.

Sin duda, las disposiciones más relevantes, en lo que concierne a la pena privativa de libertad, son las contenidas en los artículos 10 y 11.

El primer artículo mencionado, obliga a los Estados partes a tomar medidas de prevención, informando y educando respecto de la prohibición de cometer tortura a los profesionales del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión. El numerando segundo de la norma expuesta agrega que “Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.”

El artículo 11, reviste importancia al expresar que “Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura”. Ambos artículos tienden a la prevención de actos que revistan características de tortura e imponen e imponen obligaciones positivas a los Estados, en especial frente a la aplicación de la ley y en lo que respecta a lo penitenciario.

Se consagran, del mismo modo, obligaciones de carácter internacional, contenidas principalmente en los artículos 3, 5, 6, 7 y 8.¹⁸¹

¹⁸⁰ (52) Ob. Cit. RIVERA, I. Pág. 47.

¹⁸¹ El Art. 3 de la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” señala: “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.” El Art. 5 estipula que: “1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre esos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado

Por último, es de mencionar la norma contenida en el artículo 14 que pretende la garantía de la indemnización de aquellas víctimas de este delito.

Mecanismos de protección.

La Convención contempla la creación de un “Comité contra la Tortura”.

El Comité tendrá como función recibir los informes, presentados por lo Estados Partes, relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención. Todo informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales que considere oportunos y los transmitirá al Estado Parte interesado. El Estado Parte podrá responder al Comité con las observaciones que desee formular.

En el caso de que el Comité llegue a recibir información fiable respecto de que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate. Considerando las observaciones presentadas por el Estado aludido, al igual que cualquier otra información que considere pertinente, el Comité podrá, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité. Después de examinar las

no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. 3.-La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.” El Art. 6 señala que: “1. Todo Estado Parte o cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. 3. La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida. 4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.” El Art. 7 dispone que: “1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efecto de enjuiciamiento. 2.-Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5. 3.-Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.” El artículo 8 estipula que: “1.-Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2.-Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido. 3.-Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 4.- A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.”

conclusiones presentadas por el miembro o miembros investigadores, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación.

Al igual que los demás tratados vistos, se contiene de una cláusula de competencia del Comité con relación a las informaciones recibidas, de este modo, todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención. Dichas comunicaciones sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité.

Las críticas respecto de este mecanismo de protección, son las mismas efectuadas a los demás órganos y mecanismos de protección consagrados y creados en el seno de la ONU. Fundamentalmente, la mayor debilidad del sistema, consiste en la escasa protección del Comité, el cual se limita a investigar y a publicar las infracciones cometidas por un Estado Parte, que haya investigado en virtud de una comunicación.

19.3. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Esta Convención fue adoptada con fecha 9 de diciembre de 1985, entrando en vigor internacional el 28 de Febrero de 1987, según lo dispuesto en su artículo 22. La entrada en vigor internacional para Chile se produjo con fecha 30 de Octubre de 1998, habiéndose publicado en el Diario Oficial con el 26 de noviembre de 1988.

Este instrumento internacional, mantiene en grandes rasgo, lo expresado en la Convención de las Naciones Unidas, antes revisada. De modo que sólo señalaremos las diferencias más relevantes, en lo que se refiera a la ejecución de la pena privativa de libertad.

La Convención define la tortura, incluyendo una mayor cantidad de omisiones y acciones que constituyen esta figura, al considerar conductas que son claramente nocivas, que anulan la personalidad de la víctima, pero que por sus características no alcanzan a producir dolor físico o angustia síquica. De este modo, el artículo 2 señala que se entenderá por tortura “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”

El aporte más sustancial, en cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad sin duda lo aporta el artículo 5 de esta Convención, al incluir una importante modificación, respecto de las causales de justificación, al considerar que ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura. Haciendo referencia expresa a la situación de tortura a la que se ven expuestos los reclusos, sean en calidad de detenidos o condenados.

19.4. Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Estos principios fueron adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982, en su afán de orientar a los Estados Partes, en la prevención efectiva del delito de tortura.

En las Convenciones contra la tortura y en la Declaración antes analizadas, se vio la intención de los Estados partes en prevenir la tortura instruyendo a sus funcionarios y en general, al personal que esté en contacto con los reclusos.

Este Conjunto de Principios de carácter ético, pretende orientar al personal de salud y en especial a los médicos en su actuar profesional frente al recluso y en caso de tortura. Además se prohíbe, la participación de personal médico en estos delitos, incurriendo tanto en las responsabilidades provenientes del derecho interno como las que devengan del derecho internacional.

El principio rector en este instrumento, consiste en tratar a los reclusos al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas, debiendo brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades.

Por último debe recalcar, que el sexto principio consagrado establece que “No podrá admitirse suspensión alguna de los principios precedentes por ningún concepto, ni siquiera en caso de emergencia pública.”

20. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

Las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad” denominadas también “Reglas de Tokio” fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

En cuanto a la ejecución de la pena, las “Reglas de Tokio” tienen relevancia puesto que consagran una serie de principios, derechos, garantías y obligaciones que dicen relación con las medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad, además de promover éstas.

Principios fundamentales.

Los objetivos fundamentales de este documento son:

Entregar una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. (Art. 1 N° 1)

Fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad. (Art. 1 N° 2)

Las Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal. (Art. 1 N° 3)

En la aplicación de las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las

víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. (Art. 1 N° 4)

Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Respecto del alcance de las Reglas, se establece que éstas son aplicables a “todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal” (Art. 2 N° 1).

El principio de no-discriminación en la aplicación de estas Reglas se establece en el artículo 2 N° 2.

El artículo 2 N° 3 señala la obligación por parte del sistema de justicia penal de los Estados firmantes, de establecer una serie de medidas no privativas de libertad desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. Lo anterior con la finalidad de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, así como también de evitar la aplicación innecesaria de la privación de libertad.

Se establece como principio en el artículo 2 N° 6 que “Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención”.

Este documento en su artículo 2 N° 7 reconoce que “La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido”.

El artículo 3 establece salvaguardias legales en la aplicación de estas reglas y de las medidas no privativas de libertad. Estas salvaguardias son:

Principio de legalidad: La introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la ley. (Art. 3 N° 1)

La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas. (Art. 3 N° 2)

La autoridad competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley. (Art. 3 N° 3)

Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente. (Art. 3 N° 5)

El delincuente estará facultado para presentar peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten a sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad. (Art. 3 N° 6)

Se preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos. (Art. 3 N° 7)

Las medidas no privativas de la libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el delincuente, ni riesgo indebido de daños físicos o mentales. (Art. 3 N° 8)

La dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento. (Art. 3 N° 9)

Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida. (Arts. 3 N° 10)

Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad se respetarán tanto el derecho del delincuente como el de su familia a la intimidad. (Art. 3 N° 11)

El expediente personal del delincuente se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Sólo tendrán acceso al expediente las personas directamente interesadas en la tramitación del caso u otras personas debidamente autorizadas. (Art. 3 N° .12)

El artículo 4 establece una cláusula de salvaguardia con relación a la interpretación de estas Reglas. De este modo, se establece que ninguna de las disposiciones de estas Reglas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, las “Reglas de Beijing”, el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales.

Fase de juicio y sentencias.

El artículo 7, establece la pertinencia en caso de que sea posible, de preparar informes de investigación social que contengan información para la fijación de condenas.

El artículo 8 regula la imposición de sanciones y establece en su numerando 1 que “La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda”.

El artículo 8.2 enumera las medidas que pueden tener en cuenta las autoridades competentes al momento de condenar. Estas medidas son:

Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;

Libertad condicional;

Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;

Sanciones económicas y penas en dinero;

Incautación o confiscación;

- Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- Imposición de servicios a la comunidad;
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- Arresto domiciliario;
- Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Fase posterior a la sentencia.

El artículo 9.1 establece que “Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social.”

Se proponen algunas medidas en el artículo 9.2, las cuales son:

- Permisos y centros de transición;
- Liberación con fines laborales o educativos;
- Distintas formas de libertad condicional;
- La remisión;
- El indulto.

Respecto de las medidas propuesta, se establece que estas deberán ser sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a solicitud del condenado. Se reconoce como excepción a esta regla el caso del indulto.(Art. 9.3) Por último, se expresa la necesidad de prontitud en poder en asignar al delincuente a uno de estos programas y ponerlo en libertad. (Art. 9.4)

20.4. Aplicación de las medidas no privativas de libertad.

El artículo 10 regula el régimen de vigilancia de los delincuentes sujetos a medidas no privativas de libertad. Se establece que el objetivo de la vigilancia “es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia”. La vigilancia debe ser ejercida por la autoridad competente y en las condiciones prevista en la legislación de cada Estado Parte.(Art. 10.2).

En las medidas no privativas de libertad, se consagra el tratamiento individualizado del delincuente, al igual que la asistencia de profesionales especializados (médicos, psicólogos etc.). El tratamiento debe ser revisado periódicamente para acondicionarse mejor al delincuente y cumplir su finalidad de reinserción social.(Art. 10. 3 y 4).

La duración de estas medidas no debe superar el máximo establecido en la ley (Art. 11.1). Se consagra la interrupción de la medida “en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella” (Art. 11.2).

Las obligaciones que podrán ser impuestas al delincuente se consagran en el artículo 12.

Se establece que la autoridad competente deberá tener en consideración, al imponer las obligaciones al delincuente, “las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente y de la víctima” (Art. 12.1).

Las obligaciones impuestas deberán ser mínimas dentro de lo posible y prácticas. El objeto de éstas debe ser reducir la reincidencia y contribuir en la reinserción social del sujeto (Art. 12.2).

Se faculta a la autoridad competente para modificar estas obligaciones de conformidad a lo dispuesto en la legislación interna y en atención a los progresos demostrados por el delincuente (Art. 12.4).

Por otra parte se consagra el derecho de información del delincuente respecto de las obligaciones impuestas por la autoridad y los derechos que este tiene, en virtud de quedar sometido a una medida no privativa de libertad.

El proceso de tratamiento se regula en el artículo 13. Se reafirma la idea de un tratamiento individualizado, en atención a las características de cada delincuente. Los programas de rehabilitación deben ser diversos y aplicarse a categoría determinadas de delincuentes. Quienes dirijan el tratamiento deben ser profesionales capacitados y experimentados. Cada programa debe contener el número necesario de casos para ser tratados de modo eficaz. Se recalca la participación de la comunidad y los sistemas de apoyo social en el tratamiento del delincuente.

De la disciplina e incumplimiento de las obligaciones se preocupa el artículo 14.

Se establece que el incumplimiento de las obligaciones impuestas puede acarrear la modificación o revocación de la medida no privativa de libertad. La modificación o revocación sólo podrá efectuarse por la autoridad competente y después de un análisis de los hechos, aducidos por el delincuente y el supervisor. El hecho de incumplir con las obligaciones impuestas no implica la necesaria aplicación de una pena de prisión, sino que la autoridad competente puede optar por otra medida no privativa de libertad. El delincuente siempre debe disponer del derecho a recurrir ante la autoridad judicial u otra competente e independiente, en el caso de modificación o revocación de la medida no privativa de libertad a la que estaba sujeto.

20.5. Personal.

El artículo 15 se refiere a la contratación del personal a cargo de las medidas no privativas de libertad. Se establece que estas personas deben ser “aptas para la función y, cuando sea posible, tener formación profesional y experiencia práctica adecuadas. Estas calificaciones se especificarán claramente” (Art. 15.2). Los mencionados profesionales deben revestir la categoría de funcionarios públicos.

Se establece en el artículo 16 la necesidad de especialización y capacitación permanente del personal a cargo de rehabilitar a los delincuentes. Esta capacitación

¹⁸² La norma señalada enmarca la duración de la pena a lo determinado en la ley interna de cada país, postulándose en forma contraria a las medidas de duración indefinida.

debe incluir la instrucción del personal respecto de los derechos y garantías esenciales de los delincuentes.

20.6. Voluntarios y otros recursos humanitarios.

En los artículos 17, 18 y 19 se reconoce la importancia del aporte social en la rehabilitación de los delincuentes. Se alienta la participación de los ciudadanos y organizaciones sociales tanto públicas como privadas en la aplicación de medidas no privativas de libertad.

Respecto de la intervención de voluntarios en los tratamientos, se especifica la necesidad de seleccionarlos cuidadosamente y capacitarlos para el desempeño de sus funciones. (Art. 19.1)

Investigación, planificación y formulación y evaluación de políticas.

El artículo 20 se preocupa de la investigación y planificación de las medidas no privativa de libertad.

Se establece el fomento de la investigación sobre la aplicación de las medidas no privativas de libertad en delincuentes, al igual que la intervención de organismos privados o públicos en éstas (Art. 20.1). El artículo 20.3 señala que “dentro del sistema de justicia penal se crearán mecanismos de investigación e información para reunir y analizar datos y estadísticas sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de la libertad”.

El artículo 21 establece la formulación de políticas y elaboración de programas tendientes a fomentar la aplicación de las medidas no privativas de libertad e incluirlas dentro del sistema de justicia penal de cada país. Se establece también la obligación de revisión periódica de la aplicación de estas medidas, de modo de evaluar sus resultados y hacerlas más eficientes.

El artículo 22.1 regula la vinculación entre los servicios encargados de ejecutar estas medidas, las otras ramas del sistema de justicia penal y los organismos públicos y privados. Se establece en este artículo que “Se crearán a diversos niveles mecanismos apropiados para facilitar el establecimiento de vínculos entre los servicios encargados de las medidas no privativas de la libertad, otras ramas del sistema de justicia penal, y los organismos de desarrollo y bienestar social, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en sectores como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo y los medios de comunicación”.

La cooperación internacional se dispone en el artículo 23 estableciéndose ésta entre los Estados Partes en la investigación, capacitación, asistencia técnica e intercambio de información y estudios.

21. Conclusiones

La importancia de los tratados de derechos humanos, radica por un lado en que son la manifestación palpable del derecho internacional humanitario surgido después de la Segunda Guerra Mundial, y por otro, en que los derechos consagrados en estos pactos forman parte de nuestra Constitución material, en virtud de lo expuesto por el artículo 5 de nuestra carta fundamental.

De esta forma los tratados internacionales componen el catálogo de normas a estudiar en torno a la pena privativa de libertad, tanto por ser parte de la legislación de nuestro país como corresponder a la tendencia humanitaristas actuales.

Nuestro estudio primeramente se centro en los instrumentos internacionales que consagran derechos de primera y segunda generación aplicables a todas las personas, incluyendo obviamente a los reclusos.

La importancia de la validez y consideración de estas normas radica esencialmente en la consideración del recluso como un ser humano, sujeto de derecho, que sólo ve temporalmente privado del ejercicio legítimo de la libertad ambulatoria y de los demás derechos que puedan verse afligidos en virtud de una sentencia dictado conforme a Derecho. Dicho de otra forma, la sentencia priva al recluso de su libertad ambulatoria pero no de su calidad de persona.

Por otra parte, revisamos también instrumentos internacionales que tratan específicamente la cuestión penitenciaria, estableciendo principios, derechos y garantías con relación a los reclusos que van desde el derecho a la integridad personal hasta la forma organización de los establecimientos penitenciarios.

De esta forma revisamos la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el “Pacto de San José de Costa Rica”, las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”, las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”, el “Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional”, la “Convención sobre traslado de personas condenadas”, la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, la “Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura”, los “Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y las “Reglas de Tokio”.

De todos los instrumentos internacionales mencionados podemos señalar algunas consideraciones al respecto:

Los reclusos son seres humanos: El trato humanitario, la calidad de persona y la dignidad de la persona son derechos y garantías de carácter absoluto. (EJ.: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5; DUDH Art. 1; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, principio 1; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 1). Por ende la administración penitenciaria no puede olvidar que los reclusos son seres humanos. “Si el personal no respeta al recluso como persona, reconociendo su dignidad inherente, es imposible toda consideración de los derechos humanos. La conducta de los funcionarios, y el tratamiento humano y digno de los reclusos, debe ser el cimiento de todas y cada una de las actividades de una prisión. No se trata meramente de una cuestión de principios. En términos operativos, es también el modo más eficaz y efectivo de gestionar una institución penitenciaria. Además de constituir un abuso de los derechos humanos, el incumplimiento

de esta obligación, puede en ocasiones tener consecuencias legales para la administración de la prisión.”¹⁸³

Derechos prescritos para los reclusos: Por la naturaleza de la pena privativa de libertad queda prescrita la libertad de libre circulación (EJ.:DUDH, Art. 13), así como la libertad de libre asociación (EJ.: DUDH Art. 20). Incluso estos derechos no quedan completamente prescritos, ya que raras veces los reclusos son mantenidos en aislamiento total y, en tal caso, deben existir razones muy específicas y justificadas para ello. Todo lo anterior en el marco del principio de legalidad.

El derecho a participar en el gobierno, directamente o por medio de representantes libremente escogidos (DUDH artículo 21) también puede quedar prescrito a los reclusos. El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que este derecho se ejercita votando en elecciones. Las circunstancias que permiten prohibir el ejercicio de este derecho deben ser especialísimas y consideradas en la ley.

La Familia: El derecho de contacto con su familia (EJ: DUDH, art. 12) no queda prescrito, pero su ejercitación bien puede estar restringida. Sin embargo no sólo se trata de un derecho del recluso, sino también de un derecho de los familiares que no están encarcelados. De este modo, el Estado y por ende la administración penitenciaria son responsables de asegurar que los reclusos puedan mantener y desarrollar estas relaciones. Las medidas para todos los niveles de comunicación con los familiares próximos deberán estar basadas en este principio. Y de ello se deriva que bajo ninguna circunstancia se utilizará como sanción la pérdida o restricción de las visitas familiares (EJ.: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23). Garantizar el mejor acceso posible a la familia debe ser parte integral de todo sistema que trate a los a los reclusos de manera humanitaria. El derecho a constituir una familia (DUDH, Art. 16) es otro de derecho fundamental del recluso y de su pareja. Los derechos de las madres e hijos a la vida familiar requieren una especial consideración por parte de la administración. Los anteriores derechos permiten la protección de la familia, que no pueden verse afectados por la privación de libertad, además de considerarse como elemento fundamental en la reinserción social del recluso.

Reconocimiento de la diversidad: El respeto a la diversidad es un principio que encontramos en la mayoría de los instrumentos internacionales vistos. Este reconocimiento implica necesariamente un base para cualquier tratamiento de reinserción social y resulta fundamental su consideración en atención a la escasa posibilidad fáctica del recluso de hacer valer sus diferencias. Por otro parte la tendencias de segmentación y clasificación de los reclusos pueden atentar directamente contra este principio fundamental, al confundir el ámbito de competencia de ambos principios, los cuales en ningún caso son excluyentes entre sí. Las normas internacionales fundamentales al respecto son: DUDH, Arts. 2 y 18; Pacto internacional de derecho civiles y políticos, art. 27; Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 5; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reglas 38 y 41.

Reclusos: “El porcentaje de reclusas en cualquier sistema penitenciario del mundo fluctúa entre el 2 y el 8% de la población carcelaria. Una de las consecuencias de este pequeño porcentaje es que las prisiones y sistemas penitenciarios tienden a organizarse sobre la base de las necesidades y requisitos de los reclusos varones. Esto se refleja en la arquitectura, la seguridad y demás instalaciones. Normalmente, las instalaciones

¹⁸³ (11) COYLE ANDREW. La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario. International center for prison studies. 2002. Pág. 13.

especiales para reclusas suelen ser un agregado o un anexo a las destinadas a los hombres... En realidad, la situación de las reclusas es muy diferente de la de los hombres, por lo que debe prestarse especial atención a la situación de la mujer. Las mujeres enviadas a prisión han sufrido por lo general abusos físicos o sexuales, y con frecuencia llegarán con una serie de problemas de salud no tratados. Las consecuencias del encarcelamiento, y sus efectos sobre sus vidas, también pueden ser muy diferentes para la mujer. En la mayoría de las sociedades, las mujeres son las principales responsables de la familia, en especial si hay niños implicados. Ello supone que cuando una mujer es enviada a prisión, las consecuencias para la familia que queda detrás pueden ser muy graves. Si un padre es enviado a prisión, las más de las veces la madre asumirá tanto sus propias responsabilidades como las de su pareja. Cuando una madre es enviada a prisión, al padre que queda libre suele resultarle tremendamente difícil cumplir sus obligaciones parentales, en especial si no recibe el apoyo del entorno familiar. En muchos casos, la madre es el único sostén del hogar. Todo ello implica que deben adoptarse medidas especiales para asegurar que las reclusas puedan mantener un contacto provechoso con sus hijos. El caso de los niños muy pequeños requiere una actitud especialmente sensible. Las mujeres embarazadas no deberán ser encarceladas, salvo que no exista ninguna otra alternativa. Si no hay más remedio, se adoptarán las medidas especiales necesarias hasta que den a luz y también durante el período de lactancia. La aplicación de cualquier restricción de seguridad durante el parto supone una serie de problemas especialmente delicados. Siempre debe tenderse a que ninguna mujer embarazada dé a luz en prisión¹⁸⁴. La especial situación de las mujeres, requiere de una especial actividad por parte del Estado. Esta actividad debe tener en primer lugar a la protección de la mujer en contra de la discriminación. La indemnidad sexual también es un tema de protección por parte de la administración. Como vimos, en muchos casos la protección de la mujer deviene en la protección de la familia y en especial de los menores. Dentro de las normas vistas que tienden a la protección de la mujer se destacan las siguientes: DUDH, art. 2; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales art. 3; Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 5; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 23 y 53.

Menores y jóvenes reclusos: En los diferentes instrumentos internacionales se desprende la necesidad de evitar la prisión de los menores de edad y jóvenes delincuentes. De esta manera se propende a la utilización de medidas alternativas y a la intervención de organismos estatales y privados en el cuidado de este especial tipo de infractores. “Si es necesario encarcelar a un menor de edad, se adoptarán las medidas especiales necesarias para garantizar que se mantengan al mínimo los elementos coercitivos de la vida penitenciaria y que se aprovechen al máximo las posibilidades de capacitación y desarrollo personal. Es necesario hacer esfuerzos especiales para ayudar al menor de edad a mantener y desarrollar sus relaciones familiares.”¹⁸⁵ Se debe considerar también el especial estado de vulnerabilidad del menor. El Estado debe procurar que los funcionarios a cargo de los menores cumplan con la idoneidad técnica y el profesionalismos suficientes, además de una permanente capacitación. Las principales normas revisadas al respecto son las siguientes: Convención sobre los derechos del niño, artículo 37; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, regla 11, 13, 19, 21, 26, 27, 29.

¹⁸⁴ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Pág. 13.

¹⁸⁵ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Pág. 126.

Prohibición de la tortura: La integridad física y síquica son derechos fundamentales que no admiten restricción alguna, prohibiéndose la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes. (DUDH Arts. 3 y 5; Declaración Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre Art. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 7; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 1.1, 2, 10. “Los instrumentos jurídicos sobre derechos humanos no dejan lugar a ninguna duda o incertidumbre con respecto a la tortura y el maltrato. Manifiestan claramente que la tortura, los castigos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes no están justificados bajo ninguna circunstancia.... La prohibición de la tortura es de especial importancia en relación con aquellos sitios donde están detenidas las personas sujetas a interrogatorio o investigación, por cuanto existe la tentación de someterlas a coacciones para obtener información esencial para la resolución de casos criminales. El ejemplo más obvio de esta situación es cuando un recluso confiesa un delito como consecuencia directa del maltrato que ha sufrido durante los interrogatorios. Es éste un argumento muy importante en favor de la separación entre los organismos que investigan los delitos y los que detienen a las personas acusadas. La naturaleza cerrada y aislada de las prisiones puede dar oportunidad a que se cometan actos abusivos con toda impunidad, en ocasiones de manera organizada y en otras por iniciativa de un funcionario a título individual. En aquellos países en que se da prioridad a la función punitiva de la prisión, existe el peligro de que acciones que tienen la calidad de tortura o maltrato (como el uso ilegal y rutinario de la fuerza y golpes) llegue a ser considerada por los funcionarios como conducta “normal”... Todas las autoridades responsables de la administración de prisiones están obligadas a asegurarse de que todos los funcionarios y demás personas relacionadas con las prisiones estén informadas sobre la completa prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁸⁶. Los documentos fundamentales en esta materia son Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En relación con la ejecución de la pena privativa de libertad, son fundamentales: las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en especial las reglas 7, 35, 24, 38 y el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Condiciones de vida: “Si el Estado quiere cumplir con su obligación de respetar la dignidad humana del recluso y de atenderlo, debe satisfacer una serie de requisitos básicos. Entre ellos se incluye proporcionar alojamiento, condiciones higiénicas, indumentaria, camas, alimentos, bebidas y ejercicio adecuados. Cuando una autoridad judicial envía a alguien a prisión, las normas internacionales dejan muy claro que el único castigo que se le impone es la privación de la libertad. El encarcelamiento no debe incluir el riesgo de abusos físicos o emocionales por parte de los funcionarios o de otros reclusos. No debe incluir tampoco el riesgo de enfermedades graves, o de muerte, debido a las condiciones físicas o a la ausencia atención adecuada.”¹⁸⁷ La calidad de vida de un recluso requiere de la consideración por parte de la administración de las condiciones sanitarias, instalaciones de aseo e higiene, del espacio vital de interno evitando el hacinamiento, el tiempo que el recluso se encuentra encerrado, uso del espacio, tiempo y recursos disponibles, la

¹⁸⁶ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Págs. 34 y siguientes.

¹⁸⁷ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Pág. 43.

existencia de celdas individuales, vestuario, alimentación etc. La regulación fundamental de estos temas se encuentra en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, especialmente en las reglas 9 a 21.

Salud: La salud es un derecho fundamental, por lo tanto no es ajeno a los reclusos. Tiene especial consideración este derecho ante la vulnerabilidad física y síquica en que se pueden encontrar al estar en prisión. "Cuando un Estado priva a un individuo de su libertad, asume la responsabilidad de cuidar de su salud, no sólo en lo que respecta a las condiciones de detención, sino también al tratamiento individual que pueda ser necesario como consecuencia de dichas condiciones."¹⁸⁸ La responsabilidad del Estado radica en el cuidado del reclusos tanto en los deterioros de salud producidos con anterioridad al encierro como los producidos durante éste y a causa de éste. Las normas fundamentales vistas al respecto son: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 12; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, principios 4 y 9; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 24; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reglas 22, 25 y 62; Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, principio 1. La obligación del Estado debe verse completada brindando al recluso un ambiente sano de desarrollo. Son fundamentales en este aspecto las siguientes normas: Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reglas 10, 12, 13, y 26. Por último, la atención sanitaria debe ser ejercida por profesionales idóneos que cuenten con una infraestructura adecuada.

Seguridad en las prisiones: La seguridad en mayor o menor grado es necesaria en un recinto penitenciario, pero este requerimiento no se opone en absoluto al respeto de los derechos de los reclusos, a la dignidad humana y a la finalidad y justicia de la pena. De aquí que los sistemas de seguridad deben ajustarse a los parámetros legales, viendo limitado el uso de la fuerza y de los medios coercitivos violentos a los estrictamente necesario y considerados siempre como último recurso. El principio de legalidad juega un rol fundamental cuando de castigos disciplinarios se trata. Estos castigos no solo deben respetar el derecho humanitario, sino que también, las garantías legales que se contemplan en la legislación. Por último, todo castigo debe conjugarse debidamente con el tratamiento de rehabilitación aplicado de modo de no encontrar una oposición entre ambos. Es fundamental la labor de los funcionarios penitenciarios, en cuanto estén preparados para equilibrar el control, la seguridad y el tratamiento de los reclusos que tengan a cargo. La buena clasificación penitenciaria juega un rol importantísimo en esta materia. Son fundamentales al respecto, las siguientes normas contenidas en los tratados internacionales vistos: Principios básicos para el tratamiento de los reclusos principio 4; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos reglas 28, 29, 30, 33, 35 y 63. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 30.

Reinserción de los reclusos: La reinserción es la finalidad otorgada a la pena privativa de libertad en los instrumentos internacionales vistos. La aflicción de derechos solo se justifica bajo este fin. La administración penitenciaria tiene entonces la obligación de brindar al recluso las oportunidades necesarias para su rehabilitación, tanto en la etapa de reclusión como en una etapa post-penitenciaria. La finalidad preventivo especial implica preparar al individuo para su retorno a la sociedad, fomentando su desarrollo, capacitándolo etc. Respecto de la rehabilitación y el rol que debe asumir la administración penitenciaria son

¹⁸⁸ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Pág. 49.

relevantes los siguientes instrumentos internacionales: Pacto internacional de derechos civiles y políticos art. 10; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reglas 65 y 66. Igualmente relevante es la participación de la sociedad civil en la rehabilitación del recluso. La mayoría de los instrumentos internacionales revisados se refiere a la importancia de la participación de la sociedad en la rehabilitación del recluso.

Inspección y control de las prisiones: Las prisiones como todo organismo estatal y en especial uno en los que es más probable la vulneración de derechos humanos, debe regirse por principios de transparencia y control externo. Es por eso que mecanismo de control, tanto internos como externos, se hacen indispensables en las cárceles. Es por esto que es tema de regulación de diversos instrumentos internacionales (Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 29; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 55.) Los procedimientos de inspección deben propender a la protección de derechos de los reclusos y de sus familias, como también la protección de los funcionarios penitenciarios. “Una inspección puede adoptar diversas formas. En aquellas prisiones en los que existe un contacto frecuente entre el establecimiento y los organismos de la comunidad, siempre habrá un buen nivel de escrutinio informal. En situaciones en los que los integrantes de la sociedad civil visitan las prisiones periódicamente, habrá menos probabilidades de conducta impropia de parte de la administración penitenciaria, y más probabilidades de que la comunidad entienda qué ocurre dentro de las prisiones...Algunas administraciones han desarrollado un papel más formal para los integrantes de la sociedad local, a través de sistemas de vigilancia independientes a cargo de legos. Estos organismos asumen la responsabilidad de un escrutinio más formal del trabajo de la prisión, así como de comunicar sus hallazgos a las autoridades penitenciarias y, en algunos casos, a la comunidad local. Estos sistemas pueden ser un medio eficaz para proteger y promover los derechos humanos, así como para evitar abusos. Constituyen también un nexo formal entre las prisiones y la sociedad en cuyo nombre existen...Existe una modalidad más formal de inspección, que es la que realiza el personal de la administración penitenciaria central en cada prisión. Este tipo de inspección suele realizarse en forma de auditoría de procedimientos. Puede abarcar una amplia variedad de temas, como seguridad, finanzas, actividades para los reclusos, capacitación de los funcionarios o discriminación. En muchas administraciones, estos procedimientos serán cotejados con patrones de medida desarrollados a nivel central para garantizar la uniformidad entre las prisiones. Algunas administraciones también suelen nombrar supervisores para sus prisiones, responsables de vigilar el cumplimiento de las normas penitenciarias. Por lo general, estas auditorías suelen centrarse en procesos administrativos. Este tipo de inspecciones o auditorías es muy importante, pero no suficiente...Otro tipo importante de inspecciones son las que realizan los organismos independientes tanto de cada prisión como del sistema penitenciario en general. Normalmente, sus integrantes son nombrados directamente por el gobierno. La modalidad más independiente es cuando son nombrados por el parlamento y deben responder ante el mismo. En algunos casos se les encargará un programa regular de inspecciones. En otros, realizarán inspecciones *ad hoc*. Inspeccionarán el funcionamiento cotidiano de las prisiones y, periódicamente, investigarán cuando se haya producido un incidente serio. La metodología de inspección más exhaustiva es la que combina todos los tipos mencionados, complementándose en sus actividades.”¹⁸⁹ Importantes también son los mecanismos de control establecidos en diversos tratados internacionales estudiados en el capítulo. Los diversos Comités mencionados establecen jurídicamente las

¹⁸⁹ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Pags. 111y siguientes.

responsabilidades que incurre un Estado cuando permite la vulneración de los derechos protegidos en instrumentos internacionales.

Medidas alternativas a las penas privativas de libertad: “Los sistemas penitenciarios no tienen ningún control sobre el número de personas enviadas a prisión. No obstante, tienen que enfrentarse a las consecuencias. En las últimas dos décadas se ha producido una expansión masiva del uso del encarcelamiento en todo el mundo. Estos incrementos de población penitenciaria no están limitados a determinadas jurisdicciones o sistemas políticos, sino que se trata de un fenómeno mundial...La mayoría de las administraciones penitenciarias han sido incapaces de asignar los recursos adicionales, físicos y humanos, necesarios para hacer frente a estos incrementos...El resultado ha sido una epidemia de hacinamiento. Los Estados se ven incapaces de cumplir su obligación de atender a quienes han sido detenidos, y las administraciones penitenciarias han visto menoscabadas sus posibilidades de velar por los derechos humanos básicos de los reclusos, de trabajar con el objetivo primordial de reinsertarlos y de prepararlos para su reincorporación a la sociedad...La tarea básica de los administradores penitenciarios es gestionar sus sistemas. No obstante, pueden cumplir un importante papel en asegurar que no se abuse del recurso de la prisión y en otras medidas de tratamiento de preventivos y condenados en el momento de la sentencia...Las alternativas a la custodia pueden adoptar diversas formas. Pueden aplicarse en lugar de ir a juicio, durante el mismo, en la fase de dictado de sentencia o con posterioridad a la misma. Esta última es de especial importancia para las administraciones penitenciarias. Dado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deja claro que la finalidad esencial del régimen penitenciario “será la reforma y la readaptación social de los penados” (artículo 10[3]), se infiere de ello que el proceso de custodia deberá estar definido de tal manera que los reclusos puedan ser devueltos sin peligro a la comunidad a la mayor brevedad posible. A las administraciones penitenciarias debe interesarles especialmente las disposiciones posteriores al cumplimiento de la sentencia, ya que se trata de medidas no penitenciarias en las que pueden jugar un importante papel... El uso de sanciones no penitenciarias en sustitución del último tramo de la condena a prisión no sólo requiere preparar a la opinión pública para que las acepte, sino también una participación activa en los organismos comunitarios. Y requiere también el establecimiento de relaciones eficaces entre éstas y las autoridades penitenciarias.”¹⁹⁰ Las principales normas internacionales estudiadas al respecto se encuentran en las “Reglas de Tokio”, especialmente en las reglas 2 y 9, las afirman la necesidad de evitar el abuso de la prisión otorgándole a la autoridad competente herramientas punitivas más eficaces y menos perjudiciales. Todo esto se enmarca dentro de las tendencias humanistas del Derecho, surgidas en el siglo XX.

De las materias penitenciarias mencionadas solo señalamos las más relevantes sin perjuicio de tantas otras que revisamos en el capítulo.

De modo de finalizar esta conclusión, debemos acotar, que a pesar de lo extensamente tratado de algunos temas en los diversos instrumentos internacionales analizados, otros son escasamente considerados, como las penas de larga duración o penas perpetuas. Sin embargo consideramos que los principios y directrices entregados en los diversos documentos internacionales deberían ser suficientes a la hora de configurar una política penitenciaria nacional.

¹⁹⁰ (11) Ob.cit. COYLE ANDREW. Págs 151 y siguientes

Tercera Parte:

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

CAPITULO VI:

SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA RELACIÓN JURIDICO PENITENCIARIA.

1. Introducción.

En este capítulo trataremos brevemente los sujetos que intervienen en la relación jurídico especial de tratamiento de los reclusos.

Es bastante aceptado hoy en día, que en el transcurso del tiempo, ha existido una evolución histórica avasalladora por parte del Estado al ciudadano, desde la mirada de los derechos fundamentales del administrado o privado de libertad.

Lo anterior, se condice con una visión más o menos próxima de las consecuencias insospechadas de la Segunda Guerra Mundial en materia del respeto por parte de los Estados al individuo y el establecimiento de las garantías, que poco a poco, han ido escuchándose a diferentes niveles, tanto nacionales como internacionales, a la luz del servicio de las personas. En ese devenir de cosas y en medio de la evolución del derecho internacional como fuente importante de creación de derechos fundamentales, aparece el planteamiento por el hacinamiento, los maltratos, abusos y calidad de vida de las “personas” sujetas a medidas privativas de libertad, y en especial, los que se encuentran en cumplimiento de condena. Todo ello, lo plantearemos en el capítulo correspondiente a las normas internacionales que rigen la ejecución de la pena. Sin embargo, es importante mencionarlo en este momento, porque no es sino después del Holocausto que la relación jurídico penitenciaria cambia de perspectiva.

El cambio sustancial en la mencionada relación, ha significado un cambio en la mirada de la política criminal de los Estados, entre ellos también Chile, en cuanto a la estructura de la política criminal, a la visión del modelo de Estado en relación a los reclusos, a los fines de la pena, y a las relaciones fundamentales entre crimen y persecución penal.

De esta manera por ejemplo, los Estados modernos reaccionan frente al delito de modo institucionalizado, basados sobre un sistema de integración, que incluye no sólo una ideología política sino también trata de ser persuasiva en relación a los demás miembros de la sociedad, mientras que antiguamente las reacciones del Estado frente al delito la constituían hechos sociales informales y difusos.

En cuanto a la estructura de la política criminal, esta no sólo va encaminada al establecimiento de los hechos delictivos y su persecución penal, sino que tiende a favorecer una relación de control de tipo social más que de exclusión. Lo que se quiere decir, entonces, es que al privado de libertad ya no se ve como un expulsado o relegado de la sociedad, es decir un sujeto sin derechos inmerso en una “tierra de nadie, sino que más bien se “trata” al recluso y se encamina su actuar hacia la sociabilidad.

Lo anterior marca una plausible evolución en la relación penitenciaria, pasando de una relación absoluta de sujeción a una relación de derecho público.

Lo mencionado aún se encuentra en un status intermedio, importante de considerar. Esto es la relación de sujeción especial por parte de los reclusos en relación con la administración penitenciaria.

En cuanto al modelo de Estado de sociedad liberal, el recluso tiene mucho más conexiones externas a su vida en los recintos penitenciarios en cuanto las penas privativas de libertad no importan la afectación de otros derechos fundamentales distintos de la misma libertad y sus consecuencias.

2. Los sujetos en la relación jurídica penitenciaria.

La relación jurídica penitenciaria es un vínculo entre el Estado en su calidad de titular del *ius puniendi*, y un ciudadano, que se encuentra sometido a un régimen que limita su libertad ambulatoria, a consecuencia de una condena criminal por infracción al estatuto punitivo.

El mencionado vínculo entre el Estado y el administrado, o más bien en este caso, recluso, supone derechos y obligaciones recíprocos.

Los límites de la relación jurídica penitenciaria no son otros que los de la razón de los límites de la esfera de derechos de los cuales el recluso es titular y no se encuentra restringido por una regla especial que suponga su actual calidad de “recluso”.

La naturaleza de la relación jurídica penitenciaria podrá ser -administrativa-, si sólo se considera la ejecución de la pena como independiente y no accesoria del derecho penal, o también -judicial- si se considera más bien, como parte de las herramientas que forman la estructura de la política criminal de un país, a la que está llamada a ser complementada por la práctica de los órganos jurisdiccionales.

En nuestro Derecho, las partes de la relación jurídica penitenciaria están formada por el Estado y el Condenado. Sin embargo, en lo que se refiere al Estado, este participa de la relación jurídico penitenciaria en dos ámbitos de acción. El primero, es como órgano administrativo encargado de velar por el estricto cumplimiento de la sentencia penal condenatoria, y en segundo lugar, como medio de autocontrol del poder en la ejecución de la pena por medio de los órganos jurisdiccionales.

En Chile, esto se traduce en que en la relación jurídico penitenciaria participan como sujetos, activo y pasivo respectiva y recíprocamente, entonces, Gendarmería de Chile, los órganos jurisdiccionales, por parte del Estado, y el condenado.

Gendarmería de Chile:

a) Naturaleza jurídica de Gendarmería.

El art. 1 de la LOC de Gendarmería (D.L. N° 2859 del 15 de septiembre de 1979) dispone: “Gendarmería de Chile es un **servicio público dependiente del Ministerio de Justicia,**

que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir la demás funciones que le encomiende la ley”.

De lo anterior se desprende que la naturaleza jurídica de Gendarmería es la de servicio público.

La LOC de bases de la administración del Estado, señala en su artículo 28 que “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.”

Como servicio público, Gendarmería tiene como función obligatoria prestar el servicio continuo y permanente de atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir la demás funciones que le encomiende la ley.

La función esencial de este servicio tiene su fundamento en el artículo 19 N° 7 letra d de C.P.R, el cual asegura que “Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.”

Del artículo 1 se desprende también que Gendarmería es servicio público centralizado, estando sujeto a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia y actuando bajo la personalidad jurídica, con bienes y recursos del fisco. Al Ministerio de Justicia le corresponde la supervigilancia de Gendarmería.

Por otra parte, las políticas, planes y programas del Ministerio son desarrollados, en el ámbito de sus funciones, por Gendarmería en su calidad de órgano ejecutor.

Características de Gendarmería.

Con relación a las características del servicio, se señala en el art. 2 de la ley que “...en razón de sus fines y naturaleza, es una **institución jerarquizada, uniformada, disciplinada, obediente** y su personal estará afecto a las normas que establezca el estatuto legal respectivo y el reglamento de disciplina que dictará el Presidente de la República”.

Las características expuestas son propias de los servicios públicos y en general de los órganos del Estado, según lo dispuesto en el art. 7 de la LOC de Bases de la Administración del Estado y un del Estatuto del Personal Gendarmería.¹⁹¹

El personal de Gendarmería se encuentra regulado por el Estatuto del Personal Gendarmería (DFL N° 1791 publicado en el Diario oficial el 4 del septiembre de 1980) y por el Reglamento del Personal de Gendarmería (Decreto N° 26 del Ministerio de Justicia publicado en el Diario Oficial el 18 de mayo de 1983).

c) Fines de Gendarmería.

El art. 1 de la LOC de Gendarmería señala que la institución tiene por finalidad “...**atender, vigilar y rehabilitar** a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir la demás funciones que le encomiende la ley.”

¹⁹¹ El Art. 7 de la LOC de Bases de la Administración del Estado: dispone que: “Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico.” El Art. 1 del Estatuto del personal de Gendarmería en su inc. 1 dispone: “El personal de Gendarmería es esencialmente profesional, jerarquizado, disciplinado, uniformado y obediente.”

La finalidades expuestas de Gendarmería, dicen relación con la concepción preventivo especial que adopta nuestro ordenamiento respecto de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por otra parte se reconocen también los principios y finalidades impuestas a los órganos ejecutores de la pena privativa de libertad contenidas en la diversas normas internacionales¹⁹².

La finalidad de **atender** que se le encomienda a Gendarmería dice relación directa con los privados de libertad. La función del Servicio que le encomienda la ley, consiste en brindar las condiciones básicas de vida a los reclusos. La atención implica el cubrir las necesidades mínimas de un ser humano. Para comprender el concepto de “atención” se debe considerar en primer lugar, el estado de necesidad en que se encuentran los reclusos, debido esencialmente a la imposibilidad de brindarse por sus propios medios las condiciones mínimas de vida que requieren todas las personas. En segundo lugar debe considerarse el hecho de que la pena es un sanción obligatoria que debe cumplir el recluso por lo que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar que el cumplimiento de la pena sea efectuado conforme a Derecho.

La atención implica una obligación del servicio a cargo, que va desde la arquitectura penitenciaria, pasando por la salubridad del recinto e incluyendo la alimentación del interno como así las prestaciones sanitarias necesarias y contempladas en el sistema de salud. Al respecto, podemos mencionar, que las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” contemplan una serie de normas relacionadas a este deber de atención, las cuales analizaremos con posterioridad en otro capítulo.

La obligación de atención, que constituye una base de nuestro sistema penitenciario, está estrechamente ligada con el concepto de humanización de la pena privativa de libertad, preponderante en la doctrina moderna. El asumir que el sujeto privado de libertad es una persona que conserva todos sus derechos salvo la libertad ambulatoria, la cual se ve limitada relativamente, implica la obligación de respeto por parte de la autoridad administrativa de esta condición.

A la finalidad de atención, debería incluirse la de **asistencia**, aunque la ley en comento no lo estipule. La asistencia es la actividad que ejerce el organismo administrador por el cual incentiva la autogestión del condenado y la capacidad de desarrollar sus potencialidades. Lo anterior tiene relación con la finalidad de atención puesto que los reclusos, son sujetos que pueden satisfacer ciertas necesidades en forma independiente de la autoridad administrativa. La atención tiene relación con necesidades básicas, pero el preso tiene otras necesidades que tiene derecho a satisfacer desarrollando actividades que les son propias y debieran serles permitidas. Además, a través de esta asistencia, el interno puede mejorar alguna necesidad vital satisfecha por la autoridad administrativa.

La obligación de **vigilancia** que asume Gendarmería respecto de las personas que la ley y los tribunales les encomiendan, tienen diversos ángulos de análisis.

¹⁹² El Art. 10 N° 3 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos estipula: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” dispone en su art. 58: “El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.” La mismas finalidades son reconocidas también en el “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, en “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”, entre otros documentos internacionales que analizaremos con posterioridad.

En primer lugar la vigilancia implica una actividad de observación por parte de Gendarmería respecto de la conducta del sujeto privado de libertad, de modo que esta se encuadre dentro de los márgenes previstos por el legislador y juez en la ejecución de la sanción. Esta vigilancia no sólo se limita a los recintos penitenciarios, sino que también a los lugares dónde se desplacen los reclusos, sea por orden judicial o administrativa.

El segundo lugar la vigilancia implica el concepto de custodia. Lo anterior dice relación con la protección que debe efectuar Gendarmería en torno a la seguridad interna de los presos.

En tercer lugar se debe considerar, la función de seguridad externa que ejerce Gendarmería, esto es garantizando al conjunto de la sociedad que la pena privativa de libertad se lleve a cabo conforme a la ley, eximiendo de peligro a la comunidad. Lo anterior dice relación con las fugas, con la seguridad de aquellos que van de visitas a los establecimientos penitenciarios etc. Gendarmería tiene un claro deber de protección de la sociedad. La responsabilidad descrita encomendada por la ley a este servicio, se enmarca dentro del sentido más primitivo de la prisión, el cual ha evolucionado ciñéndose en un sistema garantista de los derechos de los presos y de la sociedad toda.

Por último, como labor y principio primordial de Gendarmería se encuentra la **rehabilitación** de las personas a cargo de esta institución. Esta labor es tan fundamental que se presenta como principio rector de toda actividad penitenciaria.

No existe definición legal que explique el significado de la rehabilitación o la reinserción social. Normalmente, se entiende este concepto con relación a la noción de desviación social en que se encuentra el individuo que delinque. Es decir, aquel que delinque se encuentra fuera del comportamiento usual y admitido de la sociedad, por ende necesita de un tratamiento, de un proceso que le permita volver a vivir en la sociedad según las reglas de ésta. Las anteriores concepciones son propias de la teorías sociológicas más clásicas que priman en el derecho penitenciario desde fines de la Segunda Guerra Mundial.

La primera cuestión que plantean las aseveraciones expuestas es que si el fenómeno delictual es un fenómeno propio de la sociedad, como se entendería que quién lo comete se excluya de ésta.

La segunda cuestión que se plantea, es la legitimidad del ordenamiento jurídico para intervenir a una persona de modo de trasformarla en un ser rehabilitado y así reinsertarlo en la sociedad.

Por último y como cuestión más comúnmente planteada, resulta la interrogante de cómo resocializar excluyendo de la sociedad.

Las cuestiones expuestas nos llevan necesariamente a la concepción penitenciaria moderna de “estado de vulnerabilidad social del delincuente”. Se entiende como este estado, a la situación en la que se encuentra sometido un individuo por carencias de diversa índole (social, afectivas, económicas, médicas etc).

La gran masa de la delincuencia, se encuentra en una situación de vulnerabilidad social. Esta situación, en la mayoría de los casos es la que origina la comisión delictual.

Si tomamos en consideración que la cárcel es un lugar en el cual el preso debe lograr tener una supervivencia social en forma acorde al ordenamiento jurídico y a lo socialmente querido, debemos tener en cuenta lo que produce la infracción al ordenamiento social, es decir “el estado de vulnerabilidad”.

Además de lo planteado, se debe responder a la cuestión de la licitud de la intervención estatal en la rehabilitación o resocialización del preso. Por un lado, se debe considerar la finalidad preventivo especial que asume el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el hecho de que la pena privativa de libertad es sólo eso, una privación de libertad ambulatoria, que no exime de los demás derechos al preso, y por cierto no lo inhibe de su dignidad, la cual le es inherente. Debemos también tener en consideración un dato práctico, todo tratamiento para ser exitoso requiere de la anuencia del tratado.

De las anteriores afirmaciones, se puede concluir que el sujeto que requiere de tratamiento, es decir el que debe ser penado con la privación de libertad, se encuentra en un estado de vulnerabilidad. El Estado por su parte, sin obligar al sujeto sancionado, debe cumplir con su obligación de velar por el bien común de los ciudadanos reparando en lo posible la situación de vulnerabilidad. Debemos tener en cuenta que, en una situación utópica, no deberían existir personas en estado de vulnerabilidad por cumplir íntegramente, el aparato estatal, con su función encomendada.

Digamos entonces, que no existe en el delincuente un ser desocializado, sino más bien un sujeto que asume una conducta que se aparta de lo deseado por la sociedad debido a una serie de falencias. El Estado, en cuanto a su legitimación, le corresponde subsanar estas falencias las cuales se deben manifestar en la oportunidad brindada al delincuente de mejorar su situación de modo de cumplir con lo que la sociedad quiere de él.

El límite de tiempo con que cuenta el Estado, lo determina el mismo, es decir en el tipo penal que sanciona una determinada conducta.

Debemos señalar, que al asumir que el delito es parte de nuestra sociedad, no debe pretenderse una eliminación sino que más bien una reducción ostensible que justificaría en gran medida la imposición de una pena tan grave como lo es la privativa de libertad.

Respondiendo a la última y más reiterada cuestión, es decir, cómo resocializar excluyendo de la sociedad, debemos referirnos nuevamente a la concepción de última *ratio* del derecho penal y la pena privativa de libertad. Una vez que se establezca la imperatividad de esta sanción, su ejecución debe pretender la reducción del estado de vulnerabilidad.

Por último, es importante señalar que todo tratamiento para reducir la vulnerabilidad del sujeto preso se debe efectuar en un marco humanitario, respetuoso de los derechos esenciales de la persona. El respeto a estos derechos no sólo ha de manifestarse en la voluntariedad del tratamiento a seguir, sino que en todos los estadios de éste.

d) Estructura orgánica de Gendarmería.

En la estructura orgánica de Gendarmería se manifiestan los principios rectores de unidad de mando y jerarquía, y de delegación de funciones. El último principio responde a la necesidad de descentralización del servicio.

Las funciones de mando son ejercidas por la Dirección Nacional, las Direcciones Regionales y los Jefes de establecimientos penales y especiales. Las funciones de carácter asesor radican en la Subdirecciones, las cuales son dos: una administrativa y otra técnica.

Dirección Nacional de Gendarmería y el Director Nacional.

La Dirección superior, técnica y administrativa del servicio le corresponde a la **Dirección Nacional** y de ella dependen:

La Subdirección Administrativa;

La Subdirección Técnica.

La escuela de Gendarmería del “GENERAL MANUEL BULNES PRIETO”;

La Central de apoyo, y

Las Direcciones Regionales.

Como servicio público que es, a Gendarmería le corresponde ser dirigida por un **Director Nacional**, quién asume la jefatura de la Dirección nacional y ejerce la máxima autoridad de la institución. El Director nacional es nombrado por el Presidente de la República y permanecerá en el cargo mientras cuente con su confianza. La subrogación del Director Nacional, en caso de ausencia o impedimento le corresponde al subdirector que lo precede en la sucesión de mando.

Las funciones del “jefe de servicio” son, en primer lugar las de dirigir, organizar y administrar el servicio, en segundo lugar, le corresponde controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos y por último, responder de su gestión. Las obligaciones y atribuciones del Director Nacional, se encuentran señaladas en el art. 6 de la L.O.C y son las siguientes:

Dirigir y administrar el servicio.

Planificar, coordinar u controlar el funcionamiento de la Institución conforme a las políticas fijada por el Gobierno.

Nombrar a las personas que ocuparán los cargos vacantes de conformidad con el Estatuto del Personal del servicio.

Designar, destinar, trasladar al personal y disponer las comisiones de servicios dentro del país de los funcionarios de la institución, de acuerdo a sus cargos y disposiciones legales y reglamentarias.

Dictar las resoluciones e impartir las instrucciones necesarias tendientes a obtener un adecuado funcionamiento del servicio.

Celebrar los contratos y ejecutar todos lo actos que fueren necesarios para el cumplimiento de los fines institucionales de conformidad a las norma legales y reglamentarias vigentes.

Determinar lo establecimientos en que los reos rematados cumplirán sus condenas y disponer los traslados de ellos de acuerdo a la reglamentación vigente.

Disponer y señalar el establecimiento donde los detenidos y procesados deben permanecer privados de libertad, recabando la autorización del juez competente cuando deban salir del territorio jurisdiccional del tribunal de la causa.

Administrar lo bienes y recursos de la institución, velando por su buen uso y conservación, de acuerdo a la normas legales que rigen la materia.

Fijar los horarios y turnos de trabajo que debe cumplir el personal, para lo cual determinará los descansos o franquicias compensatorias de acuerdo a las necesidades del servicio.

Resolver sobre la adquisición y venta de los bienes muebles a que se refiere el Art. 18 de la LOC de Gendarmería (bienes muebles necesarios para la marcha expedita de la institución; venta de muebles dados de baja y adquisición y enajenación de armamento y municiones de acuerdo a la normativa legal vigente).

Delegar en los Subdirectores, los Jefes de Departamentos y los Directores Regionales, las atribuciones que estime necesarias para el mejor funcionamiento del servicio.

Designar abogado para que presten asistencia jurídica al personal de la Institución en casos calificados relacionados con actos de servicio.

Asesorar o informar al Ministerio de Justicia en los asuntos de competencia de Gendarmería. Proponer a la referida Secretaría de Estado los reglamentos necesarios para el desarrollo institucional.

Velar por el cumplimiento de las normas aplicables a Gendarmería.

Ordenar la institución de sumarios o investigaciones sumarias, y aplicar las medidas disciplinarias, que corresponda, de acuerdo a la ley y reglamentos.

Subdirección administrativa.

La **Subdirección administrativa** depende de la Dirección Nacional y se encuentra integrada por los **Departamentos de Personal, de Seguridad, de Logística y Jurídico**.

La jefatura de esta área será asumida por el Subdirector administrativo, el cual tiene a cargo la supervisión de los mencionados departamentos.

Según lo dispuesto en el art. 7 de la LOC, la función de la Subdirección es la de velar porque la dotación de los recursos humanos y materiales que posee Gendarmería sean asignados racionalmente, conforme a los requerimientos exigidos para el funcionamiento eficaz de ella.

En su calidad de dependiente de la Dirección Nacional, le corresponde informarle periódicamente acerca del cumplimiento de la misión asignada.

Al **Departamento de personal** le competen todas aquellas tareas que digan relación con la administración y desarrollo del personal institucional.

Al **Departamento de Seguridad** le corresponde el asesoramiento en materias relacionadas con la seguridad del personal de la institución, de la población penal y de los bienes.

Al **Departamento de logística**, le asignan las siguientes funciones:

Determinar e informar las necesidades de bienes y servicios de la institución.

Proponer la inversión de los fondos y la adquisición de los bienes para satisfacer las necesidades de la institución.

Mantener actualizado el registro cronológico de todos los movimientos de ingresos y egresos de los fondos institucionales, debiendo presentar en forma periódica a la Subdirección Administrativa estados de situación o balances financieros-contables.

Cautelar que los fondos asignados a la institución sean destinados para cubrir las necesidades predeterminadas en los planes institucionales.

Ejecutar todas aquellas acciones consecuentes o derivadas por el flujo de entradas y salidas de dinero, conforme a lo dispuesto en la ley y los reglamentos.

Proponer sistemas de adquisiciones, almacenamiento, abastecimiento, distribución, mantenimiento y reparación de los elementos necesarios para el cumplimiento de los fines de la institución.

Proponer las construcciones, ampliaciones y remodelación de los edificios de la institución de acuerdo a los programas específicos de Gendarmería. Practicar a los menos una vez al año inventario en todas las unidades de las institución.

Al **Departamento Jurídico** le compete, las siguientes funciones:

Informar, dictaminar y asesorar en derecho sobre todas las materias relativas a la institución respecto de las cuales se requiera su pronunciamiento.

Estudiar, preparar, redactar y revisar los convenios o contratos necesarios para el buen funcionamiento de la Institución.

Informar en Derecho al Director Nacional, a los Subdirectores y a los Directores Regionales, en su caso, sobre los sumarios administrativos instruidos en la Institución y que requieran de su asesoría.

Mantener actualizada la legislación y la reglamentación relacionada con la institución y proponer las instrucciones para su aplicación.

Subdirección Técnica.

A esta Subdirección le corresponde, según lo dispuesto en el artículo 8 de la LOC de Gendarmería, el procurar que tanto los sistemas de planificación y los reglamentos, como las directrices de funcionamiento y desarrollo institucional sean coherentes y compatibles entre sí con el objeto de mejorar la calidad del régimen carcelario y penitenciario.

La jefatura corresponde al **Subdirector Técnico**, el cual tendrá a su cargo los Departamentos de: **Planificación; Readaptación; Tratamiento en el Medio Libre; y de Instrucción, Organización y Reglamentación.**

Al **Departamento de Planificación** le corresponde la siguientes funciones:

Proponer la formulación de las políticas institucionales.

Reunir los antecedentes necesarios para la formulación de un plan de acción institucional.

Presentar a la Dirección Nacional, un anteproyecto de presupuesto anual de la institución, donde se detallarán los fondos necesarios para financiar tanto los diversos planes o programas de ellas, como las actividades que les son propias.

Practicar periódicamente un control de avance sobre el cumplimiento del plan de acción institucional.

Administrar los sistemas de información necesarios para el logro de los objetivos institucionales.

El **Departamento de Readaptación**, tiene como función asesorar en todas aquellas materias conducentes a la rehabilitación y reintegración a la sociedad de las personas condenadas que se encuentren privadas de libertad. Específicamente le corresponde la siguientes funciones:

Proponer las normas para la observación, diagnóstico y clasificación de la población penal.

Orientar y proponer técnicamente actividades de educación, trabajo, deportes, recreación y asistencia social, psicología, sanitaria, moral, religiosa y demás conducentes a la rehabilitación de las personas antes señaladas.

Evaluar las técnicas aplicadas y proponer las modificaciones que sean necesarias.

El **Departamento de Tratamiento en el Medio libre**, tiene como función asesorar en la adopción de todas las medidas necesarias para ejercer el control y dar la asistencia a las siguientes personas:

A las condenadas a penas privativas de libertad u que en virtud de una beneficio legal o reglamentario se encuentren en el medio libre.

A las condenadas a penas restrictivas de libertad.

El **Departamento de Instrucción, Organización y Reglamentación**, le corresponde el asesoramiento en las siguientes materias:

La proposición de políticas de instrucción y docencia y de los planes correspondientes a fin de obtener la formación, perfeccionamiento y especialización del personal de la institución.

La proposición del estudio, elaboración, impresión y difusión actualizada de la reglamentación institucional.

El estudio de las estructuras orgánicas de la institución y de las modificaciones que le fuere necesario introducir.

Los Subdirectores.

Los **Subdirectores** ejercen las jefaturas de las Subdirecciones antes mencionadas. Son nombrados de entre los tres primeros grados del Escalafón de Oficiales Penitenciarios y serán subrogados por Oficiales del mismo escalafón por sucesión de mando.

Los Subdirectores tienen las siguientes atribuciones, en virtud del artículo 9 de la LOC de Gendarmería:

Dictar las normas de funcionamiento de los departamentos a su cargo y controlar su cumplimiento, sin perjuicio de las facultades del Director Nacional.

Dirigir y coordinar los trabajos de planificación y programación institucional y someterlos a la aprobación del Director Nacional.

Tomar conocimiento de las materias que determine el Director Nacional, disponer su estudio y proponer soluciones al respecto.

Proponer al Director Nacional las directivas y órdenes necesarias para la realización de los planes, programas y proyectos institucionales.

Velar por el cumplimiento de las políticas, órdenes e instrucciones impartidas por el Director Nacional.

Mantener informado al director nacional acerca del funcionamiento de los Departamentos de su dependencia.

Cumplir con las funciones que le sean delegadas por el Director Nacional.

Escuela de Gendarmería.

La Escuela de Gendarmería de Chile del General Manuel Bulnes, denominada así desde 1975¹⁹³, tiene como misión el reclutamiento, selección y formación técnico profesional de los Oficiales y Vigilantes penitenciarios.

Central de apoyo.

¹⁹³ Desde 1954, se denominó "Escuela Técnica de Prisiones", la cual fue creada en 1929.

A la Central de Apoyo le corresponde la administración y distribución de los bienes destinados a la Institución como también la prestación de servicios al personal en la forma que determine el reglamento.

Las Direcciones Regionales y los Directores Regionales.

Las **Direcciones Regionales** son organismos encargados de la conducción administrativa, técnica y orgánica de la institución en la región. A cargo de las Direcciones Regionales se encuentran las Unidades Penales y los Establecimientos Especiales.

La estructura orgánica de los Departamentos de la Direcciones Regionales y de los niveles inferiores a ambos será establecida mediante Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, el que deberá dictarse previo informe de la Comisión Nacional de reforma Administrativa.

Los **Directores Regionales** serán designados de entre los oficiales de los cuatro grados más altos del escalafón de Oficiales Penitenciarios, y serán subrogados por el oficial del mismo escalafón que le suceda en antigüedad y grado en la región. Sus atribuciones y obligaciones son:

Ordenar la instrucción de sumarios o investigaciones sumarias, y aplicar las medidas disciplinarias que correspondan, según el reglamento de disciplina.

Adoptar las medidas para que se efectúe la calificación de los funcionarios de su dependencia, de acuerdo a las instancias contenidas en las disposiciones legales y administrativas vigentes.

Administrar los fondos para los gastos corrientes o de capital, que sean puestos a su disposición.

Controlar que se cumplan las disposiciones legales, reglamentarias y órdenes dictadas por la Dirección Nacional en todas la Unidades bajo su jurisdicción, siendo de su responsabilidad la buena aplicación y marcha de éstas.

Las demás que le delegue expresamente el Director Nacional.

Las unidades penales: Los establecimientos penitenciarios y el Consejo técnico.

La unidades penales son el núcleo básico donde se ejecuta la pena privativa de libertad. Es en la práctica, en el establecimiento penal donde el recluso cumple su pena.

Una de las funciones más importantes de Gendarmería consiste en la administración de estos establecimiento, en forma acorde con las políticas penitenciarias diseñadas las cuales propenden a la reinserción social del delincuente.

La administración de los establecimientos penitenciarios se encuentra regulada en el R.E.P.

Se establece que la regulación interna de los establecimientos penitenciarios será establecida por resolución del Director Nacional de Gendarmería.

Los jefes de los establecimientos penitenciarios serán autoridades unipersonales, denominadas Alcaldes, en el caso que se trate de un Centro de Detención Preventiva o Centros de Cumplimientos Penitenciarios.

Los jefes de los establecimientos penitenciarios serán asesorados por un organismos colegiado denominado **Consejo Técnico**, el cual presidirá.

Este consejo estará integrado además por:

Jefe operativo.

Oficiales penitenciarios.

Personal de vigilancia.

Profesionales y funcionarios a cargo de áreas y programas de rehabilitación y del desarrollo de régimen interno.

En las sesiones del consejo podrán participar miembros de la comunidad y organismos comunitarios, o personas vinculadas con los temas a tratar, por invitación del jefe de establecimiento.

El Consejo Técnico tendrá el carácter de ente articulador de las acciones de tratamiento de la población penal. Sus principales funciones son:

Formular, proponer y evaluar los proyectos y programas de reinserción dirigidos a la población penal, sean estos laborales, educacionales, de capacitación, culturales, deportivos, recreativos u otros.

Proponer modificaciones al régimen interno, sobre la base de criterios técnico claramente definidos.

Definir y proponer estrategias tendientes a lograr o mejorar las relaciones con la comunidad y colaborar con el Alcaide en gestiones con el empresario destinadas a fomentar su participación en los proyectos laborales y productivos que se desarrollen.

Proponer al Alcaide los criterios para la selección y evaluación del personal que se desempeñará en programas de tratamiento.

Proponer actividades de capacitación y perfeccionamiento para el personal del establecimiento en relación a los programas o proyectos de reinserción que se implementen.

El Director Nacional regulará por resolución interna, la forma de funcionamiento de los Consejos Técnicos, la frecuencia de sus sesiones de acuerdo con la complejidad y naturaleza del establecimiento y toda otra cuestión no regulada por el R.E.P.

Organigrama de Gendarmería de Chile.

Tabla N° 3

Organigrama de Gendarmería de Chile.



Fuente: Gendarmería de Chile.

SIGLAS: (1) Unidad de Investigación Criminológica; (2) Departamento de Institución, Organización y Reglamentación.

La estructura jerárquica de Gendarmería se encuentra graficada en el cuadro anterior. Se encuentran contemplados los órganos que componen esta institución, según lo dispuesto en la LOC, como también otros creados por resolución.

Como puede apreciarse los órganos que son ejecutores de la pena restrictiva de libertad los constituyen las unidades penitenciarias, el centro penitenciario femenino, centros de reinserción social, centro de detención preventiva y centro de estudio y trabajo.

En tales órganos vemos reflejada la política penitenciaria de nuestro sistema jurídico.

Por un lado, contamos con centros de cumplimiento de pena y por otro, con centros de rehabilitación. La relevancia de unos u otros en su administración e inversión económica por parte del Estado, reflejan la posición política del Gobierno en materia de tratamiento de reclusos, pudiendo otorgar un matiz más represivo o más bien rehabilitador.

Queda claro, que las exigencias internacionales están muy por encima de los estándares nacionales, en la infraestructura de cárceles, en el tratamiento del derecho de visitas y en el mismo sistema de registro, que afecta la dignidad de la persona sometida a encierro.

e) Objetivos estratégicos de Gendarmería de Chile.

Los objetivos estratégicos de la institución son los siguientes:

Contar con sistemas de seguridad acordes a las diversas áreas del servicio, los que permitirán prevenir conductas y situaciones que puedan atentar contra el cumplimiento de la misión institucional y restaurar la normalidad en el más breve plazo cuando ésta haya sido alterada.

Proporcionar una atención y un trato digno a la población penal puesta a su disposición, basados en el reconocimiento y respeto a los derechos inalienables de las personas.

Asistir a la población penal, fomentando conductas, habilidades y capacidades que incrementen sus probabilidades de reinserción social e involucrará en este proceso a sus familias y a las instituciones, empresas y comunidad.

Contar con sistemas de información que permitan tomar decisiones oportunas y fundadas, para lograr un uso más eficiente de los recursos y orientar la gestión hacia los resultados más que a los procedimientos.

Prevención especial de Gendarmería de Chile.

Gendarmería tiene la labor de llevar a cabo el tratamiento de rehabilitación o reinserción social de los condenados. Para ello se distingue el proyecto de reinserción de los reclusos o internos, la rehabilitación por medio de medidas alternativas y el caso de la reinserción post-penitenciaria.

Gendarmería opera su acción de asistencia y tratamiento a los reclusos a través del Departamento de Readaptación Social, organismo técnico compuesto por un equipo multidisciplinario, que tiene entre sus principales funciones asesorar a la Subdirección Técnica en aquellas materias relativas a la asistencia y reinserción social de las personas privadas de libertad.

La política institucional en materia de readaptación están orientada y sustentadas en el marco teórico-técnico denominado **Modelo General De Tratamiento Penitenciario**.

Este modelo se ha estructurado sobre la base del tiempo que le resta al recluso para postular a beneficios de salida al medio libre, o bien cumplir su condena, a objeto de entregarles herramientas en materia de competencia social y capacitación laboral que faciliten su inserción social y eviten futuras reincidencias.

El objetivo central del mencionado departamento es propender a la recuperación de las personas condenadas a través de la educación, el trabajo, la capacitación y el desarrollo de habilidades de competencia social.

Junto a ello, se pretende otorgar una mejor calidad de vida durante la permanencia de los internos en las unidades penales que signifique humanizar la rutina en los recintos de reclusión.

Cuando el procesado recibe condena, recién en esta etapa pasa a constituirse en objetivo para aplicar un tratamiento penitenciario para su reinserción social.

Una vez que el interno es condenado, las áreas técnicas de las unidades penales efectúan un diagnóstico inicial el cual incorpora análisis de variables laborales, educacionales, sociales y psicológica.

La labor preventivo-especial de Gendarmería no solo se radica en quienes se encuentren privados de libertad, sino que abarca a quienes se encuentren en libertad, ya sea por un beneficio legal o reglamentario o se encuentren sujetos a una medida alternativa contenida en la ley 18.216.

Órganos Jurisdiccionales.

a) El principio de legalidad en la actividad penitenciaria:

La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en la LOC de Gendarmería y a su vez, por el Reglamento respectivo y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

Será principio rector de dicha actividad, el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

En virtud del principio anterior, aparece la labor de los órganos jurisdiccionales principalmente como entes fiscalizadores de la actividad administrativa de ejecución de condenas y medidas restrictivas de libertad.

Hoy en día, la función de los órganos jurisdiccionales en la ejecución de la pena se enmarca en el cumplimiento del principio de legalidad como garantía en la ejecución de la sentencia penal condenatoria, y en ese entendido, su misión es fiscalizadora del cumplimiento de la ley.

Así por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal se establecen una serie de deberes de los jueces en torno a sus detenidos, procesados y condenados.

De esta manera por ejemplo, el Artículo 285 (307) del C.P.P ordena que “Si el juez que hubiere expedido el mandamiento sabe que la persona cuya aprehensión ordena se encuentra gravemente enferma, de tal manera que no pueda trasladársele a la cárcel sin peligro, adoptará las medidas que estime convenientes para evitar la fuga.

Si la enfermedad no fuere conocida del juez, el encargado de cumplir la orden no la llevará a efecto hasta darle parte; pero tomará entre tanto las precauciones convenientes para impedir la fuga del que debe ser capturado”.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 290 (312) del mismo Código, “Todo individuo aprehendido por orden de autoridad competente, será conducido en el acto a la cárcel o al lugar público de detención que el respectivo mandamiento señalare.

Al recibirlo, el alcaide o el encargado del lugar de detención o prisión, copiará en su registro la orden transcrita en dicho mandamiento o el mandamiento mismo, y hará mención de la persona que ha conducido o aprehendido al individuo”.

Otro ejemplo, es el Artículo 291 (313), que establece que “El jefe de un establecimiento que recibiere a una persona en calidad de detenido o preso, dará parte del hecho al juez competente inmediatamente después del ingreso o, si no fuere hora de despacho, en la primera hora de la audiencia próxima.

Si la aprehensión hubiere sido efectuada sin orden judicial por un particular, por un Alcalde o por la policía, el detenido será puesto a disposición del juez al tiempo de comunicarle la detención. Si ésta hubiere sido decretada por un Intendente o Gobernador, el inculpado será puesto a disposición del juez, con todos los antecedentes relativos a la detención, en el menor plazo posible; el cual nunca podrá exceder de cuarenta y ocho horas.

El individuo detenido o preso por orden judicial, queda por el mismo hecho a disposición del juez de la causa”.

Recalcamos el último inciso del artículo antes transcrito, atendido que consagra el pensamiento del legislador de la época y que es acorde con los derechos fundamentales de las personas, esto es, que es la persona del juez la encargada de velar por quién se encuentra afecto a una medida restrictiva de su libertad y por ello deberá velar por su integridad física, psíquica, vida, etc.

En Chile, sin embargo, en la práctica se puede denunciar el hecho de que falta cultura jurídica de parte de muchos de nuestros jueces, quienes reducen este deber de atención y vigilancia de las personas sujetas a detención, prisión o condena, sólo a las visitas que les corresponden a los recintos penitenciarios los días sábados.

El C.P.P establece ciertas reglas de política criminal penitenciaria que están sujetas al control de los órganos jurisdiccionales en cuanto a su cumplimiento por los órganos administrativos como Gendarmería, así nos encontramos por ejemplo con el Artículo 292 (314), que ordena: “Los detenidos y los presos estarán, en cuanto sea posible, separados los unos de los otros.

Si la separación no fuere posible, dispondrá el juez de que no se reúnan en un mismo departamento personas de diferente sexo, ni los procesados de un mismo proceso, y de que los jóvenes y los no reincidentes se hallen separados de los de edad madura y de los reincidentes.

Para la distribución de los detenidos y presos se tendrá en cuenta el grado de educación de los mismos, su edad y la naturaleza del delito que se les imputa”.

También el Artículo 293 (315) estatuye que “La detención, así como la prisión preventiva, debe efectuarse de modo que se moleste la persona o se dañe la reputación del procesado lo menos posible. La libertad de éste será restringida en los límites estrictamente necesarios para mantener el orden del establecimiento y para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan entorpecer la investigación.

El detenido o preso, aunque se encuentre incomunicado, tiene derecho a que, en su presencia, a la mayor brevedad y por los medios más expeditos posibles se informe a su familia, a su abogado o a la persona que indique, del hecho y la causa de su detención

o prisión. El aviso deberá darlo el encargado de la guardia del recinto policial al cual fue conducido, o el secretario del tribunal ante el cual fue puesto a disposición, si no se hubiere dado con anterioridad. Los funcionarios señalados dejarán constancia de haber dado el aviso.

El funcionario encargado del establecimiento policial o carcelario en que se encuentre el detenido antes de ser puesto a disposición del tribunal, no podrá rehusar que éste conferencie con su abogado en presencia de aquél, hasta por treinta minutos cada día, exclusivamente sobre el trato recibido, las condiciones de su detención y sobre los derechos que puedan asistirle.

La negativa o el retardo injustificado en el cumplimiento de lo establecido en los dos incisos precedentes serán sancionados disciplinariamente con la suspensión del cargo, en cualquiera de sus grados, por la respectiva superioridad de la institución a la cual pertenezca el funcionario infractor o por la autoridad judicial que corresponda”.

En el Artículo 294 (316) se establece que: “El detenido o preso tendrá derecho para procurarse, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones que sean compatibles con el objeto de su detención o prisión y con el régimen del establecimiento.

Podrá, además, en el caso de no estar incomunicado por disposición del juez, recibir la visita de un ministro de su religión, de su abogado o de su procurador, o de aquellas personas con quienes esté en relación de familia, de intereses o que puedan darle consejos, observándose en este caso las prescripciones del reglamento de la casa. Si el juez lo estimare conveniente, podrá ordenar que las conferencias del detenido con dichas personas sean presenciadas por algunos de los empleados del establecimiento o del juzgado, o suspenderlas temporalmente mientras sea necesario para el éxito de la investigación”.

El Artículo 295 (317), ordena que “El juez autorizará, en cuanto no se perjudique el éxito del sumario, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso. Podrá ordenar que éste no reciba ni dirija cartas, telegramas ni mensajes de ninguna especie, sin que antes sean puestos en su conocimiento para ver si existe inconveniente en hacerlos llegar a su destino.

En ningún caso se podrá impedir a los detenidos o presos que escriban a los funcionarios superiores del orden judicial, ni a los oficiales del Ministerio Público”.

Como se puede apreciar, entonces, en Chile la labor de los órganos jurisdiccionales en el proceso penal no termina con la dictación de sentencia condenatoria. De esa manera, el juez, ya no sumergido en una labor de carácter jurisdiccional propiamente tal, sino más bien de fuentes administrativas o de ejecución de su propia normativa judicial establecida, debe velar por los derechos fundamentales de quienes se encuentran en los recintos penitenciarios, cualquiera sea su condición jurídica, de modo que se sujeten sólo a las restricciones propias de su condena y no se amenacen, perturben o priven derechos como el de la vida, integridad física y síquica, la vida privada, las comunicaciones, calidad de vida, que les permitan a los internos desarrollar ciertas actividades laborales compatibles con su condición de privado de libertad, etc.

b) La legalidad como garantía y control judicial de la administración.

Es ilusorio pensar que basta con el dictado de una ley para lograr la eficacia del sistema judicial, puesto que con ella recién se comienza a introducirse en la problemática que se circunscribe en la etapa de la ejecución de la pena, y que luego se requiere una formulación de la política criminal proveniente del Estado, de lo que se deriva la necesidad de que exista

un control judicial de la etapa de cumplimiento en el deber de respetar la legalidad y los derechos fundamentales de los reclusos.

La importancia de este deber legal y moral de los jueces ha sido cada vez más dejada de lado, ya que se muestra un desinterés político y social por los reclusos. En países como el nuestro, la preocupación por el régimen penitenciario y los reclusos, atiende a la necesidad del Estado de sujetarse a los tratados internacionales ratificados por Chile y que lo obligan a adecuar sus normas internas al estatuto internacional.

El principio de legalidad, se extiende a la ejecución de la pena: la pena debe estar determinada por ley previa a la comisión del hecho que será objeto de la sentencia condenatoria.

El principio de legalidad no solo se exige al momento de establecer el tipo de pena privativa de la libertad y su monto, sino que al continuar en la etapa de ejecución de la pena, se requiere una ley anterior al hecho que determine las características cualitativas de cumplimiento de la pena. Es lo que se ha llamado **legalidad ejecutiva**, que es una consecuencia lógica del principio *nulla poena sine lege*: la ejecución de las penas deben estar prevista por una ley que emane del órgano competente (facultad atribuida al Congreso), antes de la comisión del hecho que será objeto de la condena, donde se determinará las condiciones de cumplimiento, esto es, las características cualitativas de la pena, como así también, la forma en que se desarrolla su ejecución.

La necesidad de control judicial de la privación de libertad, por otra parte, no es sino una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas.

Si ese control judicial está garantizado para las personas libres en sus relaciones regulares con la administración, con mucha mayor razón debe estar garantizado a las personas privadas de su libertad, dada la especial situación en la que estas personas se encuentran.

A diferencia de lo que establecía la doctrina de la relación de sujeción especial, la especial situación entre el interno y la administración penitenciaria debe fundar la necesidad de un control más amplio y estricto de la actuación de los agentes penitenciarios, y de un nivel de protección mayor de las libertades y derechos fundamentales de los reclusos.

Es de vital importancia establecer de forma eficaz el control judicial en cuanto a las modificaciones de las condiciones de la pena, puesto que la decisión que se adopte respecto de ellas, puede versar en mecanismos de libertad anticipada como las medidas alternativas, por ejemplo. Dentro del sistema carcelario, al condenado le será difícil conseguir tales derechos que le son brindados por la ley, puesto que la evaluación de concepto es realizado por organismos dependientes de la administración, quienes luego de adoptar una resolución, solo le es comunicado al condenado los fundamentos y aún más, el condenado muchas veces ni siquiera toma conocimiento de las mismas.

No se le reconoce al condenado el derecho de defensa: no tiene oportunidad de ser oído, tampoco puede ofrecer prueba, ni siquiera controlar la prueba sobre la que versará la decisión de la administración.

Las consecuencia de esta realidad, es que los presos no avanzan en el sistema de acuerdo al principio de legalidad, lo cual conlleva a la superpoblación que existe hoy en día en las cárceles, en las condiciones deteriorantes en que se encuentran cumpliendo la pena, que se manifiesta en las violaciones de los derechos de la persona sujeta a condena.

Sería un ideal, que las resoluciones que se adopten en materia de determinar las condiciones de la pena, sean adoptadas por el juez en un proceso donde el condenado conserve todas las garantías a fin de obtener una defensa eficaz, ofreciendo y controlando la prueba producida en el mismo, obteniendo de tal forma los derechos que les son acordados por la ley.

Esta necesidad de control judicial estricto de la privación de libertad, por otra parte, no debe comprenderse como la necesidad de controlar a la administración penitenciaria porque ésta esté integrada por personas predisuestas a violar la ley.

c) Funciones del órgano jurisdiccional durante la ejecución de la pena.

En conclusión, se pueden establecer las siguientes funciones de los órganos jurisdiccionales en relación al cumplimiento o ejecución de condena:

Supervisar la actividad de Gendarmería;

Función del Juzgado en lo Criminal o de Garantía será la de cautelar y dirigir la actividad de Gendarmería en el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos y sancionar las conductas que aparezcan atentativas de los valores del código de ética institucional, de la ley y de aquellos derechos.

Velar por el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos y su mayor realización espiritual y material posible sujeta a su condición jurídica;

Esta función del órgano jurisdiccional será la de cuidar por el bien común individual que le corresponde al privado de libertad, a pesar de su conducta antisocial.

Acoger los reclamos y denuncias de los reclusos frente a Gendarmería;

Este deber lo cumplen los jueces en la medida que abren procedimientos disciplinarios o sumarios internos de investigación de ciertos hechos que constituyen infracciones o perturbaciones de los derechos no condicionados por la pena privativa de libertad.

Oficiar al Director Nacional de Gendarmería o al Alcaide respectivo para solicitar las sanciones disciplinarias que correspondan cuando se haya infringido un derecho constitucional de un recluso;

Este deber es el correlato del derecho a la acción de que son titulares los reclusos.

Hacer respetar el derecho de los reclusos a defenderse de modo particular frente a las infracciones y sanciones de carácter disciplinario que se le imputen e impongan por Gendarmería de Chile;

Este deber también es manifestación del derecho a la acción del recluso.

Hacer respetar el derecho a una decisión imparcial frente a procedimientos y sanciones administrativas o disciplinarias que se inicien en su contra; y

Todos aquellos deberes a los cuales, según los tratados internacionales de D.D.H.H. vigentes en Chile se encuentren sujetos los órganos jurisdiccionales.

En este entendido, la dogmática penal no puede prescindir de la realidad que opera en las cárceles de nuestro país.

Para poder hablar de judicialización de la etapa de ejecución de la pena, no basta con el dictado de una ley, sino que se deben garantizar en esta etapa las garantías propias del sistema normativo y las decisiones que versan sobre la modificación de las condiciones cualitativas de la pena, deben ser tomadas por un juez imparcial e independiente de la

administración, en un proceso constituido con los mismos derechos y garantías que tiene una persona en el proceso donde se decide su responsabilidad penal.

Llegar a obtener un sistema carcelario que brinde los mecanismos necesarios para hacer efectivos los derechos, tendrá como consecuencia el uso racional de la prisión, estableciendo condiciones dignas de alojamiento, humanizando la ejecución de la pena.

Un problema específico que ha dificultado el control judicial de la ejecución ha sido la inexistencia, o la deficiente regulación, de los mecanismos procesales necesarios para garantizar los derechos sustantivos de las personas privadas de libertad. De este problema se han quejado, por ejemplo, los jueces de vigilancia penitenciaria españoles por mucho tiempo. Esta falta de atención a los aspectos procesales de la justicia de ejecución deriva, probablemente, del carácter secundario que en ocasiones se le asigna al derecho procesal y, además, de la arcaica concepción del derecho procesal penal como rama del derecho que sólo abarca el procedimiento hasta la etapa de dictado de la sentencia condenatoria y el eventual agotamiento de las instancias recursivas contra esa sentencia de mérito.

En la medida en que los jueces penales no tomen conciencia de su deber de ejercer el poder jurisdiccional del que han sido investidos, la mera regulación normativa de la justicia de ejecución no cumplirá con las finalidades que la legislación le atribuye.

En este contexto, sólo una intervención decidida y respetuosa de los derechos fundamentales por parte de la justicia de ejecución penal podrá comenzar a revestir la constante resistencia de la administración penitenciaria frente a todo tipo de control judicial. En este sentido, resulta de vital importancia abandonar la concepción restringida de los derechos de los presos y adoptar las pautas más estrictas y protectoras de sus derechos fundamentales. Para ello, se torna más ineludible que nunca el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, y la adopción de las pautas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

El Condenado.

El condenado es parte de la relación jurídica penitenciaria. Es el ciudadano a quien se le ha impuesto condena.

La relación jurídica entre Administrador y recluso se encuentra sujeta a los mismos presupuestos de existencia y validez que una relación jurídica entre particulares, sólo que con fines, ámbitos de materias, regulaciones, clases de justicia (distributiva y no conmutativa), formas de cumplirlas, etc. diferentes. A pesar de ello, igual debe existir un vínculo que una al Estado con un administrado, en nuestro caso un recluso, cuya situación deriva de una fuente de responsabilidad como lo es la comisión del delito. No existe consentimiento porque no es una relación conmutativa pero sí existe una relación de identificación con el Estado, por ejemplo por vía de nacionalidad o territorialidad. Debe existir objeto de la relación, causa o motivo, formas y capacidad.

Mencionamos esto, porque la relación jurídica administrativa en general, tiene ciertos factores especiales en materia de capacidad.

La capacidad de una persona no es necesariamente un tema de derecho público, y por ello no existen reglas en el derecho público chileno distintas de las del Código Civil. Sin embargo, esta más o menos claro que existen factores que alteran la capacidad de la relación de derecho público, así por ejemplo, la nacionalidad, la vecindad, el sexo, la edad, la enfermedad, domicilio, maternidad, condena penal, etc.

Sin embargo, en la relación jurídica penitenciaria en la que se encuentra el recluso, y atendido que la fuente de su relación con el Estado nace de un delito, algunos de estos factores no alteran las reglas de capacidad, aunque en general sucediese, por ejemplo, como acontece con la nacionalidad, que no interesa para su responsabilidad criminal, sino que interesa si el delito lo cometió el chileno o extranjero en Chile o en contra de un chileno, y si existe una sentencia condenatoria que ordene su situación jurídica de recluso.

“La desmesurada extensión que en nuestro derecho tienen las causas de incapacidad de origen penal o parapenal en el más amplio de los sentidos, culmina con la asimilación a ellas de la valoración administrativa de la conducta de los ciudadanos como requisito previo de carácter necesario, para el acceso a determinados empleos públicos, al ejercicio de algunas profesiones o, incluso, al ejercicio de ciertos derechos, a través de la exigencia que ha tendido a generalizarse a estos efectos de certificados administrativos de buena conducta”¹⁹⁴.

La situación del recluso se caracteriza por:

Una estrecha y continua interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de algunos de ellos;

El peligro constante de afectación de derechos fundamentales; y

La distancia entre el preso y el poder judicial.

El conflicto individual entre el recluso y la administración penitenciaria, tiene como base la desigualdad entre ambos actores, propendiéndose de este modo, a la vulneración de derechos fundamentales el sujeto más débil. El ordenamiento jurídico, normalmente tiende a la protección del más débil estableciendo una igualdad absolutamente ficticia, lo cual no ocurre en el sistema penitenciario.

En nuestro país en lo que se refiere al procedimiento de control de la ejecución (al menos queremos creer que en Chile existe un procedimiento de control de la ejecución aplicado por los jueces de letras en lo criminal), a un individuo aislado y sometido al control casi absoluto de la administración penitenciaria, con la propia institución que lo tiene sometido a una sujeción muchas veces ilegítima o que bordea la legalidad. Ante esta situación de disparidad material extraordinaria, curiosamente el derecho penal beneficia, precisamente, y de forma paradójica, a la parte más fuerte, la administración penitenciaria. De esta forma el Estado olvida la debida protección de los derechos fundamentales del recluso en favor del mantenimiento del modelo carcelario de control penal.

Doctrinas de relación de sujeción especial.

Una de las teorías que intentan explicar la relación jurídica existente en el Estado y el Recluso es la denominada doctrina de “Relación de sujeción especial”.

“Esta relación jurídica penitenciaria que doctrinal y jurisprudencialmente, se califica como relación de sujeción especial –si se contempla desde la mirada del administrado- o de supremacía especial –si desde la administración-.

La administración pública dispone de potestades que no son más que poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que las normas atribuyen a aquellas. La doctrina *ius administrativa* ofrece múltiples clasificaciones y clases. Una de ellas responde

¹⁹⁴ (22) FERNÁNDEZ T. y GARCÍA, E. Curso de Derecho Administrativo. 2000. Pág.27.

al criterio de grado de incidencia que la potestad tiene en la esfera jurídica de los ciudadanos y distingue entre potestades:

De **supremacía o sujeción general**, que deviene de la condición general de ciudadano y en las que este tiene frente a la administración todas las garantías que se deducen del marco de derechos que le otorga la Constitución y Las Leyes.

De **supremacía o sujeción especial**. En estas el administrado se encuentra frente a aquella en una situación de especial dependencia, que permite a la administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público, que, en cuanto tales, son de especial relevancia pública, y exige, además, una inserción duradera del administrado en la organización administrativa. Los ejemplos típicos de este tipo de relaciones son los funcionarios públicos, militares, estudiantes e internos centros penitenciarios, si bien la fuerza expansiva y voracidad de la administración ha pretendido extenderlas a situaciones que ni de lejos lo son¹⁹⁵.

Si se considera la relación jurídico-penitenciaria como una relación de sujeción especial, entonces el recluso goza de ciertos derechos subjetivos típicos como estos:

Derechos de naturaleza patrimonial, contractual, extracontractual por daños, y legal, siendo el estado sujeto pasivo;

Derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares a favor de una persona determinada; y

Derechos derivados de situaciones de libertad individual articuladas técnicamente como derechos subjetivos.

Sin embargo, la teoría acogida mayoritariamente para la relación penitenciaria es la sujeción especial, que se considera como aquella “construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivadas de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella que suele ser en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por tal institución. En consecuencia, las instituciones jurídicas más afectadas con la existencia de una relación de sujeción especial, son el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial de los mismos.

La relación de sujeción especial constituye un concepto elaborado por la teoría del derecho público de finales del siglo XIX que hace referencia a relaciones estrechas entre el Estado y el Ciudadano, relaciones que se dan en la escuela pública, los establecimientos penitenciarios y, en general, a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como las que existen entre el Estado y los funcionarios o los sometidos a la prestación del servicio militar¹⁹⁶.

El término **relaciones de sujeción especial** no es aceptado unánimemente resaltando que en su origen histórico, la doctrina alemana utilizaba la expresión de relaciones de poder especial, y la escuela italiana le denominaba “*especiali rapporti disudditanza*”.

¹⁹⁵ (49) RACIONERO CARMONA, F. Derecho Penitenciario y privación de Libertad, una Perspectiva Judicial. 1999. Pág.52.

¹⁹⁶ (52) RIVERA BEIRAS, I. La **devaluación** de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda clase. 1997. Pág.335.

La relación de sujeción especial afecta el principio de reserva legal, por lo cuál debe recalcar el respeto del principio de legalidad en los siguientes ámbitos:

Que las restricciones estuviesen respaldadas por una norma que tuviese rango legal;

Que, además, se justificasen siempre por la necesidad imprescindible de prestación de un servicio público;

Que no se establecieran con carácter general sino como resultado de un conflicto de intereses individualizado;

Que respetaran en su esencia los derechos constitucionales.

Pese a los constante problemas de definición que, como se está viendo, la categoría de la relación especial de sujeción presenta, su empleo jurisprudencial ha sido profuso en el extranjero, así por ejemplo, es constante la utilización de esta categoría por parte del Tribunal Constitucional y del tribunal Supremo Españoles, para intentar justificar restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos.

Cuando nos movemos en el ámbito de la imposición o ejecución de las penas, pueden aparecer afectados el derecho de la libertad y los derechos fundamentales y principios constitucionales. La importancia de tales derechos y principios en juego, así como exigencias de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad, imponen muy estrictos límites al aplicador del derecho.

“En primer lugar, y pese a las restricciones que dichos derechos presentan todavía en la actualidad, parece indudable que la larga lucha por las conquistas de mayores cuotas de derechos fundamentales ha supuesto notables avances en las sociedades desarrolladas de Europa Occidental. Como se verá, los procesos de internacionalización y positivización de tales derechos, por una parte, han conseguido fijar jurídicamente un listado de derechos de los reclusos que han de ser observados, respetados y tutelados.

Por otra parte, los procesos de especificación y multiplicación de aquellos derechos, han traído la aparición de otros nuevos para ciertas categorías de individuos y/o grupos especiales tales como: niños, ancianos, extranjeros, ciertas minorías étnicas, etc. Ello fruto de una nueva forma de concebir al ser humano no como individuo abstractamente considerado sino que fundamentalmente según su forma de estar y desenvolverse en la sociedad, al hombre según la categoría o sector de la vida de la cuál forma parte.

Esta construcción social de los derechos humanos constituye un paradigma sociológico que pretende explicar la aparición de nuevos sujetos históricos portadores de reclamos y sirve a la vez para ahondar en la auténtica raíz social de los derechos fundamentales”¹⁹⁷.

Parece incuestionable que el reconocimiento normativo de derechos fundamentales para los reclusos traduce un avance del garantismo penal en la cultura jurídica de las últimas décadas. Sin embargo, también no es dudoso que existen restricciones a tales derechos en el caso de los reclusos, así por ejemplo:

Derechos limitados por el contenido del fallo condenatorio;

Derechos expresamente restringidos por la legislación penitenciaria;

Derechos cuyo limitado ejercicio derivará del sentido de la pena.

En conclusión, la administración penitenciaria actúa como colaboradora en la ejecución de la pena privativa de libertad, emitiendo informes o dictámenes, o desarrollando una labor técnica –similar a la pericial- que ayudará a la autoridad judicial con carácter no

¹⁹⁷ (52) Ob.cit. RIVERA BEIRAS, I. Pág. 366.

vinculante a tomar sus decisiones; por otra, los supuestos en lo que actúa como cualquier otra administración pública dentro de sus propias y exclusivas competencias.

Por lo tanto, la relación Estado-recluso, se manifiesta que el interno en un establecimiento penitenciario está inmerso en el seno de una relación de sujeción especial en cuanto “se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos.

Doctrinas de la relación de Derecho Público.

Frente al cuestionamiento por la naturaleza jurídica de la relación jurídico penitenciaria, también se ha planteado una tesis más estricta que la de relación de sujeción especial en la aplicación del principio de reserva de ley y de las obligaciones del Estado frente al recluso. En este sentido en este apartado describiremos la relación Estado-Recluso como relación de derecho público.

La relación jurídico administrativa, como cualquier tipo de relación jurídica, puede tener su origen en la ley, actos y hechos jurídicos públicos y privados.

El reconocimiento de los derechos subjetivos públicos no significa que el individuo ejerza un poder sobre el Estado, ni que tenga parte del *imperium* jurídico, sino que posee sus derechos como correlato de la obligación del Estado de respetar el ordenamiento jurídico.

La situación jurídica se refiere a la situación o disposición jurídica de un sujeto de derecho, mientras que la relación jurídica, es la referencia que impone la situación a otro u otros sujetos, terceros obligados a dar, hacer o no hacer.

La relación jurídico administrativa, por tanto, implica dos situaciones jurídicas distintas, referentes a los sujetos intervinientes.

La situación es siempre activa para el titular del derecho, y pasiva para el titular del deber correlativo de aquél.

La situación jurídica de la administración frente al individuo, se analiza como el poder del Estado, esto es, el *imperium* jurídico, o sea, la facultad exclusiva de crear el derecho, definirlo y aplicarlo, usando, si fuese necesario de la coacción.

El poder público se traduce en derechos subjetivos del Estado que nacen de la relación jurídico penitenciaria. Estos derechos son:

Derechos personales: Reconocimiento de su específica capacidad y eficacia jurídica de sus actos, derechos al nombre y demás signos distintivos.

Derechos prestacionales: Derecho a prestaciones positivas, o sea, de cosas, dinero o servicios por parte de los individuos, y derecho a prestaciones negativas, observancia de prohibiciones y limitaciones por parte de los administrados.

La situación jurídica del administrado en la relación jurídico administrativa, cualquiera que sea el nivel de la regulación, según sean las reglas reguladoras de la relación: Derecho administrativo, fiscal, constitucional, penitenciario, etc., se califica al particular o individuo de oferente, contribuyente, ciudadano, administrado, usuario, recluso, etc. Puede ser como titulares de derechos o de deberes jurídicos.

Entonces no se puede olvidar, la diversidad de derechos subjetivos consagrados y protegidos por la Constitución. La tutela de estos derechos e es impuesta por la Constitución al estado y a sus organismos, deber que estos no pueden dejar de cumplir.

c) Aplicación de estas doctrinas en Chile.

Como es sabido, la relación que vincula la administración a la ley es más estricta que la relación entre la ley y el comportamiento de los particulares. Efectivamente, en la actividad privada “se puede hacer todo lo que no esta prohibido”; en la actividad administrativa “sólo se puede hacer lo que se encuentra expresamente permitido”.

En todos los casos, la administración debe actuar conforme a una debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos determinantes de sus decisiones.

Los límites a la discrecionalidad constituyen, limitaciones más o menos elásticas vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto, a fin de determinar su transgresión.

La actividad administrativa en muchos aspectos es sustancialmente técnica.

Las libertades públicas como derechos subjetivos significan un límite a la actividad de la administración. Esto se debe a que la relación de sujeción especial origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración penitenciaria y el recluso, como la obligación esencial de la institución penitenciaria de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden que deben regir en el centro, y el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior.

La soberanía estatal es restringida por atributos naturales de la personalidad humana. El privado de libertad posee, en consecuencia, un status jurídico particular: es un sujeto titular de derechos fundamentales, aunque con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. La regla general ha de ser el pleno reconocimiento, ejercicio y tutela de sus derechos fundamentales y garantías. La **excepción**, debe ser consecuentemente, la restricción de alguno de ellos.

Así, los derechos fundamentales de la persona se deben respetar sobre todo si se considera la finalidad social de la pena y la obligación de propenderle bien común por parte del Estado.

En el respeto y cumplimiento de estos principios administrativos de derecho público, los establecimientos penitenciarios se organizarán conforme a los siguientes principios, según lo ordena el R.E.P, establecido por D.S. N 518/1998 del Ministerio de Justicia:

Una ordenación de la convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos y la exigencia de los deberes de cada persona.

El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados.

La asistencia médica, religiosa, social, de instrucción y de trabajo y formación profesional, en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre.

Un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de un cargo o en uso de una facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos.

La recta gestión y administración para el buen funcionamiento de los establecimientos.

Se denominan genéricamente establecimientos penitenciarios, los recintos donde deban permanecer custodiadas las personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del Tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad.

Cabe preguntarse, si una mayor expansión de las cárceles y la introducción de la reforma a la Justicia Criminal conducirá a una reducción de la delincuencia, como medios de política criminal.

Nosotros, consideramos al delito como “un fenómeno complejo, que deriva de una combinación de elección personal, circunstancias familiares, condición económica y muchos otros factores; no cabe esperar que el sistema de justicia criminal corrija todas las conductas antisociales o resuelva todos los problemas sociales –o siquiera alguno-. Simplemente es un instrumento demasiado tosco para tareas tan complicadas. No cabe esperar que el sistema de justicia criminal cree familias sólidas, entregue empleos o proporcione esperanzas a los jóvenes. El único servicio que de él puede esperarse es aquél para el cuál fue creado: un control de la delincuencia tal, que brinde seguridad a todos los ciudadanos”¹⁹⁸.

En conclusión, se puede afirmar que, tanto en el ámbito nacional como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a pesar de la nueva conceptualización del alcance de los derechos de las personas encarceladas reconocida en el derecho positivo, la práctica judicial, como regla y sin fundamento legítimo alguno, otorga un tratamiento diferenciado a los derechos fundamentales de los reclusos, aceptando restricciones en su perjuicio, que no aceptaría respecto de personas libres.

3. Conclusiones

Una vez que se ha dictado una condena en materia penal y esta se encuentra ejecutoriada, surge una relación inusual entre el Estado y el recluso, en atención a limitación de la libertad ambulatoria de este último.

Así se comienza el cumplimiento de la pena impuesta, la cual implica una serie de aristas más complejas, creándose así una relación jurídico penitenciaria.

Consideramos la relación jurídica penitenciaria como un vínculo entre el Estado en su calidad de titular del *ius puniendi*, y un ciudadano, que se encuentra sometido a un régimen que limita su libertad ambulatoria, a consecuencia de una condena criminal por infracción al estatuto punitivo.

La relación jurídica penitenciaria, se configura con el título ejecutivo de la sentencia, el cual define su contenido, es decir la privación de libertad por un lapso determinado o indeterminado.

Sin embargo, la pena no solo conlleva la suspensión del derecho de libertad que tiene el sujeto, sino que se crea una nueva clase de relación jurídica, con derechos y deberes y distintos sujetos intervinientes, en sus diversas esferas de competencia.

Las partes de esta relación jurídica son: el condenado y el Estado. Este último, actúa en dos ámbitos, a saber, primero como órgano administrativo encargado de velar por el estricto cumplimiento de la sentencia penal condenatoria (Gendarmería de Chile), y segundo como

¹⁹⁸ (18) DONZIGER, STEVEN R. La Verdadera Guerra contra el Delito. Pág. 15.

medio de autocontrol del poder en la ejecución de la pena por medio de los órganos jurisdiccionales (Tribunales de Justicia).

Gendarmería.

Como lo vimos, Gendarmería de Chile es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia. Una institución jerarquizada, uniformada, disciplinada, obediente.

Se destaca en nuestra legislación, el hecho de que la administración penitenciaria constituya un servicio público. Entendiéndose que Gendarmería efectúa una actividad administrativa de prestación, compuesta por una serie de acciones y asistencias destinadas a la satisfacción de necesidades públicas, tanto en forma individual como colectiva. Este conjunto de acciones y asistencias deben tener como principal objeto la misión pública encomendada por la ley en relación con el recluso, esto es el deber de atención, vigilancia y rehabilitación.

Por otra parte resulta relevante el concepto de servicio público, en cuanto a que los deberes mencionados se entiende como satisfactores de necesidades públicas. Además de que dichas prestaciones deben ser constantes y permanentes, no admitiéndose interrupción de éstas.

“En toda sociedad democrática, el trabajo en las prisiones es un servicio público las prisiones son lugares que, como las escuelas y los hospitales, deben ser dirigidos por las autoridades civiles con el objeto de contribuir al bienestar público”¹⁹⁹

Por otra parte debe considerarse plausible el hecho de que Gendarmería sea un servicio civil ya que “La reclusión es parte del proceso de la justicia penal y en las sociedades democráticas las personas son enviadas a prisión por jueces independientes nombrados por los poderes civiles. También el sistema penitenciario debe estar bajo el control civil y no militar. La administración penitenciaria no debe estar directamente en manos del ejército u otra institución militar”²⁰⁰

El hecho de que la autoridad administrativa se encuentre separada funcionalmente de la autoridad policial, resulta positivo y responde a lo cánones internacionales de buena administración penitenciaria. A saber, se estima que “En lo que respecta a la separación de funciones, es importante que exista una clara separación organizativa entre la policía y el servicio penitenciario. Normalmente la policía es responsable de investigar los delitos y de arrestar a los delincuentes. Una vez que una persona ha sido detenida o arrestada debiera ser presentada a la mayor brevedad posible ante la autoridad judicial y, ésta si así lo decide, quedar en prisión preventiva bajo la custodia del servicio penitenciario. En muchos países, la administración de la policía está bajo la jurisdicción del Ministerio del Interior, y la administración penitenciaria es una responsabilidad del Ministerio de Justicia. Este es uno de los métodos para garantizar la separación de poderes y de subrayar la estrecha vinculación que debe existir entre la autoridad judicial y el sistema penitenciario.”²⁰¹

Lo anterior reafirma el hecho de que Gendarmería esté subordinada al Ministerio de Justicia y así al poder central, de modo de garantizar un mejor control democrático de este servicio.

Así “el subordinar la administración penitenciaria al Ministerio de Justicia destaca el estrecho vínculo entre el proceso judicial y la detención de los ciudadanos. También separa

¹⁹⁹ (11) Ob. Cit. COYLE ANDREW. Pág. 13.

²⁰⁰ (11) Ob. Cit. COYLE ANDREW. Pág. 18.

²⁰¹ Ibid.

el trabajo de la policía del que realiza el sistema penitenciario. Esto es importante, ya que el proceso de investigación debe estar separado de la detención preventiva, con el objeto de que los sospechosos no queden expuestos a coacciones.”²⁰²

Dentro de las funciones encomendadas por Ley y que analizamos ya en este capítulo, debemos reiterar los siguientes puntos como elementales en el entendimiento de las funciones de Gendarmería. Funciones que como lo ya lo señalamos tienden a satisfacer necesidades públicas.

En primer lugar debemos señalar que las funciones encomendadas por ley al servicio en comento, responde a la finalidad preventivo especial que asume nuestro legislador en la etapa penitenciaria. Dicha finalidad abarca la concordancia que la ejecución de las penas debe tener con la función social de la pena.

En segundo lugar las funciones de Gendarmería se deben enmarcan dentro de dos conceptos fundamentales. Uno, se vincula esencialmente con la relación de derecho público que según nuestro ordenamiento es la que existe entre el recluso y el entre administrador. El otro, dice relación con el marco humanitario en que las funciones penitenciarias se deben llevar a cabo, en especial consideración de los tratados internacionales vigentes en Chile.

Es así como las funciones de atención, asistencia, vigilancia y rehabilitación, deben necesariamente ceñirse a los conceptos expuestos y la finalidad preventivo especial que justifica la existencia de Gendarmería.

Las críticas que se pueden efectuar a la parte administrativa de sistema penitenciario, es decir a Gendarmería y al Ministerio Justicia, se pueden dividir en tres grandes grupos: las que dicen relación con a las políticas institucionales y su correlato a nivel país; las conformadas por aquellas que dicen relación con los recursos económicos, materiales, infraestructura y personal; y un tercer grupo, referidas a las condiciones e infracciones al estatus jurídico del recluso.

Las críticas del régimen penitenciario referidas a la política criminal y penitenciaria, son de dos niveles. La primera de ellas, consiste en la inacción existente referida al nacimiento de discursos políticos a favor de los derechos de los reclusos, y su consecuente precariedad en materia de programas y planes estatales dirigidos a satisfacer necesidades de los privados de libertad. Un segundo nivel de críticas, se manifiesta en la escasa difusión, comunicación de los órganos penitenciarios a la sociedad como herramienta seleccionadora de personas en rehabilitación de la delincuencia, y asimismo, la poca preocupación, en relación al hacinamiento manifiesto de nuestras cárceles a nivel de presupuesto fiscal.

Las críticas que se justifican en la precariedad de los recursos materiales, financieros e infraestructura penitenciaria, son aquellas que poseen un trasfondo social, ya que el recluso, el privado de libertad, queda siempre vinculado al Estado, en primer lugar en una relación de castigo, de subordinación, en segundo lugar, en una relación de recuperación, y en tercer lugar, en una relación de supervigilado, orientado por los órganos penitenciarios, sin embargo, también queda ligado a la sociedad, deja parientes, amigos, grupo laboral, social, deportivo o lisa y llanamente delictual -y en este punto se genera la tensión del sistema-, lo 1º que da origen al estatuto jurídico del recluso en su relación de sujeción especial por causa de comisión de delito.

El tercer grupo de críticas, son aquellas que se sustentan en la infracción del deber del Estado de respetar la dignidad humana del recluso, obligándolo a darle las

²⁰² (11) Ob. Cit. COYLE ANDREW. Pág. 19

condiciones materiales y espirituales posibles para desarrollarse restringido naturalmente, a las condiciones de la ejecución de su pena.

La demostración de tales falencias del sistema penitenciario, se reflejan y comprueban en las condiciones de hacinamiento, homosexualidad, en los porcentajes de reincidencia, en la minoría de edad, etc.

Todos estos factores, en realidad, son medidores de las falencias del sistema, lo que redundaría en que el Estado no satisface actualmente el total respeto a los derechos fundamentales comprendidos en la calidad de recluso. No existen mecanismos de resguardo, en materia de comunicaciones privadas o el respeto a la intimidad sexual del privado de libertad, por ejemplo.

Órganos jurisdiccionales.

La primera labor de los órganos jurisdiccionales en la ejecución de la pena privativa de libertad es la protección de la legalidad haciendo cumplir con la garantía ejecutiva.

Se considera en el R.E.P como principio rector de la actividad penitenciaria, que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

Lo anterior enmarca el accionar de Gendarmería y obliga a los jueces a velar por la legalidad de la pena impuesta.

El control judicial es entonces una necesidad inminente ante la precaria situación del penado frente a la autoridad administrativa y en general frente a la sociedad.

De esta forma y como lo vimos en el capítulo, es la ley quien encomienda especialmente esta labor al juez, entendiendo, aunque no suficientemente la situación en que el interno se encuentra.

Se puede también señalar la necesidad manifiesta de una actividad fiscalizadora por parte del poder judicial, el cual se encuentra vinculado más estrechamente al cumplimiento de la pena y a la garantía ejecutiva.

Debemos resaltar la importancia de la fiscalización judicial en materias penitenciarias tan conflictivas como los son las sanciones disciplinarias, en cuanto estas afecten derechos fundamentales.

En suma, el poder judicial tiene un rol importantísimo en el cumplimiento de la pena y nuestra legislación y sistema penal debe considerar una mayor actividad de los órganos jurisdiccionales en pro de la protección de los fundamentales del recluso.

A saber, numerosos países consideran la extensión de la actividad jurisdiccional de manera fuerte y clara dentro del cumplimiento de la pena. No es de extrañar que en nuestro país la actividad jurisdiccional se encuentre tan poco considerada en la ley y en la práctica, si tomamos en cuenta que no ha sido de especial preocupación del legislador la etapa del cumplimiento de la condena. Sin embargo, creemos que en consonancia con un Estado respetuoso del ser humano y de las garantías establecidas en favor de éste, como así mismo, en el entendimiento de un sentido social de la pena, es que podemos señalar la necesidad de una mayor y más intensa actividad jurisdiccional.

El condenado.

Existen dos teorías fundamentales que actualmente justifican la situación jurídica del penado frente al Estado. La primera es la de relación de sujeción especial y la segunda la que consagra una relación de derecho público entre el administrado y el ente administrador.

En Chile, el R.E.P reconoce una relación de derecho público entre el recluso y el administrador. Sin embargo, el estado de vulneración jurídica en que se encuentra el recluso en relación a sus derechos, nos hace inclinarnos ante la existencia fáctica de una relación de sujeción especial.

La autoridad ejercida por Gendarmería y la escasa intervención jurisdiccional fomentan un tipo de relación completamente distinta a una regular de derecho público.

Si bien, siempre hemos tenido presente la situación extraordinaria que representa la cárcel en la vida de los ciudadanos y la dificultad de ejercicio de derechos en que se encuentran los reclusos, debemos señalar, que lo anterior no se condice con un Estado Derecho.

La obligación Estatal para con el ciudadano existe y prosigue, aunque la situación de este último se vea alterada por la suspensión de la libertad ambulatoria. Lo anterior no solo a luz del derecho nacional e internacional o de las concepciones humanitarias, sino que también siendo congruentes con el concepto de reinserción social de recluso.

Las teorías que establecen una situación jurídica de desmedro del recluso en torno al Estado, provienen de la arraigada y criticada concepción de exclusión social, que enmarca nuestra historia penitenciaria.

De esta forma, en una tierra de nadie, puede surgir una justificación jurídica al detrimento jurídico y humano de la condición del recluso, lo cual es inaceptable.

A pesar de que sea una norma reglamentaria la que consagra como principio rector de la actividad penitenciaria, la relación de derecho público entre el Estado y el interno, no es obstáculo alguno para su real práctica, en consideración de que manifiesta lo consagrado en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales.

CAPITULO VII:

ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.

Establecimientos penitenciarios.

En nuestra legislación, el concepto de establecimientos penitenciarios lo entrega el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, texto fundamental en esta materia. En su art. 11, el R.E.P señala que “se denominan genéricamente establecimientos penitenciarios, los recintos donde deban permanecer custodiadas la personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad. Corresponden también a esta denominación las dependencias destinadas al seguimiento, asistencia y

control de los condenados que, por un beneficio legal o reglamentario, se encuentran en el medio libre.”.

De la norma expuesta, se desprende un concepto bastante amplio de establecimiento penitenciario considerando como tal cualquier lugar físico donde Gendarmería efectúe su funciones de atención, custodia, asistencia y rehabilitación de personas privadas de libertad, sea en forma preventiva o en virtud de un sentencia condenatoria o de aquellas beneficiadas por la ley 18.216 o alguna otra que establezca alternativas a la prisión o reclusión.. De ahí que este artículo comience señalando su carácter de genérico.

La doctrina define los establecimientos penitenciarios como “centros o lugares en que se desarrolla la ejecución de la pena privativa de libertad”²⁰³, tomando en cuenta el sentido más estricto y más histórico.

El concepto de establecimiento penitenciario que nos ocupa en esta memoria, por tratarse de la ejecución de las penas privativas de libertad, se identifica mejor con la definición doctrinaria expuesta y nos es más útil en cuanto a su mayor grado de especificación, sin perjuicio de la utilización necesaria de los conceptos dados en nuestro Reglamento.

En suma, y en relación a lo que nos compete en este capítulo, analizaremos sólo aquel recinto en el cual se ejecutan las penas privativas de libertad, sus clases, características más relevantes, los principios que los inspiran, su forma de creación e influencias en los cometidos de la pena en general.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que es relevante hacer una mención histórica del desarrollo de la infraestructura carcelaria. Esto no sólo debido a que la prisión es el lugar material donde se lleva a cabo la ejecución de la pena privativa de libertad, sino que la finalidad de esta como sus otras consecuencias dependen en gran medida de las características recinto en que se recluya a los penados.

Evolución de los establecimientos penitenciarios.

Si la evolución de los regímenes penitenciarios es relativamente reciente, la de los establecimientos penitenciarios lo es quizás más aun. La preocupación por el entorno material de los reclusos es posterior y resulta ser consecuencia de los perjuicios sufridos por construcciones deficientes o incompatibles con los fines queridos para la sanción penal.

Los primeros centros de reclusión fueron antiguos castillos, conventos, torres y fortalezas abandonadas²⁰⁴, que cumplían solamente con la cualidad de ser seguras e impedir la fuga de los reclusos, lo que correspondía a la finalidad esencial de estos recintos que era el aseguramiento de la persona del delincuente.

Durante la segunda mitad del siglo XIV, comenzó la aplicación de la privación de libertad como pena, en un sentido más próximo al que tenemos hoy en día. Al mismo tiempo, surgieron recintos especialmente destinados para la reclusión de personas,

²⁰³ (30) GRACIA MARTÍN, L. BOLDOVA PASAMAR, M. ALASTEUY DOBÓN. Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español. 1996. Pág. 292.

²⁰⁴ Ejemplos de esto encontramos en la prisión de *Raspghuis* y *Spinhuys* en Ámsterdam, los cuales eran conventos y la famosa prisión de la Bastilla en París la cual en un principio fue una fortaleza.

en su mayoría gente de mal vivir, con una organización que apuntaba a la corrección del penado, además de su aseguramiento.

En el año 1552, en Londres, se construyó el recinto de reclusión más antiguo, denominado “ *The House of correction* ”. Sucesivamente, surgieron en Inglaterra y

en Holanda otros correccionales ²⁰⁵ .

A la vez que la primera finalidad de la pena privativa de libertad se vio complementada con el objetivo retributivo y la necesidad de que esta pena concordara más con los ideales políticos y económicos, surgió el requerimiento de construir cárceles más funcionales, no así más humanas.

Unos de los recintos más antiguos, concebidos para la ejecución de la pena privativa de libertad, es la casa de corrección de San Miguel en Roma. Esta obra se inició a principios del siglo XVIII, por orden del Papa Clemente XI. Esta casa de reforma moral, fue una de las primeras construcciones que se preocupó del alojamiento individual de los internos y de brindar condiciones mínimas de salubridad.

Como ejemplo de una de las primeras construcciones penitenciarias, se encuentra la prisión de Gantes, construida en 1775 por el burgomaestre Juan Vilain XIV, que era, según lo señalado por CUELLO-CALÓN, “de forma octogonal, comprendía ocho patios trapezoidales separados uno de otros, por ocho alas de dobles bloques de celdas, de tres pisos cada bloque, que convergían en un gran patio central octogonal. Las ventanas y puertas de las celdas se abrían sobre un ancho

corredor, formando arcadas, que daban a cada uno de los grandes patios.” ²⁰⁶ El régimen practicado en esta prisión era el aislamiento celular nocturno o total, y para esto se requería de una infraestructura especialmente diseñada para este sistema, lo que lo hacía especialmente costoso. Incluso este sistema hasta hoy en día se estima poco viable, sobre todo en países subdesarrollados como el nuestro.

Las críticas a los sistemas penitenciarios surgidas con fuerza durante el siglo XVIII, especialmente a cargo de HOWARD, influyeron sustancialmente en materia de edificación penitenciaria. Con anterioridad sólo se habían hecho algunas recomendaciones, como las de CERDÁN DE TALLADA, en el siglo XVI, quien sostenía que las cárceles debían estar edificadas de modo que los presos “no sean privados

de la luz del sol” ²⁰⁷ y las efectuadas por el monje benedictino JUAN DE MABILLÓN, quién proponía que las celdas tuvieran acceso a un pequeño jardín en el que el

recluso pudiese pasear y cultivar el suelo ²⁰⁸ . Por lo tanto es sólo en el siglo XVIII, cuando el movimiento utilitarista, la crisis carcelaria y la finalidad reformadora, comienzan a crear un concepto más nítido de arquitectura penitenciaria.

HOWARD planteó un ideal de edificación carcelaria que concordaba con los principios que sostenía respecto de un sistema penitenciario. De este modo, la construcción debía permitir una correcta clasificación de los internos, debía proporcionar un medio salubre y que permitiera la realización de las actividades

²⁰⁵ En Ámsterdam, se creó en 1596 la prisión de “*Rasphuis*”, y en 1597 surge la prisión de “*Spinhuis*”.

²⁰⁶ (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E. Pág. 331.

²⁰⁷ Mención efectuada por CUELLO CALÓN, E. (12) Ob. Cit. Pág. 330.

²⁰⁸ Mención efectuada por CUELLO CALÓN. (12) Ob. Cit. Pág. 305.

rehabilitantes. Al respecto CUELLO CALÓN resume el pensamiento de arquitectónico de HOWARD, señalando que las prisiones debían estar “construidas en lugar aireado, próximo a un río o arroyo para facilitar la limpieza de la prisión, si no es posible construir las en las cercanías de agua corriente debe escogerse un lugar elevado y descubierto, los muros no deben ser tan altos que dificulten la circulación del aire, ni

tan bajos que faciliten las evasiones”²⁰⁹. Complementa lo señalado describiendo un plano de prisión de Inglaterra, efectuado por HOWARD en su libro “El estado de las prisiones” en el cual señala que: “existen cuatro grandes secciones completamente separadas, para criminales jóvenes, para culpables de delitos graves, para mujeres culpables de infracciones de este género y otra para deudores, cuya secciones reunía mayores comodidades, entre ellas tener vidrios en las ventanas. Los patios deben ser empedrados, fáciles de lavar y tener agua corriente, tener baño, reputado como medio eficaz contra la fiebre carcelaria, y un horno para destruir con su calor los insectos y gérmenes de infección de las ropas de cama y enfermería muy ventilada.”

210

Las ideas de la época, específicamente los ideales utilitaristas, se vieron reflejadas fuertemente en el modelo arquitectónico realizado, a finales del siglo XVIII, por JEREMÍAS BENTHAM, denominado “panoptícón” o “*panopticum*”. Este modelo de infraestructura carcelaria nunca fue edificado, sin embargo presentaba relevantes características, especialmente en lo que respecta a la vigilancia de los reclusos, cuestión trascendental hasta día el de hoy. Este modelo pretendía crear un establecimiento penitenciario en el cual se podía obtener un máximo de vigilancia y control posible de los reclusos, por medio de una torre situada en el centro y en la periferia las celda individuales, con acceso óptico directo para quién estuviera en el centro de la construcción. El “panoptícón” podía ser un edificio circular o poligonal. CUELLO CALÓN señala “era un edificio enorme circular cubierto todo él por un gran techo de cristal que le daba aspecto de una gigantesca linterna. Las celdas, destinada cada una al alojamiento de varios reclusos, tenían amplias ventanas con vista a la parte exterior de la circunferencia. Entre sus especiales características destacaba la particular disposición del centro de vigilancia acondicionado de tal forma en el centro del edificio que le permitía al vigilante o inspector que sin ser visto pudiera vigilar el interior de todas las celdas”²¹¹.

Ilustración N° 1

Panopticum de Bentham

Fuente: WWW.UCL.AC.UK.COM.

Durante el siglo XVIII, la arquitectura estadounidense tuvo una importante evolución e influencia en Europa. Primeramente, las construcciones americanas respondían al denominado “sistema radial”, y consistían en construcciones similares a fortalezas.

El primer establecimiento carcelario de “sistema radial” fue construido en el segundo decenio del siglo XVIII, y se denominó *Eastern Penitentiary* de Filadelfia²¹². Respecto a su

²⁰⁹ (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E. Pág. 332.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E. Pág. 333.

²¹² La construcción se inició en 1823, inaugurándose en 1829. El arquitecto fue John Haviland.

arquitectura, CUELLO-CALÓN señala que “De su punto central, donde se hallaba el puesto de vigilancia, arrancaban siete alas de celdas de dos pisos, cada ala contenía doble hilera de celdas exteriores separadas por un corredor”²¹³. El método utilizado en esta penitenciaría era el de aislamiento celular.

La arquitectura de *Eastern Penitentiary* influyó durante todo el siglo XIX hasta principio del siglo XX la construcción de prisiones en Inglaterra y Alemania.²¹⁴

Ilustración N° 2

Eastern Penitentiary.

Fuente: <http://www.prairieghosts.com/eastern.html> .

Ilustración N° 3

Plano *Eastern Penitentiary* .

Fuente: www.prairieghosts.com.

Ilustración N° 4

Recreación de una celda en *Eastern Penitentiary.*

Fuente: www.prairieghosts.com.

Una nueva forma de estructura carcelaria surgió con la prisión de Auburn, en el estado de Nueva York. Dicha prisión, construida entre los años 1816 y 1820 y cuna del denominado sistema auburnés²¹⁵, fue descrita por los autores estadounidenses “como una construcción semejante a una caja con dos grupos o bloques de celdas de piedra, interiores (*inside cell block*) colocadas espalda con espalda, de cuatro pisos de elevación. Entre los bloques de celdas y el muro exterior existía un estrecho corredor de la longitud del edificio. Como las celdas eran interiores el aire y la luz sólo podían penetrar por las estrechas ventanas abiertas en los muros exteriores de la prisión.”²¹⁶

Ilustración N° 5

Plano de la prisión de Auburn.

Fuente: www.notfrisco.com

A pesar de lo insalubre que resultaba esta construcción, fue una notable influencia en la arquitectura de las penitenciarías de todo Estados Unidos.

Un nuevo tipo de construcción surge en Fresnes (París) en 1898 el cual supera el sistema radial, antes indicado, en lo que se refiere a la aireación y luminosidad. Este sistema se denominó “palo de teléfono” (*telegraph pole plan*), por el tipo de diseño. Esta infraestructura “consta de tres pabellones celulares unidos por un corredor central. El edificio de la administración se encuentra en un extremo del corredor, en el otro se halla la capilla, entre ellos está situado el bloque de celdas. Las fachadas están orientadas al este

²¹³ (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E. Pág. 334.

²¹⁴ Según estos parámetros arquitectónicos se construyó entre 1840-1842 la prisión de Pentonville en Inglaterra, la de Moabit entre los años 1844-1849 en Berlín, la de Friendniz en Prusia durante los años 1907-1912, entre otras.

²¹⁵ Este sistema consistía en un aislamiento celular nocturno, trabajo y vida en común durante el día pero con un regla de silencio absoluto y una disciplina severa la cual conllevaba castigos corporales.

²¹⁶ (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, EUGENIO; Pág. 335.

o al oeste, y como entre cada pabellón se ha dejado amplio espacio todas las celdas reciben sol por la mañana o por la tarde”²¹⁷.

El diseño tipo “palo de teléfono” influyó sustancialmente en la arquitectura de las prisiones de Europa y Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX.

Ilustración N° 6

Prisión de Fresnes, diseño “ *telephone pole plan* ”.

Fuente: www.notfrisco.com

Una de las cárceles construidas bajo este tipo de diseño es la penitenciaría federal de Lewisburg, edificada en el año 1932. Esta penitenciaría tiene como mayor mérito el aplicar las nuevas tendencias penitenciarias de esa época. Como característica relevante podemos señalar que es una macro-cárcel, diseñada para 1500 reclusos. Otra macro-cárcel construida en ese mismo período fue la nueva “*Eastern state penitentiary*”, edificada para albergar a 3200 reclusos. En 1926, se construyó la cárcel con mayor capacidad en Estados Unidos, la “*Michigan State Prison*” situada en Jackson, y diseñada para cerca de 6000 internos.

Las macro-cárceles mencionadas contaban con capilla, escuela, gimnasio, hospital, lugares para talleres, campos de recreo etc. Sin embargo debido a sus complejas instalaciones y a su gran capacidad para albergar a tantos reclusos, se generó uno de los grandes problemas de estas prisiones, el cual es su alto costo, superando la mayoría los 8 millones de dólares. Otro notable problema fue la custodia y vigilancia de los internos.

Los diseños carcelarios vistos tienen como característica común el alineamiento de las celdas a lo largo de un corredor. Esto provoca que la vigilancia de los internos sea intermitente.

La vigilancia intermitente “implica que el celador debe efectuar rondas por los pasillos a los efectos de observar la actividad de los internos, con lo cual éstos permanecen sin supervisión durante los intervalos de la recorrida, o bien los agentes se sitúan en salas de control o puestos fijos, generalmente ubicados detrás de barreras físicas que les brindan seguridad, con lo cual las posibilidades de observación son extremadamente reducidas, debido a la disposición interna del edificio. Los espacios que normalmente no permanecen bajo vigilancia continua requieren mayor protección que aquellos comúnmente bajo observación, dado que brindan una excelente oportunidad para que los internos desarrollen conductas no permitidas.”²¹⁸

Ilustración N° 7

Sistema de vigilancia intermitente²¹⁹

Fuente: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios.

En otro capítulo, vimos cuáles eran las consecuencias nocivas de desocialización y prisionización en los reclusos. El enclaustramiento y la estructura penitenciaria son factores especialmente vinculantes en estos importantes trastornos. La impersonalidad de las grandes cárceles, la excesiva cantidad de muros y barreras, el reducido espacio en

²¹⁷ (12) Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E. Pág. 336.

²¹⁸ (68) GARCÍA BASALO, C. La arquitectura penitenciaria de nueva generación. Lineal Vigilancia intermitente [ilustración] *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* (4), 2002. Pág. 28.

²¹⁹ (68) Ob. cit. GARCÍA BASALO, C. Pág. 41.

que se desenvuelve el reclusos y la sobre-población carcelaria, son las causales de los problemas existentes hasta hoy en día en las prisiones de todo el mundo.

Los elementos carcelarios considerados en la actualidad y producto de las deficiencias de los diseños e infraestructuras antes vistas, son fundamentalmente: seguridad, custodia y vigilancia; reemplazo del concepto celdas por el concepto de dormitorios; lugares comunes; número de reclusos; salubridad.

De los fracasos vistos, surgen nuevos y más modernos intentos de construcción penitenciaria, los cuales, en su mayoría rompen con los parámetros convencionales de las prisiones concebidas hasta ese momento.

En 1953, el Ministerio de Justicia holandés crea una comisión interdisciplinaria destinada a introducir mejoras en los establecimientos penitenciarios. El ideal planteado consistía en “un establecimiento formado por cierto número de pequeños grupos en los que 20 o 30 reclusos puedan vivir comunidades autosuficientes”²²⁰. El concepto planteado, denominado “principio del pequeño grupo”, influyó en la creación de la “unidad funcional” que ya revisaremos.

Una comisión con análogo fin, designada por el gobierno sueco en 1956, sugieren la construcción de establecimientos penitenciarios a partir de las siguientes características: “vasto campo de circulación de los reclusos en el interior de los muros, gran importancia otorgada al trabajo penitenciario; incorporación de dispositivos para economizar personal, disposición de los edificios en el terreno en forma simple y funcional y gran libertad de movimiento de los reclusos en el interior”²²¹

Por otra parte, el sociólogo estadounidense NORMAN JOHNSTON, concluye las siguientes tendencias en la construcción de establecimientos penitenciarios:

El concepto de celda pierde su hegemonía en el sistema penitenciario. Al perder vigencia los sistemas celulares e incorporarse un tratamiento científico de los delincuentes como forma de reinserción social, las celdas adoptan un carácter de dormitorios.

Las macro-cárcel se ven desplazadas por la concepción de micro-cárceles. Lo anterior, no por un motivo de carácter económico sino por la eficiencia de las pequeñas prisiones en la rehabilitación de los condenados y por su carácter más humanitario.

“Hay menos énfasis en la seguridad. Las nuevas prisiones tienden a abandonar los muros perimetrales, reemplazados por alambrados que proporcionan transparencia, y las plantas físicas tienden a dispersarse en favor de un conjunto de edificios en lugar de una única construcción masiva. Los dispositivos de seguridad en el interior o bien disminuyen o bien se disimulan, buscando un ambiente de apariencia más normal”²²²

“Existe una mayor intención de producir nuevos diseños, abandonando el “estilo prisión”, en parte favorecidos por la aparición de nuevos materiales. El empleo de celdas individuales con ventanas al exterior, servicios sanitarios incluidos, una mayor superficie en los sectores de talleres y el empleo de sistemas de prefabricación son algunos de los elementos producidos por estas tendencias.”²²³

²²⁰ (68) Ob. cit. GARCÍA BASALO, C. Pág. 30.

²²¹ *Ibid.*

²²² GARCÍA BASALO, C. Citando al sociólogo JOHNSTON. *Ibid.*

²²³ GARCÍA BASALO, C. citando al sociólogo JOHNSTON. *Ibid.*

Como hemos vistos, la tendencia moderna apunta a cárceles más pequeñas. La aplicación del “pequeño grupo” resulta de difícil empleo cuando se trata de recintos con gran número de internos, como ocurre en la prisiones norteamericanas. De ahí que se hayan propuesto nuevas alternativas como la “unidad funcional”, “Que por sus características implica un cambio, tanto en la forma de administrar las prisiones, como en la forma de construirlas”²²⁴

La unidad funcional o “*functional unit management*” “consiste en la subdivisión de la población penal en unidades semi-autónomas. Sus principios son los siguientes: cada unidad agrupa un número pequeño de internos, idealmente menos de 150. Los internos son alojados en ellas la mayor parte de su permanencia en la institución. Los internos de cada unidad funcional son supervisados por un equipo multidisciplinario asignado a la misma y cuyas oficinas se encuentran dentro de la unidad. Los miembros del personal tienen autoridad para tomar decisiones en lo que al tratamiento de los internos allí alojados respecta, dentro de los alineamientos establecidos por la administración. La asignación de los internos a cada unidad se basa en las necesidades de los internos, en lo que concierne a la supervisión, seguridad y programas ofrecidos.”²²⁵

Las unidades funcionales presentan una serie de ventajas:

Facilidad para que los internos conformen unidades homogéneas y desarrollen una identidad común.

Incremento positivo en la relaciones del personal penitenciario y los internos.

Mejor clasificación penitenciaria y tratamiento individualizado.

Facilita la detección de problemas de distinta índole (médicos, psicológicos etc.)

Facilidad en el desarrollo de programas intra-penitenciarios.

Mejora la posibilidad de evaluación y revisión de los programas aplicados a los internos.

Eleva la calidad de vida del personal y de los reclusos.

El primer ejemplo de la aplicación de este sistema, fue la construcción en 1961 de una institución de formación profesional para adultos privados de libertad en Los Ángeles, Estados Unidos.

En 1968, este sistema fue implementado por el *Federal Bureau of Prisons* en distintas ciudades. Así en Nueva York, Chicago y San Diego, se construyeron prisiones que utilizaban el concepto de unidades funcionales, creando un ambiente arquitectónico más humano, utilizando elementos que no recuerden a los reclusos que se encuentran en una cárcel (eliminando rejas, barrotes etc.). Se diseñaron los establecimientos de forma que los reclusos tengan dormitorios individuales para respetar su privacidad y protección personal. Los dormitorios se encuentran vinculados a salas de estar. El perímetro de seguridad alrededor de las unidades funcionales permite una mayor libertad en el interior.

En Chicago, el edificio que albergaba a los reclusos, tenía una planta triangular, lo cual implicó una revolución en la arquitectura carcelaria. Así, se acuña el término “cárceles de nueva generación”, aplicado a un diseño podular empleado conjuntamente con un régimen de supervisión directa.

Ilustración N° 8

²²⁴ (68) Ob. cit. GARCÍA BASALO, C. Pág. 31.

²²⁵ GARCÍA BASALO, C. Citando al America Correctional Association, standards for adults correctional institutions, 3rd. Edition, Laurel, 1990. Íbid.

Podular supervisión directa ²²⁶

Fuente: Revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios.

Los estudios post-penitenciarios que se efectuaron en estas cárceles de nueva generación determinaron:

Incremento en la privacidad.

Mejor relación entre el personal de la cárcel y los internos.

Creación de un entorno positivo para los reclusos.

Mayor cuidado por parte de los internos de las instalaciones del penal.

Los buenos resultados del sistema lograron el expansión del sistema podular de supervisión directa en todo Estados Unidos, Canadá, Australia, Inglaterra etc., agregándosele algunas innovaciones. Entre estas innovaciones se encuentran las celdas sin instalaciones sanitarias, mayor utilización de la tecnología etc.

A pesar de los buenos resultados en los correccionales metropolitanos, las jurisdicciones locales de Estados Unidos consideraron que este sistema no era aplicable a los criminales peligrosos por lo que emplearon un sistema podular de “observación remota”, en el cual el celador se encontraba en un lugar estratégico pero protegido.

Ilustración N° 9

Podular- observación remota ²²⁷

En suma, las principales características de las “cárceles de nueva generación” son la combinación de diseño arquitectónico y técnicas de administración. Los elementos que componen este sistema son ²²⁸:

Amplia movilidad del interno dentro del módulo.

Alto grado de interacción agente-interno.

Preciso sistema de clasificación de los internos.

Adecuado cumplimiento del reglamento

Personal debidamente capacitado.

Desde el punto de vista estructural, el sistema esta compuesto por:

Celdas exteriores agrupadas, junto con otros locales de apoyo, en torno a un espacio central común y multiuso.

Unidades compuestas por no más de 54 celdas.

Celdas individuales, con servicios sanitarios en el interior.

Puerta ciega de la celda con una pequeña ventana que permita un discreta observación del interior.

Barreras físicas de seguridad se concentran en el perímetro, evitando muros y barreras y facilitando la interacción del personal con los reclusos.

Eliminación de elementos propios del encarcelamiento.

²²⁶ (68) Ob. cit. GARCÍA BASALO, C Podular supervisión directa [ilustración]. Pág. 44.

²²⁷ (68) Ob. cit. GARCÍA BASALO, C. Podular- observación remota [ilustración]. Pág. 43.

²²⁸ (68) Ob. cit. GARCÍA BASALO, C.Pág. 35.

Abundante iluminación y amplias ventanas.

Creación de espacios comunes.

Celador situado en un lugar que no presente barreras físicas entre los internos y él.

Las principales ventajas respecto de otros sistemas arquitectónicos son:

Mayor contacto positivo entre el personal penitenciario y los internos. Se facilita la comunicación, lo que reduce incidentes violentos y una polarización entre ambos sectores.

El diseño facilita la iluminación natural, la ventilación y el mantenimiento del recinto.

Creación de un ambiente menos hostil hacia el recluso.

Se disminuye la presencia de sectores y líderes negativos entre los presos.

Construcción y operación menos costosa, al disminuir sustancialmente la violencia carcelaria no se requiere mobiliario y materiales especiales anti-vandalismo.

Podemos concluir, que en la actualidad se entiende que la arquitectura carcelaria es fundamental para lograr la finalidad de la pena privativa de libertad, para llevar a cabo determinados tratamientos y crear un ambiente más humano y positivo.

Principios de organización de los establecimientos penitenciarios.

El artículo 10 del R.E.P, nos entrega los principios en base a los cuales se ha de organizar los establecimientos penitenciarios.

Los principios consignados en este artículo dicen relación con los fines propios de Gendarmería, esto es vigilar, custodiar y rehabilitar.

Estos principios son:

Una ordenación adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos y la exigencia de cada persona.

Las distintas clases de establecimientos responden a la diversidad de reclusos que existen en el sistema, a los principios de clasificación penitenciario y a los regímenes aplicables con la finalidad de rehabilitar. De ahí que cada establecimiento deba enmarcarse, en un sistema disciplinario adecuado a su objetivo. Debemos señalar que en este principio de ordenación se remarca nuevamente el principio de humanización y respeto de los derechos humanos.

El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados.

La asistencia médica, religiosa, social, de instrucción y de trabajo y formación profesional, en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre.

Son numerosos los conceptos y fundamentos penitenciarios que se integran en este principio de ordenación. En primer lugar, la concepción de que el preso sólo pierde su libertad ambulatoria y los demás derechos que la ley y la sentencia le priva. Respecto de los demás derechos, el recluso se encuentra en libertad de ejercicio. Por otra parte, existe un reconocimiento tácito que el sistema no sólo para garantizar los derechos debe buscar asemejarse a la realidad extra-muros, sino que también es una importante forma de reinserción y más que eso, de evitar la desocialización y prisionización. Por último, los deberes aludidos, dicen relación con los estados de vulnerabilidad en que se encuentra el condenado.

Un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de cargo o en el uso de una facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos.

La recta gestión y administración para el buen funcionamiento de los establecimientos.

Este último principio dice relación con los principios y obligaciones de los órganos de la administración del Estado.

Creación, modificación y supresión de los establecimientos penitenciarios.

Según lo dispuesto en el artículo 12 del R.E.P, “los establecimientos penitenciarios se crearán, modificarán o suprimirán mediante Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, previo informe o a proposición del Director Nacional de Gendarmería, y su administración interna será materia de una resolución de dicho jefe de servicio”

Respecto de la mención a la regulación interna, debemos remitirnos a lo señalado sobre la legalidad de Reglamento, entendiéndose que si existe una contradicción legal en este cuerpo respecto de las materias que regula, mal podría encontrarse una justificación de legalidad suficiente para que una regulación del Director de Gendarmería pudiera resolver materias de ley. Por lo tanto, debe entenderse que el ámbito de estas resoluciones atañe a la actividad administrativa del Director, ya vista en la LOC de Gendarmería.

Los criterios orientadores en la creación de establecimientos penitenciarios, se disponen en el artículo 13 y son los siguientes:

La edad de las personas que deben ingresar a ellos.

El sexo de la misma.

La naturaleza de las actividades y acciones para la reinserción social que proceda.

El tipo de infracción cometida.

El nivel de compromiso delictual de los internos.

Las especiales medidas de seguridad o de salud que la situación de ciertos internos haga necesarias.

Otros criterios adoptados complementariamente por la administración penitenciaria.

El artículo 21 del R.E.P. dispone que podrán crearse establecimientos penitenciarios especiales para la atención de ciertos detenidos y sujetos a prisión preventiva, o para el cumplimiento de determinados tipos de condenados.

Por último, el artículo 14 dispone: “La Administración penitenciaria promoverá, dentro de las posibilidades financieras, la creación de establecimientos dedicados a la atención especializada de detenidos, sujetos a prisión preventiva, y condenados. Cuando ello no fuere posible, en los establecimientos penitenciarios deberán existir dependencias para detenidos y; a lo menos para sujetos a prisión preventiva, por una parte, y condenados, por otra, con las separaciones adecuadas”. Lo anterior en virtud de los principios de clasificación penitenciaria consagrados en diversos tratados e instrumentos internacionales vigentes en Chile.

Clases de establecimientos penitenciarios.

El R.E.P establece diversas clases de establecimientos de penitenciarios. Las clases de establecimientos regulados son las siguientes:

Los centros de detención preventiva o C.D.P, son establecimientos penitenciarios destinados a la atención de detenidos y sujetos a prisión preventiva.

Los centros de cumplimiento penitenciario o C.C.P, son establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad. Estos establecimientos pueden tener los regimenes siguientes: cerrado; semi-abierto y abierto.

Los centros de educación y trabajo C.E.T; centros abiertos o centros agrícolas u otra denominación específica aprobada por la administración penitenciaria, son CCP que contemplan un determinado tito de tratamiento de reinserción social.

Los centros penitenciarios de menores o C.P.M, son establecimientos destinados a la atención de menores.

Los centros penitenciarios femeninos o C.P.F, son los establecimientos destinados a la atención de mujeres, en prisión preventiva o condenada. En estos recintos, deberán existir dependencias que cuenten con espacios y condiciones adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

Los centros de reinserción social o C.R.S, son establecimientos destinados al seguimiento, asistencia y control de los condenados que por un beneficio legal o reglamentario se encuentra en el medio libre.

Por último, el artículo 22 del Reglamento dispone que: “En los establecimientos penitenciarios podrán existir departamentos separados para los reclusos que reuniendo lo requisitos, deseen permanecer en ellos mediante pago de una mensualidad, cuyo monto y modalidad se fijará en la forma prevista por el artículo

116.”

²²⁹ El Art. 18 del R.E.P. señala: “Los menores de edad entre 16 y 18 años que por orden del Juez del crimen ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, o que deban cumplir condena privativa de libertad, deberán permanecer en recintos de uso exclusivo, totalmente separados de los internos adultos y corresponderá a la Administración resguardar su seguridad. Si por situación especial y por orden del Juez competente ingresaren a establecimientos penitenciaros administrados por Gendarmería de Chile, menores de 16 años de edad, éstos deberán permanecer totalmente separados de los internos adultos y se procurará su separación de los mayores de 16 años de edad. El Jefe de Establecimiento, dentro de las 24 horas de ingresado el menor, debe comunicar este hecho al Director regional de gendarmería y al Servicio Nacional de Menores para que adopten las medidas correspondientes.”

²³⁰ El Art. 19 incs. 2 y 3 del R.E.P dispone: “en aquellos lugares en que no existan estos centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, son perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina. Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe De Establecimiento deberá comunicar de inmediato al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas y medidas que dicha institución deberá desarróllale para el adecuado cuidado de los niños.”

²³¹ El Art. 116 del R.E.P señala: “La organización interna de los establecimientos penitenciarios será establecida por Resolución del Director Nacional de Gendarmería...” El Art. 22 del R.E.P en sus incs. 2 y 3 dispone: “Los fondos así recaudados, podrán ser aplicados en beneficio de los internos y de los establecimientos penitenciarios en que estos pensionados existen, reglamentándose por Resolución del Director Nacional de Gendarmería de Chile, los requisitos de ingreso y permanencia, como asimismo, la forma

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

En nuestro país existen los siguientes establecimientos penitenciarios que albergan a detenidos, procesados o imputados, condenados a penas privativas de libertad y sujetos a reclusión nocturna. (Datos población recluida en establecimientos del sistema cerrado y semiabierto al 30 de noviembre del 2002, Gendarmería de Chile.)

Tabla N° 4

PRIMERA REGIÓN

ESTABLECIMIENTO	DETENIDOS				PROCESADOS./ IMPUTADOS.				CONDENADOS				ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL ESTAB.		
	HOM.		MUJ.		HOM.		MUJ.		HOM.		MUJ.		HOMMUJ.					
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.		TOT.	
CP ARICA	40	0	7	0	47	503	5	114	1	623	100	11	14	10	114	30	0	1813
CCP IQUIQUE	45	4	8	1	58	626	29	66	0	721	674	0	76	0	750	3	0	1532
CDP POZO ALMONTE	3	0	0	0	3	74	0	8	0	82	91	0	5	0	96	3	0	184
CET ARICA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	38	0	3	0	41	0	0	41
TOTAL	88	4	15	1	108	1203	34	188	1	1426	1804	4	225	0	2036	0	6	3570

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 5

SEGUNDA REGIÓN

de administración e inversión de los fondos recaudados. El Director Nacional de Gendarmería de Chile podrá eximir del pago de pensionado en casos calificados y excepcionales y delegar esta facultad en los Jefes de Establecimientos.”

ANALISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS/.CONDENADOS IMPUTADOS.									ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL	
	HOM. MUJ.					HOM. MUJ.			HOM. MUJ.			HOM. MUJ.			ESTAB.				
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.	TOT.	
CET OJO OPACHE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	12	0	0	0	12	0	0	0	12
CDP TOCOPILLA	5	0	0	0	5	23	0	6	0	29	113	0	16	0	129	8	0	8	171
CDP CALAMA	2	0	0	0	2	48	5	4	0	57	214	0	18	0	239	4	0	4	302
CCP ANTOFAGASTA.	10	0	0	0	10	163	5	0	0	168	484	0	0	0	487	0	0	0	665
CDP TAL TAL	0	0	0	0	0	6	1	1	0	8	42	0	2	0	44	1	0	1	53
CPF ANTOFAGASTA	0	0	0	0	0	0	0	20	0	20	0	0	39	1	40	0	0	0	60
CET ANTOFAGASTA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	16	0	7	0	23	0	0	0	23
TOTAL	17	0	0	0	17	240	13	31	0	282	881	0	82	1	974	13	0	13	1286

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 6

TERCERA REGIÓN

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS/.CONDENADOS IMPUTADOS.									ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL	
	HOM. MUJ.					HOM. MUJ.			HOM. MUJ.			HOM. MUJ.			ESTAB.				
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.	TOT.	
CCP CHAÑARAL	1	0	0	0	1	19	0	3	0	22	50	0	2	0	52	0	0	0	75
CCP COPIAPO	7	0	0	0	7	90	2	9	0	101	350	0	27	0	383	3	0	3	494
CDP VALLENAR	1	0	0	0	1	31	3	2	2	38	88	0	5	0	93	1	0	1	133
TOTAL III REGION	9	0	0	0	9	140	5	14	2	161	490	0	34	0	528	4	0	4	702

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 7

CUARTA REGIÓN

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS/CONDENADOS					ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL ESTAB.					
	HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOM		MUJ.		TOT.				
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.							
CCP LA SERENA	4	0	0	0	4	18	9	11	2	21	34	0	23	0	36	16	0	16	606
CDP VICUÑA	0	0	0	0	0	14	0	0	0	14	50	0	3	0	53	3	0	3	70
CDP OVALLE	6	0	0	0	6	51	0	5	0	56	104	0	4	0	108	5	0	5	175
CDP COMBARBALA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	6	0	0	0	6	0	0	0	6
CDP ILLAPEL	2	0	0	0	2	10	0	1	0	11	54	0	1	0	55	0	0	0	68
CET VICUÑA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL IV REGION	12	0	0	0	12	264	5	17	2	298	560	0	31	0	591	24	0	24	925

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 8

QUINTA REGIÓN

ANÁLISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROC. O IMPUT.					CONDENADOS					ARRESTO NOCT.			TOTAL
	HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOM		MUJ.	ESTAB.
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Ad	TOT.	
CDP PETORCA	0	0	0	0	0	6	0	0	0	6	25	0	0	0	25	1	0	1	32
CDP LA LIGUA	5	0	0	0	5	24	0	0	0	24	18	0	0	0	18	4	0	4	51
CET PUTAENDO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	8	0	0	0	8	0	0	0	8
CCP SAN FELIPE	9	0	0	0	9	57	0	0	0	57	94	0	0	0	94	2	0	2	162
CCP LOS ANDES	15	3	3	0	21	77	7	11	0	95	156	0	19	0	175	6	0	6	297
CDP QUILLOTA	10	0	2	0	12	138	5	10	0	153	210	0	19	0	229	5	0	5	399
CDP LIMACHE	28	0	0	0	28	127	2	0	0	129	107	0	3	0	110	3	0	3	270
CP VALPARAISO	98	7	18	1	124	692	16	36	1	745	1200	0	91	0	1295	0	0	0	2164
CDP CASABLANCA	3	0	0	0	3	33	0	0	0	33	29	0	0	0	29	2	0	2	67
CCP SAN ANTONIO	5	8	3	0	16	233	5	10	0	248	125	0	21	0	146	2	0	2	412
SC ISLA DE PASCUA	0	0	0	0	0	8	1	0	0	9	15	0	0	0	15	1	0	1	25
CET VON MOLTKE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	14	0	0	0	14	0	0	0	14
CET CP VALPO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	25	0	0	0	25	0	0	0	25
TOTAL V REGION	173	8	26	1	218	1395	6	67	1	1492	2030	0	153	0	2183	26	0	26	3926

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 9

SEXTA REGIÓN

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

ESTABLECIMIENTO	DETENIDOS				PROCESADOS/IMPUTADOS.				CONDENADOS				ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL				
	HOM.		MUJ.		HOM.		MUJ.		HOM.		MUJ.		HOM.		MUJ.	ESTAB.				
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Mn	Ad.	TOT.						
CCP RANCAGUA	40	18	0	0	58	33	8	0	0	338	50	7	0	0	507	1	0	1	904	
CDP PEUMO	0	0	0	0	3	44	0	0	0	44	10	7	0	3	0	110	7	0	7	164
CCP RENGÓ	1	0	0	0	1	14	10	6	0	147	22	2	0	4	0	226	4	0	4	378
CCP SAN FERNANDO	11	0	0	0	11	13	0	2	0	15	25	0	1	0	26	4	0	4	56	
CCP SANTA CRUZ	2	6	0	0	8	60	3	2	0	65	15	5	0	2	0	157	4	0	4	234
CPF RANCAGUA	0	0	6	0	6	0	0	2	0	22	0	0	3	0	35	0	0	0	0	63
TOTAL VI REGION	57	24	6	0	87	59	6	3	2	631	101	6	4	5	106	12	0	20	1799	

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 10

SEPTIMA REGIÓN

ANALISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ESTABLEC	DETENIDOS				PROCESADOS/ IMPUTADOS.				CONDENADOS				ARRESTO. NOCT..		TOTAL					
	HOM		MUJ		HOM		MUJ		HOM		MUJ		HOMMUJ.		ESTAB.					
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Mn	Ad.	TOT.						
CCP CURICO	3	0	0	0	3	10	2	3	0	11	3	0	20	7	0	30	6	0	6	431
CDP CUREPTO	0	0	0	0	0	5	0	0	0	5	3	0	0	0	0	30	0	0	0	35
CCP MOLINA	0	0	0	0	0	18	0	0	0	18	85	0	0	0	0	85	0	0	0	103
CCP TALCA	11	1	0	0	12	14	4	0	0	14	37	6	0	0	0	37	17	0	17	550
CDP CONSTITUCION	1	0	0	0	1	28	0	1	0	29	62	0	2	0	0	64	4	0	4	98
CCP SAN JAVIER	5	0	0	0	5	33	0	2	0	35	33	0	1	0	0	34	3	0	3	77
CDP CHANCO	1	0	0	0	1	7	0	0	0	7	19	0	1	0	0	20	0	0	0	28
CCP LINARES	4	0	0	0	4	42	0	0	0	42	18	2	1	0	0	18	3	0	3	232
CCP CAUQUENES	0	0	0	0	0	20	1	1	0	22	70	0	3	0	0	73	2	0	2	97
CCP PARRAL	1	0	0	0	1	21	0	0	0	21	10	5	1	0	0	10	5	0	5	133
CPF TALCA	0	0	0	0	0	0	0	12	0	12	0	0	15	0	0	15	0	0	0	27
CET TALCA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	25	0	0	0	0	25	0	0	0	25
TOTAL	26	1	0	0	27	426	1	19	0	449	1289	30	0	0	1320	40	0	40	1836	

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 11

OCTAVA REGIÓN

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS/ IMPUTADOS.					CONDENADOS					ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL ESTAB.
	HOM.		MUJ.			HOM		MUJ			HOM		MUJ			HOMMUJ.			
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.	TOT.	
CDP QUIRIHUE	0	0	0	0	0	26	0	0	0	26	80	0	0	0	80	1	0	1	107
CDP SAN CARLOS	0	0	0	0	0	25	0	0	0	25	118	0	0	0	118	4	0	4	147
CCP CHILLAN	33	7	0	0	40	89	4	0	0	93	397	0	0	0	397	14	0	14	544
CCP BULNES	2	0	0	0	2	15	0	0	0	15	86	0	0	0	86	5	0	5	108
CCP CONCEPCION	17	25	11	4	211	82	35	0	4	925	107	0	49	0	1120	15	0	15	2271
CCP CORONEL	8	0	0	0	8	10	0	0	0	109	157	1	0	0	157	6	0	6	280
CDP YUMBEL	4	0	0	0	4	36	0	0	0	36	66	0	0	0	66	3	0	3	109
CDP YUNGAY	3	0	0	0	3	10	0	0	0	10	56	0	0	0	56	1	0	1	70
CDP ARAUCO	3	1	0	1	5	50	7	8	0	65	101	0	4	0	105	2	0	2	175
CDP LOS ANGELES	18	6	3	0	27	163	14	7	0	184	264	0	12	0	276	7	0	7	494
CDP LEBU	0	0	0	0	0	89	0	0	0	89	83	0	0	0	83	4	0	4	176
CDP MULCHEN	1	0	0	0	1	16	0	0	0	16	66	0	0	0	66	0	0	0	83
CET CAÑETE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	15	0	0	0	15	0	0	0	15
CPFCHILLAN	0	4	0	4	0	0	0	11	0	11	0	0	20	0	20	0	0	0	35
CET CONCEPCION	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	40	0	12	0	52	0	0	0	52
CET YUNGAY	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	11	0	0	0	11	0	0	0	11
CET SAN CARLOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	11	0	0	0	11	0	0	0	11
TOTAL VIII REGION	24	39	18	5	305	144	24	74	4	1604	2621	97	0	271	60	0	60	4688	

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 12

NOVENA REGIÓN

ANÁLISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ESTABLEC	DETENIDOS					PROCESADOS/ IMPULSADOS									ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL ESTAB.	
	HOM		MUJ			HOM			MUJ			HOM			MUJ				
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.		TOT.
CDP ANGOL	0	0	0	0	0	40	2	1	0	43	15	90	5	0	164	14	0	14	221
CDP COLLIPULLI	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0	0	0	4	1	0	1	5
CCP VICTORIA	1	0	0	0	1	20	1	1	0	22	10	40	11	0	115	2	0	2	140
CDP TRAIGUEN	0	0	0	0	0	19	0	0	0	19	50	0	0	0	50	4	0	4	73
CDP CURACAUTIN	1	0	0	0	1	8	0	0	0	8	37	0	0	0	37	0	0	0	46
CCP LAUTARO	0	0	0	0	0	27	0	0	0	27	59	0	0	0	59	1	0	1	87
CCP NUEVA IMPERIAL	22	0	0	0	22	4	0	0	0	4	14	50	0	0	145	0	0	0	171
CCP TEMUCO	18	5	0	0	201	22	0	0	0	22	44	81	0	0	449	14	0	14	686
CDP PITRUFQUEN	0	0	0	0	0	22	0	0	0	22	96	0	0	0	96	1	0	1	119
CDP VILLARRICA	0	0	0	0	0	36	3	1	0	40	15	71	2	0	160	5	0	5	205
CPF TEMUCO	0	0	0	0	0	0	0	13	0	13	0	0	25	0	25	0	0	0	38
CET VILCUN	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	47	0	1	0	48	0	0	0	48
CET VICTORIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	7	0	0	0	7	0	0	0	7
CET ANGOL	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	18	0	0	0	18	0	0	0	18
TOTAL	21	0	5	0	225	195	5	16	0	220	133	2	44	0	137	42	0	42	1864

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 13

DÉCIMA REGIÓN

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

ESTABLEC	DETENIDOS				PROCESADOS/ IMPUTADOS.				CONDENADOS			ARRESTO NOCTURNO.			TOTAL ESTAB.					
	HOM		MUJ		HOM		MUJ		HOM			MUJ.								
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Ad.	TOT.							
CDP VALDIVIA	21	0	1	0	22	18	2	18	5	3	208	3	180	16	0	334	14	1	15	579
CDP LA UNION	12	0	0	0	12	44	0	1	0	45	15	60	5	0	161	0	0	0	0	218
CCP RIO BUENO	0	0	0	0	0	24	5	0	0	29	70	0	7	0	77	2	0	2	0	108
CCP OSORNO	20	0	1	0	21	19	22	9	0	230	35	81	8	0	367	0	0	0	0	618
CDP RIO NEGRO	6	0	2	0	8	17	0	1	0	18	43	0	0	0	43	0	0	0	0	69
CCP PUERTO MONTT	28	7	4	0	39	24	6	11	15	1	273	37	31	14	0	388	14	0	14	714
CDP MAULLIN	0	0	0	0	0	7	0	0	0	7	43	0	0	0	43	1	0	1	0	51
CDP ANCUD	2	0	0	0	2	56	3	5	2	66	60	0	7	0	67	3	0	3	0	138
CDP CASTRO	13	0	1	0	14	77	4	2	3	86	61	0	1	0	62	6	0	6	0	168
CDP CHAITEN	0	0	0	0	0	4	0	0	0	4	6	0	0	0	6	0	0	0	0	10
CET OSORNO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	63	0	0	0	63	5	0	5	0	68
CET VALDIVIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	23	0	0	0	23	0	0	0	0	23
TOTAL	102	7	9	0	118	849	70	38	9	966	1572	2	58	0	1634	45	1	46	0	2764

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 14

DÉCIMO PRIMERA REGIÓN

ANALISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS/ IMPUNITOS					ARRESTO NOCTURNO.					TOTAL ESTAB.			
	HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.						
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT.	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT.	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT.				
CET VALLE VERDE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	6	0	0	0	6	0	0	0	6
CDP PTO AYSÉN	0	0	0	0	0	22	1	4	0	27	66	1	2	0	69	0	0	0	96
CCP COYHAIQUE	3	3	0	0	6	29	0	2	1	32	73	0	3	0	76	0	0	0	114
CDP COCHRANE	0	0	0	0	0	3	0	0	0	3	9	0	0	0	9	0	0	0	12
CDP CHILE CHICO	3	0	0	0	3	0	0	0	0	0	9	0	0	0	9	0	0	0	12
CET MELIMoyu	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	55	0	0	0	55	0	0	0	55
TOTAL XI REGION	6	3	0	0	9	54	1	6	1	62	218	1	5	0	224	0	0	0	295

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 15

DÉCIMO SEGUNDA REGIÓN

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS/ IMPUNITOS					ARRESTO NOCTURNO.					TOTAL ESTAB.			
	HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.						
	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT.	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT.	Ad	Mn	Ad	Mn	TOT.				
CDP PTO. NATALES	1	0	0	0	1	4	0	0	0	4	37	0	4	0	41	0	0	0	46
CCP PTA ARENAS	13	12	1	0	26	93	0	9	0	102	213	0	6	0	219	0	0	0	347
CDP PORVENIR	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	15	0	0	0	15	0	0	0	16
CET PTA ARENAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5	0	0	0	5	0	0	0	5
TOTAL XII REGION	14	12	1	0	27	98	0	9	0	107	270	0	10	0	280	0	0	0	414

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 16

REGIÓN METROPOLITANA

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

ESTABLEC.	DETENIDOS					PROCESADOS. IMPUTADOS.					CONDENADOS					ARRESTO NOCT.		TOTAL ESTAB.
	HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOM.		MUJ.			HOMMUJ.		
	Ad.	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	Mn	Ad	Mn	TOT	Ad.	TOT.	
CCP COLINA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	124	20	0	0	124	20	0	1242
CDP TALAGANTE	9	0	2	0	11	168	0	10	0	178	67	0	1	0	68	4	0	261
CDP MELIPILLA	2	0	0	0	2	82	0	4	0	86	62	0	2	0	64	2	0	154
CCP BUIN	6	0	0	0	6	83	0	6	0	89	143	0	6	0	149	2	0	246
CDP STGO SUR	49	20	0	0	492	333	34	6	0	3379	912	730	0	0	12730	0	0	5144
CCP COLINA II	11	0	0	0	11	129	0	0	0	129	129	10	0	0	12910	0	0	1431
CDP PTE. ALTO	91	0	0	0	91	983	0	0	0	983	592	0	0	0	5920	0	0	1666
CDP SAN MIGUEL	67	0	0	0	67	1338	0	0	0	1338	641	0	0	0	6410	0	0	2046
ANEXO CDP STGO	0	0	0	0	0	35	0	6	0	41	18	0	0	0	180	0	0	59
CPF SANTIAGO	0	0	62	0	62	0	0	419	0	419	0	0	427	0	4270	0	0	908
SED CPTAN YABER	25	0	0	0	25	4	0	0	0	4	34	0	0	0	340	0	0	63
CRA MANUEL. RODRIGUEZ	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	419	0	0	0	4190	0	0	419
CAS SANTIAGO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24	0	0	0	240	0	0	24
C. ESP. PTA. PEUCO	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	7	0	0	0	70	0	0	8
CET SANTIAGO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24	0	0	0	240	0	0	24
TOTAL REG. METROPOLITANA	7030	640	767	615	646	445	664	758	370	4360	627	38	0	8	13695			
TOTAL NACIONAL	166023	39	1929	3063	1556	20	1435	299	268	1250	2119	288	1	289	37764			

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N°17

Resumen establecimientos penitenciarios.

SIGLA	DESCRIPCION	CANTIDAD
C.P.	Complejo Penitenciario	2
C.C.P.	Centro de Cumplimiento Penitenciario	33
C.D.P.	Centro de Detención Preventiva	50
C.P.F.	Centro Penitenciario Femenino	7
C.E.T.	Centro de Educación y Trabajo	21
C.R.A.	Centro de Readaptación Abierto	1
C.R.S.	Centro de Reinserción Social	30
C.A.S.	Cárcel de Alta Seguridad	1
C.ESP	Cárcel Especial de Pta. Peuco	1
TOTAL		146

Fuente: Gendarmería de Chile.

Sistema de establecimientos concesionados.

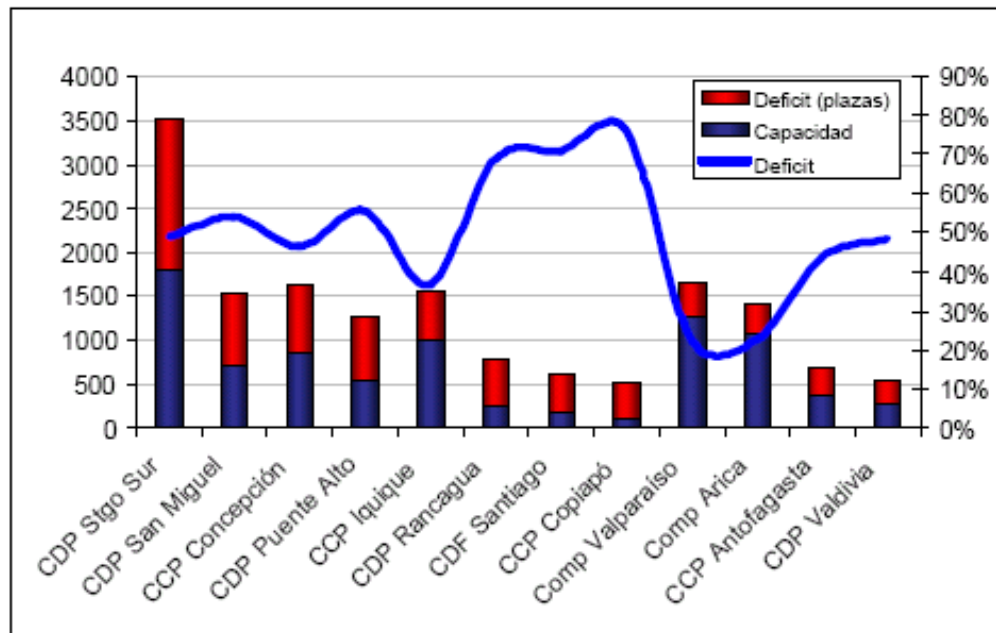
La sobre población carcelaria es un hecho cierto y asumido por el Estado hoy en día. La población penal se duplicó en los 90, en relación con el decenio precedente²³². Lo anterior debido a políticas más estrictas en relación con la concesión de indultos, beneficios intra-penitenciarios, etc.

A este dramático aumento de la población penal, se sumó el déficit ya existente de infraestructura penitenciaria, lo que generó una tasa de sobrepoblación cercana al 50%. Las consecuencias de esta sobrepoblación se traducen en condiciones de vida poco dignas de los condenados, procesados y detenidos con riesgos para su integridad personal, dificultades para llevar a cabo un proceso de reinserción social, además de inminentes peligros de fugas, motines, actos vandálicos y atentados en contra del personal de Gendarmería.

Para entender la sobrepoblación existente en la actualidad, los siguientes gráfico y tabla, demuestran la situación de hacinamiento en los principales recintos penitenciarios del país.

Gráfico N°1

Hacinamientos en las cárceles chilenas



Fuente: Anuario de Estadísticas Criminales, 2002, Fundación Paz Ciudadana

Tabla N° 18

Hacinamiento en las cárceles chilenas.

²³² Durante la década de los 80 y hasta 1990, la población penal reclusa en los establecimientos penitenciarios chilenos, creció a una tasa promedio del 3,65 % anual. El período 1995 a 2000, esta tasa se incremento en un crecimiento promedio anual de 6.5 % (calculada sobre los promedios anuales de población), llegando a extremos de variaciones anuales de 16 % (medida entre diciembre de 1998 y diciembre de 1999).

	Población	Capacidad	% Uso*	Déficit (plazas)**	% de déficit del penal sobre déficit nacional
CDP Stgo Sur	3519	1800	196%	1719	17%
CDP San Miguel	1545	711	217%	834	8%
CCP Concepción	1629	872	187%	757	8%
CDP Puente Alto	1261	560	225%	701	7%
CCP Iquique	1572	992	158%	580	6%
CDP Rancagua	802	250	321%	552	6%
CDF Santiago	617	180	343%	437	4%
CCP Copiapó	511	122	419%	389	4%
Complejo Valpo.	1650	1280	129%	370	4%
Complejo Arica	1415	1092	130%	323	3%
CCP Antofagasta	693	390	178%	303	3%
CDP Valdivia	539	278	194%	261	3%

* Valor que representa el porcentaje hacinamiento

** Número de plazas que faltan por sobre la capacidad

Fuente: Fundación Paz Ciudadana

Ante el poco alentador panorama penitenciario, a principios del Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, el Ministro de Justicia, José Antonio Gómez, impulsó al interior del Ministerio un proceso de análisis para encontrar una solución integral a la situación de sobrepoblación y déficit de infraestructura penitenciaria.

Para el Gobierno resultaba claro, que la forma de superar la crisis carcelaria residía en la construcción de un mayor número de establecimientos penitenciarios. Sin embargo, uno de los principales obstáculos que se encontró el Gobierno para iniciar este proceso, fue el alto costo que significa la construcción de establecimientos penales.

De forma de paliar este inconveniente presupuestario, se ideó un sistema de concesiones de obras públicas, el cual permite la intervención de privados en la construcción de cárceles, disminuyendo sustantivamente la carga pecuniaria del erario nacional.

6.1. Marco legal.

Uno de los factores decisivos para implementar el programa de concesiones, fue la existencia de un marco legal suficiente para permitir estas concesiones. Sin embargo, nuestra Constitución y legislación no permiten delegar la facultad de ejecución punitiva a privados, debiendo ésta llevarse a cabo por los organismos designados en la ley. De este modo, se elaboró un sistema en el cual se entregaba, por una parte, a los privados la concesión del diseño, el financiamiento, la construcción, el mantenimiento y la prestación de los denominados servicios penitenciarios (alimentación, lavandería, salud, aseo, consumos básicos, reinserción social y otros) y por otra la administración y vigilancia de los recintos penales a Gendarmería de Chile. Al Ministerio de Obras Públicas le correspondería contratar con los concesionarios, por mandato del Ministerio de Justicia, quien efectuaría los pagos periódicos que establecería el contrato de concesión.

Una característica relevante del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria es que gran parte de los pagos efectuados al concesionario provendrá del

subsidio estatal que se estipule en el contrato de concesión. Por otra parte, el Estado adquirirá el dominio de las obras en el plazo establecido en el contrato.

De este modo se inició un **Programa de Concesiones Infraestructura Penitenciaria** en el cual **el Estado entrega a un privado o concesionario el derecho a desarrollar y explotar un bien de uso público o servicio, en este caso los Establecimientos Penitenciarios, a cambio de su explotación temporal.**

El Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria comprende la construcción de 10 establecimientos penitenciarios de reclusión con una capacidad total estimada en 16.000 plazas que se construirán en 4 etapas hasta el año 2005. Las etapas son las siguientes²³³:

Primera etapa: Construcción de los establecimientos de Iquique, La Serena y Rancagua, adjudicada al consorcio BAS (formada por las empresas Besalco, Astaldi y Sodexho), con un monto de inversión de 75 millones de dólares y con fecha de término antes de Diciembre del 2003.

Segunda etapa: Construcción de los establecimientos de Concepción y Antofagasta. Esta etapa actualmente se encuentra en construcción. La inversión estimada es de US\$ 50 millones y la adjudicación recayó en la Sociedad Concesionaria BAS Dos S.A.

Tercera etapa: Licitación de las Unidades penales de región Metropolitana I, Puerto Montt y Valdivia. Contempla la construcción de dos Establecimientos Penitenciarios de mediana seguridad en Valdivia y Puerto Montt, y uno de alta seguridad en la Región Metropolitana, con una capacidad total estimada para 5 mil internos, en más de 65 mil metros cuadrados de edificación y 60 mil metros cuadrados de patios en áreas de reclusión.

Cuarta etapa: Contempla la construcción de dos Establecimientos Penitenciarios, el primero en la Región Metropolitana y el segundo en la Quinta Región del País (interior), con una capacidad total estimada para 4.000 internos y más de 45 mil m² de edificación y 30 mil m² de patios en áreas de reclusión.

6.2. Administración de los establecimientos concesionados.

Como lo señalamos, en este nuevo sistema, intervienen en la administración del establecimiento, el Estado y el Concesionario, cada uno con un ámbito de ejercicio definido. De esta forma se crea un nuevo Régimen de administración Penitenciaria.

Este nuevo Régimen de Administración de Establecimientos Penitenciarios Concesionados, tiene como objetivo “conciliar las facultades y atribuciones de la Administración Penitenciaria derivadas de la debida ejecución de la Función Punitiva del Estado, con la participación que tendrán los privados en el proceso.”²³⁴

Los particulares, en este sistema, tienen un rol colaborador de la Administración penitenciaria, debiendo respetar el marco regulatorio impuesto.

La condición administrativa de los Establecimientos penitenciarios concesionados será de “Complejos Penitenciarios”.

²³³ (71) www.concesioneschile.cl . Proyectos en construcción [en línea] http://www.concesioneschile.cl/proyectos_concesiones.htm [consulta: 18 noviembre de 2003].

²³⁴ (70) CACERES C. VERÓNICA y PEIRANO N. JAVIER. El programa de concesiones de infraestructura penitenciaria. *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios*. (4). Pág.20. 2002

Las autoridades que intervienen en cada establecimiento concesionado son²³⁵:

La **Administración Penitenciaria**, que corresponde a Gendarmería, se refiere a la administración del establecimiento penitenciario, y se concreta a través de una autoridad unipersonal denominada Alcaide, quién ejercerá el cargo de Jefe del Complejo Penitenciario.

La **Administración del Contrato de Concesión**, en la que se vinculan el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas (MOP), que es representada por el Inspector Fiscal, y la Sociedad Concesionaria, representada en cada establecimiento por el Gerente de Explotación.

Una **Instancia coordinadora** en la que participa el Alcaide o su representante, el Gerente de Explotación, o su representante y un miembro de la Inspección Técnica de la Explotación- los objetivos de esta instancia son: coordinar a los agentes que operan en el área de la concesión, propender a una gestión eficiente del establecimiento y prevenir acciones que puedan afectar su administración.

El Director Nacional de Gendarmería, será quién determine la estructura orgánica y funcional de los penales.

Cada penal contará con un Alcaide, quien será la autoridad máxima del establecimiento. Además existirán Jefes de Unidades de Reclusión, los que serán responsables de la unidad asignada dentro del recinto y actuarán bajo coordinación y dependencia jerárquica del Alcaide.

En cada complejo también existirá un Consejo Técnico que actuará bajo la dependencia jerárquica del Alcaide.

Existirá también un tribunal de conducta.

La facultades del Alcaide o Jefe de Complejo son²³⁶:

Generales: provenientes de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Especiales: que se clasifican en instrucciones de cumplimiento inmediato y proposición de medidas al Inspector Fiscal.

Las situaciones que pueden dar origen a instrucciones de cumplimiento inmediato son²³⁷:

Peligro grave de atentado contra la integridad física de las personas que se encuentren al interior del establecimiento, de la seguridad de las instalaciones, de la infraestructura o bienes muebles del recinto.

Respuesta a medidas de presión de carácter pacífico. En estos casos, dependiendo de la cantidad de internos que participe en la acción se podrá, por ejemplo, evacuar a un determinado sector del Complejo Penitenciario.

Procedimiento de allanamiento, se refiere a la orden de registro físico o de allanamiento total o parcial de dependencias de internos. Esta orden debe generarse en la administración penitenciaria, la que no tiene la obligación de comunicarla sino hasta el momento y en el lugar que se efectúe.

²³⁵ *Íbid.*

²³⁶ (70) Ob.cit. CACERES C. VERÓNICA y PEIRANO N. JAVIER. Pág.21.

²³⁷ *Íbid.*

Respecto de la facultad especial del Alcaide o Jefe de Complejo para proponer medidas al Inspector Fiscal, estas pueden ser preventivas o correctivas y tener relación con la infraestructura del recinto y la ejecución de los servicios concesionados. Estas medidas, no deben recaer en situaciones de emergencia o graves.

6.3. Diseño y características de los nuevos establecimientos concesionados.

Si bien el diseño en detalle de los nuevos establecimientos penitenciarios deben ser propuestos por el concesionario, en las Bases Técnicas y Administrativas, se establecen ciertos criterios básicos como: localización y conceptos básicos para el diseño.

Con relación a la localización de los establecimientos penitenciarios, los criterios utilizados para la construcción de los tres primeros son los siguientes²³⁸:

La existencia previa de terrenos de propiedad fiscal regularizada o fácilmente regularizable, apropiados para la construcción de las obras.

La situación de sobre población de los establecimientos de la región en que se situará la obra concesionada.

El cronograma de aplicación de la Reforma Procesal penal, de manera de complementar las inversiones de este programa con las del programa de concesiones.

Con relación a los conceptos básicos para el diseño, se establecen especificaciones de seguridad de Unidades Penales basadas en el perfil criminológico de la población penal que será atendida en el recinto. Estas especificaciones “consisten en la definición de características arquitectónicas, de equipamiento y el régimen interno que se aplicará”²³⁹.

El concepto de seguridad manejado se refiere a “la capacidad de la administración penitenciaria para anticipar y prever la ocurrencia de eventos que puedan impedir que ésta cumpla su misión y la capacidad para reaccionar y reasumir las labores habituales en caso de que ocurra algunos de estos eventos.”²⁴⁰

De la definición expuesta “fluye que la práctica estricta de la vigilancia, definida como la observación activa atenta y personalizada de las personas puestas a disposición de Gendarmería, es la principal actividad que proporciona seguridad. Asimismo, queda establecido que la seguridad no se define sólo como la inexistencia de fugas sino también como la protección física y psicológica de los internos, el cuidado de los bienes fiscales y la prestación de servicios oportunos a los tribunales.”²⁴¹

Otro elemento importante a considerar en el diseño básico de los establecimientos penitenciarios concesionados es la segmentación. Se entiende por segmentación “la práctica de separar la población penal en grupos de personas que reúnen características similares con respecto a las variables de orientación sexual, edad, calidad procesal y compromiso delictual; con los objetivos de: proteger a los internos, evitar el contacto criminógeno, facilitar el control de grupos organizados y la mantención del orden interno”²⁴². La unidad básica de segmentación es la celda y la agrupación de estas constituye en atención a las características comunes de los internos se denomina módulo. El módulo es

²³⁸ (70) Ob. cit. CACERES C. VERÓNICA y PEIRANO N. JAVIER. Pág.13.

²³⁹ Íbid.

²⁴⁰ (70) Ob.cit. CACERES C. VERÓNICA y PEIRANO N. JAVIER. Pág.14.

²⁴¹ Íbid.

²⁴² Íbid.

“el espacio físico donde se establece la segmentación de la población penal y por ende las condiciones de seguridad propias de cada tipología de población penal. Desde este punto de vista, un establecimiento penitenciario es una asociación de módulos con características de seguridad y tratamiento diferenciados entre sí”²⁴³.

Los distintos tipos de establecimientos penitenciarios (de alta, mediana y baja seguridad) se determinarán según el tipo predominante de seguridad de los módulos.

Los módulos se clasifican de acuerdo a criterios de seguridad, dependiendo de los siguientes factores²⁴⁴:

Régimen interno:

Existencia de doble franja de seguridad.

Celdas individuales o colectivas.

Capacidad máxima de internos por módulos (los módulos de menor capacidad se consideran más seguros).

Tipo de pavimento de los patios.

Tipo de protección de ventanas.

Tipo de cerraduras en las puertas.

Material de los muros (En general de hormigón armado).

Pisos en que se ubican las celdas (En general ubicadas en el 2° y 3° piso).

Acceso a visitas. (Con contacto físico o por locutorio).

Complejidad del Sistema de circuito cerrado de televisión. (CCTV).

Los usuarios de los módulos serán definidos considerando su compromiso delictual y las siguientes variables:

Pertenencia a bandas o pandillas al interior del penal.

Antecedentes de reincidencia delictual.

Antecedentes de participación en fugas o motines.

Presentación de conflictos permanentes con la autoridad.

Registro de agresiones contra funcionarios.

Uso de violencia en la resolución de conflicto.

Tipos de delitos por los que están reclusos.

Antecedentes de consumo de drogas o alcohol.

Actitud frente al trabajo.

Nivel educacional.

6.4. Programas y servicios que debe prestar el concesionario.

Como señalamos, en las concesiones mencionadas, el privado se encuentra en el deber de financiar, diseñar y construir el establecimiento requerido y prestar los servicios que

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

el contrato estipule. Las obligaciones del concesionario en relación a los servicios a desarrollar, se consideran en los programas y servicios que a continuación expondremos.

El **programa de mantenimiento de infraestructura**, consiste en mantener en buen estado estructural y funcional los edificios y recintos, sus instalaciones, obras de paisajismo, y obras complementarias, de manera de que las condiciones de seguridad y operación sean normales. Los criterios y normas técnicas que deberán adoptarse en la elaboración y ejecución de dicho plan deberán asegurar en todo momento y por el período que dure la obra que se cumpla el objetivo del este servicio y al final de la concesión, se entregue una obra en condiciones de seguir siendo usada de acuerdo al estándar definido.

El **programa de mantenimiento de equipamiento estándar** implica mantener en buen estado los equipos y sistemas que definen el equipamiento estándar ofrecido por el concesionario.

El **programa de mantenimiento del equipamiento de seguridad** consiste en mantenimiento tanto correctivo como preventivo del equipamiento y sistemas de seguridad.

Respectos de los servicios penitenciarios, que actualmente son obligación de Gendarmería, pasarán a ser deber del concesionario. Estos servicios se expondrán a continuación.

El **servicio penitenciario de alimentación** queda a cargo del concesionario, el cual deberá prestar la alimentación diaria a la totalidad de internos y funcionarios de Gendarmería, que estén cumpliendo jornada laboral en los horarios de las comidas. Se incluye la alimentación de los lactantes, hijos de internas, de hasta la edad de dos años.

El **servicio penitenciario de lavandería**, proporcionando a los internos la posibilidad de:

Un máximo de 2,5 Kg. de ropa de vestir por interno a la semana.

Un juego de sábanas, una funda de almohada y una toalla por interno a la semana.

Dos frazadas por interno al ingreso al penal y posteriormente una vez al año

El **servicio penitenciario de aseo y control de plagas**, consiste en mantener el aseo, la higiene y salubridad de los establecimientos penitenciarios.

El **servicio penitenciario de salud** tiene como objetivo el mantener a la población interna en condiciones normales de salud brindando una atención oportuna al interior del recinto penal y promoviendo campañas destinadas a la prevención.

El **servicio penitenciario de reinserción social** obliga al concesionario a diseñar, ejecutar y monitorear programas de reinserción social orientados a dar cumplimiento a las políticas de Gendarmería. Estos programas tendrán por objetivo la reinserción del interno en el ámbito social, mediante la aplicación de técnicas psicológicas y sociales, la completación de escolaridad, la especialización y disciplina laboral, el mejoramiento de sus relaciones familiares, formación de hábitos de aseo y presentación personal, la asistencia religiosa voluntaria y las actividades recreacionales y prácticas deportivas periódicas. El programa y los subprogramas de reinserción social que diseñará y ejecutará el Concesionario comprenderá todas las acciones dirigidas a procurar a los condenados las condiciones físicas, psicológicas, sociales y materiales que les permitan tener éxito al egreso de la cárcel y reinsertarse en su familia y en la sociedad. El proceso de reinserción social debe entenderse, planificarse y desarrollarse como un proceso sistemático y progresivo de mediano y largo plazo, cuyo objeto es la modificación de factores que inciden en la génesis y desarrollo de los actos delictuales, durante su permanencia intra-muros. El proceso de

reinserción social deberá incluir como aspectos básicos de su formulación y ejecución, las áreas de Educación; Trabajo y Capacitación Laboral; Apoyo Psicosocial y Actividades Recreativas, Culturales y Deportivas.

De las áreas mencionadas se derivan subprogramas, los cuales son:

Subprograma Educación.

Subprograma Trabajo y Capacitación Laboral.

Subprograma Atención a Lactantes Hijos de Internas.

Subprograma Atención Psicológica Para Internos.

Subprograma atención a internos que presentan adicción al consumo de alcohol y drogas.

Subprograma de Capacitación Laboral.

Subprograma Laboral.

Subprograma Deporte, Recreación, Arte y Cultura.

El **servicio penitenciario de economato** obliga al concesionario a implementar almacenes al interior de cada Complejo Penitenciario, con el objetivo de abastecer a los internos de alimentos e insumos siempre y cuando la venta de dichos productos no atente contra la seguridad del Establecimiento

A los servicios mencionados se deben agregar una serie de **servicios complementarios**, los cuales el concesionario puede o no implementar (Ej.: estacionamiento de visitas; custodia de objetos; venta de artículos de almacén u otros dentro del área de concesión, distinto de los economatos, etc).

Estos servicios pueden ser propuestos por el concesionario dentro del período de concesión y deben ser debidamente aprobados por el Inspector Fiscal. La tarifas cobradas por el concesionario por la prestación los mencionados servicios no podrán superar el 10 % del valor de mercado, en atención a lo señalado en las bases de concesión.

6.5. Comentarios respecto del sistema de concesiones.

Como primer comentario, se debe destacar la mención de los servicios señalados, como necesidades ciertas de los internos que deben ser suplidas por el Estado o quien éste determine en virtud del contrato de concesión. Por otra parte, esto contribuye en forma considerable a mejorar la calidad de vida de los reclusos.

Es rescatable también la comprensión de la existencia de un problema penitenciario crítico, estableciéndose un primer eslabón de cambio. Sin embargo, sin que se asuman políticas integrales para mejorar esta crisis, la iniciativas aisladas, carentes de fundamento orgánico pueden estar destinadas a un resultado poco alentador.

Son diversas las críticas surgidas frente a esta idea, concebida en el seno del Ministerio de Justicia y Ministerio de Obras Públicas. Los principales reparos surgen de las experiencias de otros países en el tema de la privatización de establecimientos penitenciarios.

Primeramente, se debe considerar que la inversión de los privados en materia penitenciaria debe ser "un negocio", es decir debe existir lucro. Lo anterior, más que ser algo puramente negativo, es una importante advertencia para el legislador, los organismos

que contraten y los entes fiscalizadores, debido a los derechos fundamentales que entran en juego en este “negocio”.

Se fundamenta a favor de este sistema el ahorro que obtiene el Estado y mayor seguridad para la ciudadanía. Sin embargo los detractores de estas medidas sostienen que “Aun cuando pueda ser cierto que las empresas privadas presentan un menor costo de mantención que las públicas, ello no es suficiente para valorarlas positivamente, dado que el análisis debe ser tomando en consideración una serie de variables, siendo algunas de ellas difíciles de cuantificar desde una perspectiva puramente económica, pero que sí deben considerarse, como es el caso de la seguridad pública. Y es que la medición de costos no puede sólo dirigirse a lo que es propiamente la administración interna del recinto. Es así pues, que deben estimarse los gastos que el Estado debe asumir para supervisar que exista una correcta administración del recinto, lo que supone entonces, crear un especie de superintendencia. Asimismo, el Estado debe garantizar a la empresa carcelaria un número mínimo de presos –ello no nos puede extrañar, puesese es el negocio–, ¿qué sucedería entonces, si una determinada compañía no ofrece la debida seguridad, decidiéndose el traslado de los reclusos? La empresa puede argumentar un incumplimiento del contrato. Precisamente, esto ocurrió en EE.UU., donde una corporación exigió a Nuevo México el pago por las camas vacías, dada la decisión de trasladar a presos involucrados en un motín a otra prisión. En definitiva, serán los contribuyentes lo que deben asumir los costos por esta clase de conflictos contractuales”²⁴⁵.

Por otra parte, el respeto de los derechos laborales de los reclusos, en especial el derecho a una remuneración justa, puede verse vulnerado por el afán de lucro de los particulares.

Es también tema de preocupación, la atención médica de los reclusos. Se debe considerar el estado de vulnerabilidad en que se encuentra los internos y la mayor probabilidad de sufrir enfermedades y trastornos psicológicos por estar encerrados, lo cual podría encarecer esta prestación, lo cual podría pugnar con el afán de lucro del concesionario y conllevar a un servicio deficiente.

Los problemas laborales y de atención médica, son claras advertencias al legislador y a los agentes encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad, en cuanto a crear las salvaguardias necesarias para que no se repitan las nefastas experiencias acaecidas principalmente en Estados Unidos.

Otro punto controversial, es la poca preparación que puede tener el personal a cargo de la ejecución de la pena en establecimientos privados. Podemos señalar que en el sistema que se esta llevando a cabo en Chile, Gendarmería no pierde su rol de administrador y vigilante del sistema, por lo que no se incurría en deficiencias en el profesionalismo de los funcionarios. En este caso solo quedaría mejorar la actividad penitenciaria que actualmente lleva a cabo esta institución. Al respecto, debe mencionarse que los tratados internacionales y resoluciones de organismos tales como la ONU, señalan la necesidad que quienes ejercen la administración, vigilancia y en general laborales penitenciarias revistan la calidad de funcionarios públicos.

En relación a este punto, debe rescatarse el hecho de que el Estado no haya renunciado a su *ius puniendi*, siendo esta una actividad de exclusivo ejercicio público.

Una importante crítica que se efectúa al sistema en estudio, dice relación con la actividad resocializadora de pena privativa de libertad. De esta manera **CARNEVALI**

²⁴⁵ (9) **CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.** Cárceles privadas: ¿es sólo un negocio? [en línea] http://www.lexisnexus.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_RaulCarnevaliRodriguez01.asp [consulta: 18 noviembre de 2003].

RODRÍGUEZ señala: “ En la ciencia penal hay consenso en cuanto a las serias dificultades que supone un proceso de reinserción social a través de la privación de libertad. Si bien es cierto, no podemos prescindir de esta clase de penas, el objetivo resocializador no puede erigirse como el único principio legitimador. Es por ello que la tendencia, en lo que se refiere al sistema de penas, se dirige a reducir en lo posible las penas privativas de libertad. Ahora bien, sin perjuicio de los reparos precedentemente expuestos, se ha podido apreciar que las cárceles privadas norteamericanas no invierten lo suficiente en las tareas de escolarización, preparación laboral, bibliotecas, en circunstancias que se les paga por el servicio. Además, estas clases de cárceles han sido motivo de fuertes críticas dado el mal trato que periódicamente reciben los internos, lo que puede ser un importante factor de desocialización. Por último, no hay que dejar de tener presente lo siguiente, –y que ha motivado una fuerte acusación de organizaciones civiles– la prevención y rehabilitación no son rentables desde la perspectiva del empresario. De hecho, la industria carcelaria ha crecido en los últimos años de la mano de políticas puramente represivas”²⁴⁶.

Como corolario de la ideas antes expuestas, esto es que la facultad punitiva debe ejercerla el Estado; que si bien un sistema de concesión ayuda a paliar de alguna manera la crisis penitenciaria existente hoy en día, no será más que un intento frustrado si no se enmarca en una política penitenciaria con objetivos claros y que cualquier sistema en que se incluya a privados debe efectuarse en forma tal que se asegure el respeto de los derechos de los reclusos, además de ceñirse a nuestro marco legal constituido por la ley, la Constitución y los tratados internacionales, debemos señalar que “jamás debe perderse de vista que la mejor política criminal es la política social. El problema de la delincuencia no se aborda sólo con Derecho Penal, es más, debemos recurrir a él lo menos posible. Es urgente, entonces, enfatizar en las políticas de prevención. La lógica del delincuente como enemigo sólo lleva a perpetuar el problema y, a mi modo de ver, el sistema privado seguiría esta lógica, pues, en definitiva ese es el negocio.”²⁴⁷

Conclusiones.

La importancia de los establecimientos penitenciarios reside en ser el lugar físico en el cual se desarrolla el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Lo anterior, implica la consideración de una serie de aspectos analizados en el capítulo. A manera de síntesis, expondremos primeramente las características que consideramos esenciales en un establecimiento penitenciario.

Desde un punto de vista estructural, los establecimientos penitenciarios deben cumplir con características generales y especiales. Las características o más bien los requisitos generales, dicen relación con aquellos requisitos que debe cumplir toda edificación construida. En el caso que revista el *status* de edificación pública, también deberá observar las exigencias que se estipulen para este caso. En cuanto a los requisitos particulares de los establecimientos penitenciarios, estos deben enmarcarse dentro de los siguientes aspectos:

Finalidad social de la pena privativa de libertad.

Legislación que rige el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Respeto de los derechos de los reclusos.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid.

Seguridad del recinto.

La finalidad social de la pena privativa de libertad es sin duda, en nuestro ordenamiento jurídico, la rehabilitación del delincuente. La cárcel es el lugar donde se pretende llevar a cabo la prevención especial del delito y su infraestructura debe encontrarse diseñada para tal efecto. El modelo arquitectónico debe corresponder al método rehabilitador utilizado, facilitando su dinámica y sus objetivos. Es así como observamos, al referirnos a la historia de los establecimientos penitenciarios, el fracaso de algunos sistemas por no considerar este importante elemento. Por lo demás, la arquitectura penitenciaria incide fuertemente en los denominados efectos de la prisionización y de desocialización de la cárcel, los cuales claramente atentan contra la finalidad jurídica pretendida.

Como segundo elemento, consideramos la legislación aplicable al cumplimiento de la pena privativa de libertad, es decir la legislación específica que rija esta materia. Dentro de las normas aplicables se encuentran tanto la legislación nacional, como también la internacional. Dentro de los instrumentos internacionales es de considerara especialmente “las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. En lo que se refiere a esta materia, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios es la norma fundamental al respecto.

El respeto de los derechos de los reclusos tiene una clara manifestación en la arquitectura penitenciaria de los recintos de cumplimiento penal. De este modo, se debe considerar que cada aspecto de la cárcel debe propender al respecto y al ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos.

Como último elemento a considerar, señalamos la seguridad de los establecimientos penitenciaros. Este elemento implica conjugar una finalidad social con los derechos de los reclusos y el tratamiento que se lleve a cabo en el recinto. Para lograr esto, es necesario que exista una relación armónica entre la seguridad del recinto y la peligrosidad real de los internos que comprende la posibilidad de fuga como también la potencial agresión entre los mismos reclusos.

La consecuencias de una mala aplicación de los elementos mencionados o simplemente de su olvido, redundan en un fracaso del sistema de tratamiento impuesto, en una vulneración física y síquica del recluso, en un creciente contagio criminógeno intramuros que lleva a considerar a las cárceles como verdaderas “universidades del delito” y obviamente en un alejamiento total de la finalidad pretendida por el legislador y la sociedad al imponer un sanción penal.

Una vez delimitados los aspectos esenciales a considerar en la infraestructura penitenciaria debemos efectuar ciertas observaciones respecto de nuestro establecimientos penitenciaros.

Una de las arista más relevantes de la cuestión penitenciaria en nuestro país reside justamente en los determinantes e importantes problemas de infraestructura penitenciaria.

El creciente hacinamiento producto de las políticas criminales adoptadas en el país hacen completamente ilusorio cualquier tratamiento de rehabilitación y respeto de los derechos humanos. Así mismo, impide llevar a cabo una correcta clasificación penitenciaria, lo que produce, entre otras consecuencias un importarte contagio criminógeno, que atenta sustancialmente contra la prevención especial pretendida.

Este primer problema, se produce claramente por la falta de consideración del sistema estructural en una política criminal y penitenciaria integral, obviando todas las buenas y malas experiencias tanto propias como ajenas. Lo anterior sin olvidar, lo recursos que deben ser invertidos, de modo de no hacer ilusoria toda consagración legal.

La creciente preocupación del legislador y del Estado por el último escaño del sistema penal, llega en un momento en que se encuentra un colapso del sistema penitenciario. Además de encontrarse que no es una auspiciosa realidad sobre todo cuando se pretende instaurar exitosamente un nuevo proceso penal. De esta forma y de un modo poco integral, el problema más grave y mediático de las cárceles pretende encontrar una solución de forma más que de fondo.

El Estado ha optado por la vía de las licitaciones públicas para paliar los nocivos efectos comentados. La escasez de dinero del erario nacional y la imperiosa necesidad de contrarrestar las “universidades del delito”, hacen que la alternativa de la inversión de los privados resulte como una panacea.

La preocupación básica respecto de este sistema ya impuesto consiste en la capacidad del ente administrador estatal de no perder en la práctica el ejercicio del *ius puniendi* y los deberes, garantías y responsabilidades que esto implica. La cuestión radica en si el particular estará lo suficientemente obligado y controlado para cumplir con las obligaciones que le impone el estado y que dicen relación con los elementos mencionados al principio.

Es preocupante que el eje de la cuestión penitenciaria radique en la mayor o menor cantidad de cárceles y no en su calidad o en las medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

En suma, la importancia y el objetivo resultan claros, y la escasa normativa al respecto no es excusa para no afrontar el problema desde su raíz, especialmente si se tiene en cuenta las normas internacionales al respecto.

Sin perjuicio de lo comentado, será la evolución de los establecimientos la que deberá marcarla pauta de cuán correcto o incorrecto es el sistema. Aunque es dable preguntarse si los derechos humanos, la prevención especial y el bien común de la sociedad se encuentran aun en situación seguir soportando la crisis carcelarias y sus diversos intentos paliativos.

CAPITULO VIII:

REGÍMENES Y TRATAMIENTOS PENITENCIARIOS

Régimen penitenciario.

Nuestro reglamento, texto fundamental en esta materia, no contempla ninguna definición de régimen penitenciario, pero nosotros entendemos por tal el **conjunto normativo que regula la convivencia y ordenación de la vida en un establecimiento penitenciario, estableciendo los derechos y obligaciones de quienes intervienen en relación jurídica penitenciaria.**

El régimen penitenciario son las reglas de vida enmarcadas dentro de las relación jurídica penitenciaria establecida por el Estado. En nuestro caso, la relación, en atención a lo dispuesto en el R.E.P es una relación de derecho público.

La finalidad del régimen penitenciario se encuentra expresado en el artículo 24 del R.E.P del año 1998. Este artículo dispone “El régimen de los establecimientos o centros penitenciarios tenderá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previstos por la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”.

La importancia del régimen penitenciario reside en que constituyen la reglas de vida de un recinto penal y las que en definitiva plasman los ideales pretendidos al imponer una pena privativa de libertad. Es por esto que creemos necesario revisar la evolución de los regímenes penitenciarios, antes de avocarnos a nuestros regímenes en particular, en razón de entender las deficiencias que estos han presentado en su historia, aplicar conclusiones favorables que de ellos han surgido y por sobretodo entender sus finalidades y motivaciones.

Tratamiento penitenciario.

Se entiende por “tratamiento penitenciario” al proceso por el cual se obtiene o pretende obtenerse la finalidad asignada a la pena privativa de libertad²⁴⁸.

De lo expuesto se desprende el vínculo estrecho existente entre régimen penitenciario y tratamiento penitenciario, requiriendo ambos de una complementación armónica de modo de lograr las metas impuestas por el ordenamiento jurídico.

El proceso de reinserción social, que asume nuestro ordenamiento jurídico en el caso de la ejecución de la pena privativa de libertad, debe enmarcarse en un régimen que permita el natural desarrollo de este proceso y que además no le brinde contratiempo. De ahí que un buen tratamiento penitenciario, enmarcado en un mal régimen, y muchas veces llevado a cabo en un establecimiento penitenciario de infraestructura deficiente, no sólo determina un fracaso en la aplicación de éste, sino que también un franco retroceso. Por los motivos señalados es que se sostiene la plena armonía entre ambos elementos.

En nuestro sistema, es el R.E.P el que se refiere al tratamiento y sus finalidades. El artículo 92 dispone: “La Administración penitenciaria desarrollará actividades y acciones orientadas a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva y estarán dirigidas a las personas privadas de libertas o que se encuentren en el medio libre, cuando corresponda, a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulen.”

El tratamiento descrito en la norma tiene un carácter esencialmente rehabilitador, declarando como fin único la convivencia social y el respeto del ordenamiento jurídico. Es decir, adhiere plenamente a las doctrinas de prevención especial del delito. Además se apega a lo dispuesto en diversos tratados internacionales, como lo hemos visto.

La idea del tratamiento es remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva, entendiéndose que siempre existen estos factores y que son removibles. De lo expuesto, resulta destacable la salvaguardia impuesta por el R.E.P al primar la voluntad del reo en estas actividades.

²⁴⁸ El término tratamiento, significa “Conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad” según el diccionario de la Real Academia Española. Se le denomina tratamiento a este proceso de rehabilitación debido a la antigua concepción penitenciaria de que el delincuente es un enfermo.

Consideramos, como ya lo hemos señalado en otros capítulos, que la finalidad rehabilitadora o resocializadora nos parece un tanto ambiciosa y bien temeraria, creyendo que se puede sostener de mejor manera un “estado de vulnerabilidad” del recluso, el cual puede ser superado si existe voluntad por parte del sujeto. La consideración de “estado de vulnerabilidad” implica renegar del concepto de “mal endémico” que conlleva al delincuente a infringir la ley y entender la inactividad y culpa del Estado y la sociedad en el fenómeno criminal.

Es importante recalcar que todo proceso debe considerar al recluso como persona y no pretender su anulación como tal.

Se debe señalar también que el artículo 94 del R.E.P reconoce la posibilidad por parte de recluso de rehusarse a participar en las actividades de reinserción sin que esto le reporte consecuencias disciplinarias.

El tratamiento propuesto en el R.E.P es de carácter progresivo e individualizado, según lo señalado en el artículo 93 de dicho cuerpo normativo²⁴⁹.

Evolución de los regímenes y tratamientos penitenciarios.

Los sistemas penitenciarios han evolucionado con cierto atraso respecto de la pena privativa de libertad. Lo cierto es que los sistemas tienen una estrecha relación con la finalidad pretendida al privar a una persona de su libertad, de ahí sus constantes mutaciones en el tiempo, las cuales expondremos a continuación.

Como ya lo hemos señalado, la aplicación de la pena privativa de libertad y la creación de establecimientos penitenciarios surge durante la segunda mitad del siglo XIV. Los regímenes penitenciarios se manifiestan primeramente en el norte de Europa, donde comenzó la construcción de penales destinados para la reclusión de personas de mal vivir, con una organización que apuntaba a la corrección del recluso, además de su aseguramiento.

Los ideales luteranos influyeron fuertemente en la organización de estos recintos. El trabajo duro, el castigo corporal, la asistencia religiosa, se transformaron en el medio de reforma de los delincuentes e inadaptados sociales. En Ámsterdam, se creó en 1596 la prisión de “*Rasphuis*”, denominada de esta forma por la ocupación de los reclusos, la cual consistía en raspar maderas y en 1597 surge la prisión de “*Spinhuis*” para mujeres, en la que el trabajo consistía en el hilado. Debido a su finalidad reformadora, estos recintos incluyeron también dentro de sus habitantes, jóvenes cuyas familias los internaban con la finalidad de enmendarlos.

El sistema correccional holandés, de verdaderas fábricas-prisiones, fue seguido especialmente por Alemania y Suiza, durante el siglo XVII, no sólo por su afán readaptador, sino por su plausible beneficio económico, el cual aventajó ampliamente a las penas corporales y se adecuaba más al pensamiento retribucionista y económico liberal de la época.

En Italia, durante la segunda mitad del siglo XVII, el sacerdote Hipólito Francini, fundó en Florencia el “Hospicio de San Felipe Neri”, el que era un orfanato, asilo de ancianos y correccional para jóvenes descarriados, en el cual se aplicaba un régimen

²⁴⁹ El Art. 93 del R.E.P. establece: “Las actividades y acciones, tendrán como referente el carácter progresivo del proceso de reinserción social del interno y en su programación deberá atenderse a las necesidades específicas de cada persona a quién se dirige.”

de total aislamiento, el cual serviría de base, un siglo más tarde, al denominado sistema celular.

Era común, hasta el siglo XVIII, que en un mismo recinto de reclusión se mezclaran niños, jóvenes, ancianos, delincuentes peligrosos y enfermos mentales, sin ningún tipo de distinción, clasificación o tratamiento diferenciado. En Francia, en 1670 se introduce un primer intento al respecto, ordenando la separación de los hombres y de las mujeres reclusos. Pero no es hasta 1775, que por primera vez, en la prisión de Gantes, se establecía un sistema de clasificación de reclusos, separando a los culpables de delitos graves, de los delincuentes menores y de los vagabundos, separando a las mujeres de los hombres, a los jóvenes de los ancianos. La separación consistía en recluirlas en recintos especiales, bajo sistema de aislamiento celular nocturno y trabajo diurno.

A finales del siglo XVIII, se manifiesta claramente, la primera “crisis carcelaria”. La utilidad económica de las fábricas prisiones, que proporcionaban mano de obra extremadamente barata y que correspondía a la reparación del mal social por medio del lucro de los reclusos, da paso a una corriente de pensamiento penitenciario más humano y de fines sociales más definidos. En esta centuria influyó fuertemente el pensamiento de BECCARIA y de J. HOWARD, quienes ocupándose de la pena desde prismas distintos, propugnaron la idea de la prevención especial, estimando que el rol social de la prisión debía consistir en que los delincuentes, en su estadía en un recinto penal, se transformaran en personas útiles para la sociedad y respetuosas del ordenamiento jurídico, de modo que no delincan nuevamente. Esto se podría lograr, siempre y cuando, el lugar de reclusión fuera un lugar digno, en el que se respetarían sus derechos y en el que se les orientara tanto técnica como moralmente, para afrontar la vida en libertad. Los aportes de HOWARD, quien recorrió numerosas prisiones de Europa y Estados Unidos, resultan de suma importancia, llegando incluso a formarse una corriente de pensamiento, denominada “penitenciarismo”, la cual deriva de sus postulados de prisiones más humanas, que pretendan la rehabilitación del reo. Las críticas de HOWARD, no sólo apuntan al miserable estado de las prisiones, en cuanto al régimen higiénico y alimenticio, sino que también al hacinamiento y promiscuidad sexual que en ellos existía, debido a la nula separación entre internos, lo que sin duda derivaba en un importante contagio criminológico. De modo de evitar estos males propuso la clasificación de los internos por sexo, edad, gravedad del delito etc., el aislamiento celular nocturno, no siendo partidario del aislamiento absoluto. Además consideraba la asistencia religiosa como uno de los medios más eficaces de reforma moral y disuasión para cometer futuros delitos, tan importante como el trabajo carcelario y la disciplina. Lo anterior, siempre enmarcado en un régimen de dignidad y salubridad que permitan efectivamente obtener los frutos pretendidos.

La evolución penitenciaria surgida en Europa, encuentra especial cuna en Estados Unidos, a finales del siglo XVIII, y en especial en las comunidades cuáqueras

²⁵⁰

, quienes asombradas por las fábricas-prisiones de los holandeses e imbuidos por

²⁵⁰ Los cuáqueros son un grupo religioso creado en Inglaterra por James Fox en el siglo XVII, los que predicaban una religión que repudiaba la violencia, el servicio militar, las diversiones mundanas y predicaban un acercamiento directo con Dios por medio de la oración, sin intervención de sacramentos o instituciones. También adherían a un sistema de vida muy austero. Este movimiento se difundió en EE.UU. por obra de William Penn, fundador de Pensilvania, el cual estuvo preso en Inglaterra por sus ideales religiosos. La experiencia de Penn en las cárceles inglesas, en las cuales proliferaba la inmoralidad y las tendencias viciosas, y en razón a los postulados de su religión opta por crear un sistema en el cual se redima efectivamente a los criminales por medio de la penitencia,

un estricto y moralista sentido religioso, dan pie al denominado sistema pensilvánico o filadélfico. Este sistema consistía en el aislamiento del recluso en celda solitaria durante el día y la noche, pudiendo solamente tener contacto con el director del penal, los guardias y quienes prestaran asistencia religiosa. La única lectura permitida era la Biblia.

A pesar de que el sistema pensilvánico incluía notorios avances, a lo ya existente, en cuanto a la higiene y salubridad, al igual que la clasificación de los reclusos, no tardó mucho en fracasar. El excesivo costo de edificación, junto con los dañinos efectos psicológicos producto del total aislamiento, las perniciosas consecuencias sobre la salud física de los internos debido a la falta de movimiento, mala ventilación y un alarmante aumento de enfermedades tales como la tuberculosis, hicieron fracasar este sistema en Norteamérica, llegando a denominarse al sistema celular por FERRI como “una de las aberraciones del siglo XIX”²⁵¹. Sin perjuicio de esto, algunos países europeos en especial los nórdicos, adoptaron los rasgos más esenciales de este sistema²⁵².

En 1818, en la ciudad de Nueva York, se construyó la cárcel de Auburn, la que estaba destinada aplicar el régimen filadélfico y que sin embargo terminó creando un nuevo régimen penitenciario, el cual se expandiría rápidamente por el resto de los Estados Unidos. El llamado, sistema de Auburn, consistía en un aislamiento celular nocturno, trabajo y vida en común durante el día pero con un regla de silencio absoluto y una disciplina severa la cual conllevaba castigos corporales. Este sistema se expandió rápidamente por los EE.UU., en razón de sus ventajas, en especial respecto del criticado régimen de pensilvánico, como evitar los efectos perniciosos del aislamiento total y reducir los gastos a través del trabajo colectivo, y a la vez evitaba el contagio criminógeno por medio de la regla de silencio.

En Europa, el sistema auburnés tuvo cabida donde se siguió prefiriendo, por mucho tiempo, el controvertido método filadélfico sin perjuicio de la creación, durante la primera mitad del siglo XIX, del método progresivo o “*mark system*”²⁵³, el cual hacía plausible el objetivo correccional del delincuente por medio de un sistema más dinámico. La idea de este sistema es iniciar al penado en un sistema de aislamiento celular y fuerte disciplina, la que gradualmente es atenuada hasta llegar a la completa liberación. El proceso será más largo o más corto, según el comportamiento y corrección que demuestre el condenado, así como sus aptitudes para salir a la libertad, de este modo se incentiva al recluso a colaborar en su rehabilitación y egresar hacia el medio libre. Este método suponía condenas indeterminadas, lo que permitía al establecimiento determinar el momento en que el penado estuviese rehabilitado y apto para la vida en sociedad.

evitando su mayor corrupción por el contacto con sus pares. Los cuáqueros entendieran como penitenciaria “un lugar de penitencia” en donde el recluso por medio del trabajo, la soledad y la oración lograra la expiación de sus pecados.

²⁵¹ (12) Cita de ENRICO FERRI, extraída de Ob. Cit. CUELLO CALÓN, E. Pág. 317.

²⁵² Como ejemplo de esta influencia se encuentran diversas ordenanzas y disposiciones penitenciarias francesas, decretadas entre 1839 y 1843, en las cuales se hizo cada vez más rigurosa la disciplina, se introdujo la regla de silencio, se suprimió el uso del tabaco, y se les prohibió a los internos portar dinero mientras que estuvieran reclusos.

²⁵³ Se denominó “*mark sistem*” ya que consistía en que el reo debía conseguir por medio de su trabajo, disciplina y buen comportamiento una cantidad determinada de vales o marcas, las cuales le permitían obtener su libertad.

En Irlanda, sir Walter Crafton, director de prisiones de ese país, creó una significativa variación al sistema progresivo, estableciendo un régimen intermedio entre el encierro y la libertad condicional, en el cual el sujeto podía adaptarse de mejor manera al medio libre, estando bajo la supervisión de la autoridad, ya que no perdía la condición de penado. Este período consistía en que el penado efectuaba trabajos en centros agrícolas, con una suave disciplina, recibiendo remuneraciones, sin vestir ropas del penal y pudiendo tener contacto con personas ajenas al establecimiento penitenciario. Lo que se pretendía, era tener un verdadero estadio de prueba, en el cual el individuo demostraría efectivamente si estaba preparado para la vida en libertad.

En Norte América, durante la segunda mitad del siglo XIX, surgió un sistema penitenciario cuya finalidad consistía en la reforma de jóvenes delincuentes, de allí que se conozca como “sistema reformador”. El primero de estos “reformatorios” se creó en Elmira, en el estado de Nueva York, el que comenzó a funcionar en 1876 y cuyo objetivo era alejar a los condenados jóvenes y primerizos del inminente contagio criminógeno producto de la vinculación en los penales con delincuentes avezados en el crimen. La población penitenciaria de este recinto estaba compuesta por reclusos entre 16 y 30 años, primerizos en el delito, los cuales eran clasificados en un sistema similar al progresivo, debiendo con su trabajo, estudio, buena conducta, esfuerzo y disciplina, acceder a un grado más benévolo y consecuentemente a la libertad. El tratamiento reformador consistía en un estricto acondicionamiento físico, desarrollo moral, y capacitación laboral, todo lo anterior enmarcado en un estricto régimen disciplinario. Para lograr estos objetivos, estos establecimientos contaban con gimnasio y escuela donde se les instruía ética, religiosa y laboralmente. Este modelo presentaba clara ventajas respecto de la clasificación y sus objetivos, sin embargo, no era más que una profundización de los sistemas antes analizados y que adolecía de insuficiencias no superadas, como la rigidez disciplinaria y la severidad del entorno pues la construcción del recinto era similar a un penal de alta seguridad, por lo que combinándose ambas deficiencias, producían un entorno psicológico poco apto para obtener una efectiva reforma del penado y real adaptación a la vida extra-muros.

En Estados Unidos, este régimen fracasó, no obstante sus características más notables y su objetivo esencial, se trasladó a la legislación infraccional de menores de muchos países, recalándose su carácter tutelar y especial.

Durante el siglo XX, se intentan profundizar los sistemas antes mencionados, en especial el progresivo, enfatizándose el objetivo rehabilitador de los penales. Son también numerosos en este siglo, los congresos, tratados y recomendaciones de organismos internacionales, en los cuales se pretende humanizar la privación de libertad, consagrándose de esta forma lo pretendido por HOWARD, a lo menos normativamente. Sin embargo, los malos resultados de los sistemas rehabilitadores, la creación de cada vez más abundantes recintos de alta seguridad para criminales en extremo peligrosos, la despreocupación por el creciente aumento de criminales “comunes”, el hacinamiento en las cárceles y el costo de éstas, entre otros factores, derivan en una gran crisis carcelaria, llegando a sostenerse que en muchos casos la pena privativa de libertad es más nociva aún para la sociedad que una no-sanción, por resultar ser los establecimientos penitenciarios, verdaderos nidos de delincuentes. De lo anterior, surgen de manifiesto, las formas de cumplimiento alternativo de las

penas privativas de libertad, la cuales conservan el ideal reformador pero evitando los perjuicios de la reclusión.

De los sistemas vistos, el sistema de aislamiento completo de Pensilvania se encuentra en la actualidad completamente devaluado y abandonado por la gran mayoría de los países. Esto por sus efectos en la salud física y mental del reo, su elevado costo y por no aportar a la reinserción, es más por debilitar cualquier posibilidad de reinserción.

Respecto de los sistemas de Auburn, progresivo e irlandés, se mantiene una tendencia en considerar el trabajo un medio eficaz de reforma, que no sólo le permite al reo extraerse de la monotonía carcelaria sino que promueve el acceso al conocimiento de un oficio lucrativo legal que podría ejercer el penado al momento del egreso la vida del penado. Sin perjuicio de esto, es claro también que este pensamiento se ve enfrentado duramente a las consecuencias de la praxis. Por una parte, el oficio aprendido es menos lucrativo que el delito, y aunque el penado este dispuesto a soportar la disminución en sus ingresos, la sociedad lo “obliga” a delinquir nuevamente debido al estigma que conlleva haber estado preso. Por otra parte la dificultad de hacer rentable una industria en un establecimiento penal, tanto en su inversión en la edificación como en la confianza de entes externos que pudiesen estar interesados en la mano de obra de los reclusos y emprender un negocio en esas condiciones. No se puede olvidar tampoco, que los oficios enseñados en los establecimientos penales son en su mayoría limitados en cuanto su número y también en posibilidades de desarrollo laboral del penado, lo que poco incentiva a una reforma, sobre todo si éste no es económicamente rentable o de fácil ejercicio.

Por otra parte, si debe reconocerse el aporte del régimen celular nocturno, consagrado incluso en textos legales como las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. El régimen presenta avances en cuanto al derecho de intimidad, previene contagios criminales y focos importantes de promiscuidad. Debe resaltarse también que el régimen progresivo es comúnmente aceptado para las condenas de larga duración, no así para las penas de corta duración, en las cuales resulta imposible una graduación evolutiva como la que requiere el sistema y por el contrario la extrema dureza de las primeras etapas del método podrían jugar en contra de cualquier beneficio pretendido, esto sin olvidar que es de gran consenso aplicar medidas alternativas a la prisión en los casos de penas de privación de libertad de corta duración.

La clasificación penitenciaria, la separación en grupos con un carácter más o menos homogéneo, es también una de las características que ha perdurado y evolucionado de los métodos precedentemente expuesto, y que han recibido consagraciones legales tanto en tratados internacionales como en cuerpos legales internos de distintos países incluido el nuestro. La necesidad de evitar el contagio criminal es una de las cuestiones constantes en el debate penitenciario, sin perjuicio de que parte de la doctrina advierte que una excesiva homogeneización de los presos puede jugar en contra de una readaptación efectiva de éstos a una realidad social heterogénea y dinámica como es la actual.

Normas sobre el ingreso del penado a un establecimiento penitenciario.

El artículo 26 en su inc. 2 del R.E.P del año 1998 establece que “La administración penitenciaria abrirá al ingreso de un interno, una ficha única individual cuyo objetivo será la identificación y registro del mismo, así como la aplicación diferenciada del tratamiento penitenciario; en ella se anotarán los datos personales, procesales, de salud, educación,

trabajo, conductuales, psicológicos y sociales, y todo otro dato relevante sobre su vida penitenciaria. Esta ficha acompañará al interno a todo establecimiento al que fuere trasladado”.

El artículo anterior debe relacionarse con el art. 8 del R.E.P, el cual dispone la obligación por parte de Gendarmería de cautelar la confidencialidad de los datos y de la información que maneje de las personas sometidas a su custodia y control.

Horarios.

Los horarios de las diversas actividades intra-muros de los internos se regulan en el artículo 27 del R.E.P.

La disposición respecto de los horarios en un establecimiento penitenciario se efectúa por resolución del Director Regional respectivo.

El horario que establezca el Director Regional debe fomentar hábitos entre los internos similares al del medio libre (horas de inicio y término de jornada diaria, alimentación etc.). También debe garantizar un mínimo de 8 horas diarias de descanso.

Por último, la norma establece que “en el resto del horario deberán atenderse las necesidades espirituales y físicas, las actividades de tratamiento y formativas y culturales de los internos.”

Regímenes penitenciarios en particular.

En nuestro sistema penitenciario los regímenes se encuentran regulados en el R.E.P.

Los regímenes que se contemplan son los siguientes:

Régimen cerrado.

Régimen semi-abierto.

Régimen abierto.

Además se encuentran el subsistema de extrema seguridad, propio del régimen cerrado. Por último se establece un sistema especial para aquellos menores de edad que se encuentren privados de libertad.

Según estadísticas de Gendarmería (Datos actualizados a noviembre del 2002), la población penal según sistemas es la que se verá en la siguientes tablas.

Tabla N° 19

Población penal atendidos por Gendarmería según sistemas.

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

POBLACION	H O M B R E S			M U J E R E S			TOTAL	
	Adultos	Menores	Total	Adultos	Menores	Total	POB. %	
TOTAL DE ATENDIDOS	62146	456	62602	4774	28	4802	67404	100,00
A) SISTEMA CERRADO	31877	456	32333	2189	28	2217	34550	51,26
Detenidos	1660	123	1783	139	7	146	1929	2,86
Procesados	13061	315	13376	956	20	976	14352	21,29
Condenados	17156	18	17174	1094	1	1095	18269	27,10
B) SISTEMA SEMIABIERTO	463	0	463	23	0	23	486	0,72
Condenados en CET	463	0	463	23	0	23	486	0,72
C) SISTEMA ABIERTO	29806	0	29806	2562	0	2562		48,02
MEDIDAS ALTERNATIVAS	27277	0	27277	2241	0	2241	295184	3,79
Rem. Condicional	22372	0	22372	1809	0	1809	24181	35,87
Lib. Vigilada	3144	0	3144	403	0	403	3547	5,26
Rec. Nocturna	1761	0	1761	29	0	29	1790	2,66
BENEFICIOS REINSERCIÓN	2529	0	2529	321	0	321	2850	4,23
Salida Controlada M. Libre	789	0	789	107	0	107	896	1,33
Lib. Condicional	1436	0	1436	213	0	213	1649	2,45
Arresto Nocturno	304	0	304	1	0	1	305	0,45

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 20

ATENDIDOS POR REGION SEGUN SISTEMA								
30 de noviembre de 2002								
REGION	SIST. CERRADO		SIST. SEMIABIERTO		SIST. ABIERTO		TOTAL	
	Poblacion	%	Poblacion	%	Poblacion	%	REGION	%
TARAPACA	3399	9,84	41	8,44	1543	4,77	4983	7,39
ANTOFAGASTA	1148	3,32	35	7,20	1256	3,88	2439	3,62
COPIAPO	557	1,61	0	0,00	727	2,25	1284	1,90
COQUIMBO	853	2,47	0	0,00	1114	3,44	1967	2,92
VALPARAISO	3617	10,47	47	9,67	3262	10,08	6926	10,28
LIB.BDO.O'HIGGINS	3605	4,65	0	0,00	2323	7,18	3928	5,83
DEL MAULE	1544	4,47	25	5,14	1780	5,50	3349	4,97
DEL BIO BIO	4221	12,22	89	18,31	4009	12,39	8319	12,34
DE LA ARAUCANIA	1559	4,51	73	15,02	1397	4,32	3029	4,49
DE LOS LAGOS	2391	6,92	86	17,70	3044	9,40	5521	8,19
C. IBAÑEZ DEL C.	203	0,59	61	12,55	350	1,08	614	0,91
MAGALLANES	325	0,94	5	1,03	613	1,89	943	1,40
REG. METROP.	13128	38,00	24	4,94	10950	33,83	24102	35,76
TOTAL	34550	100,00	486	100,00	32368	100,00	67404	100,00

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 21

RESUMEN ESTADÍSTICO DE LAS PRINCIPALES POBLACIONES ATENDIDAS POR REGION														
30 de noviembre de 2002														
POBLAC. ATENDIDA	TOTAL I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	RM	
RECLUIDOS (**)	34550	33991	14857	853	3617	1605	51544	4221	1559	2391	2033	2513	128	
INTERNOS EN CET	486	41	35	0	0	47	0	25	89	73	86	61	5	24
ARRESTO NOCTURNO	305	12	13	4	24	35	20	40	60	42	46	1	0	8
RECLUSIÓN NOCTURNA	1790	96	106	113	54	155	153	98	194	116	179	29	78	419
REMISIÓN CONDICIONAL	24181	981	776	480	624	2544	1755	1244	2797	777	2127	2544	59277	
LIBERTAD VIGILADA	3547	147	145	67	204	355	174	243	517	216	382	29	47	1021
LIBERTAD CONDICIONAL	1649	211	165	27	189	32	200	26	317	72	248	16	37	109
SALIDA CONTROLADA MEDIO LIBRE.	896	96	51	36	19	141	21	129	124	74	62	21	6	116
TOTAL POBLACION	67404	49832	43912	84196	7926	3928	3349	3319	3029	5521	1494	324	102	

Fuente: Gendarmería de Chile.

(**)OBS: La diferencia observada entre la cifra de reclusos aquí señalada con aquella indicada en la estadística "Población reclusa en establecimientos del sistema cerrado y semiabierto", se debe a que en esta última se incluyen a los internos condenados que cumplen en los CET; los que cumplen Arresto nocturno; los que tienen beneficio intrapenitenciario de Salida controlada al Medio Libre; y los que cumplen su Reclusión Nocturna. Todas estas poblaciones por diferentes circunstancias cumplen en los establecimientos penales por lo cual, dado que esta estadística es un censo físico de la población, debe considerar a todos los reclusos en la unidad sin importar su modalidad de cumplimiento

Tabla N° 22

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

EVOLUCION DE LAS POBLACIONES ATENDIDAS POR GENDARMERIA AÑO 2002												
(Datos al último día de cada mes)												
POBLACION	Prom.	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov. Dic
TOTAL DE ATENDIDOS	65451	64069	64086	64586	64394	64532	65532	66553	66935	65817	66059	67396
SISTEMA CERRADO	33184	31600	32208	33506	33039	33086	32852	33239	33746	34063	33127	34550
Detenidos	2160	2120	2048	2983	2185	1976	2401	1988	2109	2132	1885	1929
Procesados	13368	12467	12958	13178	13115	13381	13376	13389	13752	13859	13219	14352
Condenados	17656	17013	17202	17345	17739	17729	17075	17862	17885	18078	18023	18269
SISTEMA SEMI-ABIERTO	488	452	459	431	474	454	545	538	526	508	494	486
Condenados en CET	488	452	459	431	474	454	545	538	526	508	494	486
SISTEMA ABIERTO	31779	32017	31413	30652	30881	30992	32135	32782	32663	31240	32438	32360
MEDIDAS ALTERNATIVAS	28770	29106	28222	27832	27985	27922	28615	29722	29607	28465	29476	29510
Remisión. Condicional	23530	23834	23049	22692	22678	22792	23382	24377	24234	23457	24148	24181
Lib. Vigilada	3462	3546	3452	3461	3479	3415	3422	3451	3506	3295	3513	3547
Rec. Nocturna	1777	1726	1720	1680	1828	1715	1805	1900	1867	1713	1815	1782
BENEFICIOS REINSER-CION	3009	2911	3192	2820	2896	3064	3520	3054	3056	2775	2962	2850
Salida Diaria	920	831	968	985	1036	960	866	852	859	909	958	896
Lib. Condicional	1724	1782	1759	1601	1549	1828	2020	1891	1781	1599	1506	1649
Arresto Nocturno	365	298	465	234	311	276	634	311	416	267	498	305

Fuente: Gendarmería de Chile.

Régimen cerrado.

El régimen cerrado se encuentra regulado en el artículo 29 del R.E.P y es aplicado a aquellos internos que se encuentren reclusos en establecimientos penales.

Se establece que los **principios de seguridad, orden y disciplina** que rigen este sistema, serán los propios de un internado. Estos principios deben armonizar con el tratamiento a que están sujetos los reclusos.

Se establece un especial cuidado respecto de la observación puntual del horario, de los encierros y desencierros, de los allanamientos, requisas, recuentos numéricos y del desplazamiento de los internos de unas dependencias a otras.

Las actividades que se realicen en este régimen serán programadas y controladas por la administración penitenciaria.

Se faculta, en este artículo a las autoridades administrativas a intervenir las comunicaciones orales o escritas, por razones de seguridad.

Respecto, a la restricción de la comunicación debemos señalar, que es un reglamento el que faculta a la autoridad penitenciaria a vulnerar derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución. Lo anterior opera sin intervención de autoridad jurisdiccional. Debemos señalar que el art. 19 N° 5° de la C.P.R garantiza: “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. Respecto de la comunicaciones orales se vulnera la libertad de expresión y la intimidad.

6.2. Régimen de extrema seguridad.

Este régimen es aplicado a los penados calificados como “extremadamente peligrosos” y se regula en el artículo 28 del R.E.P.

Las características de este régimen son especialísimas y eventuales. No es aplicable a cualquier categoría de reclusos, sino solamente a aquellos que presentan un peligro para el recinto, los demás reclusos y funcionarios de Gendarmería.

Se señala en el artículo mencionado, que el Director Nacional por resolución fundada o los Directores Regionales en caso de que se les haya delegado la facultad, podrán ordenar el ingreso o traslado a departamentos, pabellones o establecimientos especiales, a los penados cuya situación haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas y el orden o seguridad del recinto.

La finalidad del régimen de extrema seguridad es la preservación de la seguridad de los internos, sus compañeros de internación, del régimen del establecimiento, de los funcionarios, y de las tareas impuestas a la administración. Se señala en la norma el respeto de las normas de carácter humanitario.

Las medidas expuestas pueden adoptarse por los siguientes motivos:

Reincidencia.

Tipo de delito.

Reiteradas infracciones al régimen normal de los establecimientos penitenciarios.

Requerimientos sanitarios.

Otros antecedentes de carácter técnico que las hagan necesarias.

La resolución que ordene estas medidas deberá estar precedida de un informe técnico.

La resolución que ordena estas medidas debe ser revisada en una primera ocasión a lo menos en los 60 días siguientes a aquel que se produjo el ingreso o traslado. Si es confirmada, será revisada nuevamente a los 90 días de la primera revisión y posteriormente a los 120 días de la última. En caso de producirse una nueva confirmación, la internación y las condiciones especiales de seguridad serán revisadas a lo menos cada seis meses.

Los Jefes de establecimientos serán personalmente responsables del cumplimiento de las condiciones excepcionales de este régimen e informarán trimestralmente, a los menos, a las Direcciones Regionales acerca de su cumplimiento.

En suma, se puede entender que este es un régimen agravado al cual se encuentran sometidos los presos de los establecimientos penitenciarios. Nos llama la atención, en primer lugar, que debiendo ser un régimen excepcional, sus causales sean tan amplias. Por otra parte, no existe una descripción específica alguna de este régimen en particular.

Llama la atención, la inexistencia de aprobación jurisdiccional de estas medidas, además de considerarse en un reglamento y ordenarse por resolución de autoridades administrativas. Lo anterior resulta especialmente relevante cuando los plazos de duración de este régimen son tan largos. Debe considerarse que si los efectos de desocialización y prisionización son tan alarmantes en un régimen cerrado, se podrá estimar ciertamente que lo son aun más en un régimen como el tratado.

Régimen semi-abierto.

El régimen semi-abierto se regula en el artículo 30 del R.E.P.

Este régimen se caracteriza por el cumplimiento de la condena en un medio organizado en torno a la actividad laboral y a la capacitación. Las medidas de seguridad se basan en la autodisciplina de los condenados.

El principio de confianza es esencial en este régimen. La Administración Penitenciaria adopta un carácter menos estricto, intentando asemejar las condiciones de vida del recluso a las de convivencias extra-muros.

Es propio este régimen en los establecimientos C.E.T. (Centros de educación y trabajo).

Gendarmería cuenta con estos centros desde mediados de la década de los setenta, sin embargo no es sino hasta 1995 que se implementa un sistema a nivel nacional que contempla este tratamiento especial.

Este sistema se fundamenta en los siguientes parámetros:

Postulación de los internos en forma voluntaria.

Selección de los internos en base a una evaluación de los antecedentes personales, sociales, criminológicos y de la vida dentro del establecimiento penitenciario. La evaluación debe reportar un importante grado de confiabilidad del interno y capacidad de autodisciplina.

Régimen regido por el principio de confianza y autodisciplina.

Capacitación de los internos.

Vinculación con la comunidad, de modo de facilitar la reinserción social de éste.

Se puede destacar que es un régimen más acorde con lo pretendido en las corrientes penitenciarias más actuales. Por lo demás permite un desarrollo individual del condenado, y limita los efectos de la prisionización.

En este tipo de régimen, en que la base teórica es sustentable, la praxis debe ser de igual forma sostenida. Es decir, el ambiente de trabajo, la asimilación al medio libre, la efectiva superación de los estados de vulnerabilidad y las reales perspectivas que ofrezca la labor intra-penitenciaria en el exterior, son pilares fundamentales de la concreción positiva de este método.

Uno de los mayores aportes que tiene el trabajo carcelario, es el aumento de la autoestima del recluso y la solución adecuada de conflictos. De esto se desprende que un trabajo que no aporte a estas áreas del desarrollo, puede traer consigo serias desventajas. La complementación del trabajo con otros mecanismos de apoyo es esencial, al igual que analizar cuales son los ámbitos laborales en que mejor se puede desarrollar el interno.

Por último creemos que este tipo de régimen, obviamente bien llevado en la práctica, ayuda a asumir las responsabilidades al recluso, además de permitir apoyar económicamente a sus familiares y responder de las consecuencias civiles del delito.

Los dos últimos puntos son relevantes en cuanto permiten que el lazo de responsabilidad con la familia no se agote. Por otro lado, el responder por el daño causado muchas veces contribuye a entenderlo y a evitarlo en futuro. En el fondo se podría considerar como un método disuasivo. Además el responder por el daño causado contribuye sustancialmente a crear un clima de paz social y sentimiento de justicia en la víctima.

Régimen abierto.

El régimen abierto se encuentra definido en el artículo 31 del R.E.P.

Se define como tal a aquel en que el orden y la disciplina son propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil.

Lo normal en este régimen es que no se utilicen medios de control rígidos (allanamientos, formaciones, requisas, intervención de visitas y correspondencia), muchos de ellos de dudosa legalidad. Sin embargo, se autoriza en este mismo artículo al Director Nacional, a ordenar dichos controles en casos calificados. No existe intervención jurisdiccional en esta atribución. Debemos reiterar, como lo hemos señalado que la autorización proviene de un reglamento y muchos de los derechos afectados son de carácter fundamental, contenidos en nuestra Constitución.

En este régimen participan los condenados beneficiados con alguna de las medidas alternativas contempladas en la ley 18.216, las cuales se analizarán en un capítulo posterior. También se incluye en este sistema a los condenados que se encuentran sujetos al beneficio de salida diaria o libertad condicional.

Régimen establecido para menores.

En los establecimientos penitenciarios en que se encuentren menores privados de libertad, se establece un régimen diferente a los antes vistos.

El régimen de los menores internos se caracteriza por una acción educativa intensa, con la adopción de métodos pedagógicos y psicopedagógicos que permitan la creación de un ambiente que se asemeje en cuanto a la libertad, disciplina y responsabilidad al de un establecimiento educacional de internado.

En el caso de los menores condenados, la educación debe ser personalizada, encaminada a la capacitación laboral y a la reinserción social y a dar una formación que propenda al desarrollo de sus potencialidades.

El deber de la Administración penitenciaria es de accionar a favor de una plena reinserción social. Para el cumplimiento de estos objetivos, se faculta a la Administración el establecer convenios con instituciones públicas o privadas. Lo anterior concuerda con lo dispuesto en diversos pactos internacionales que dicen relación con la privación de libertad de menores de edad.

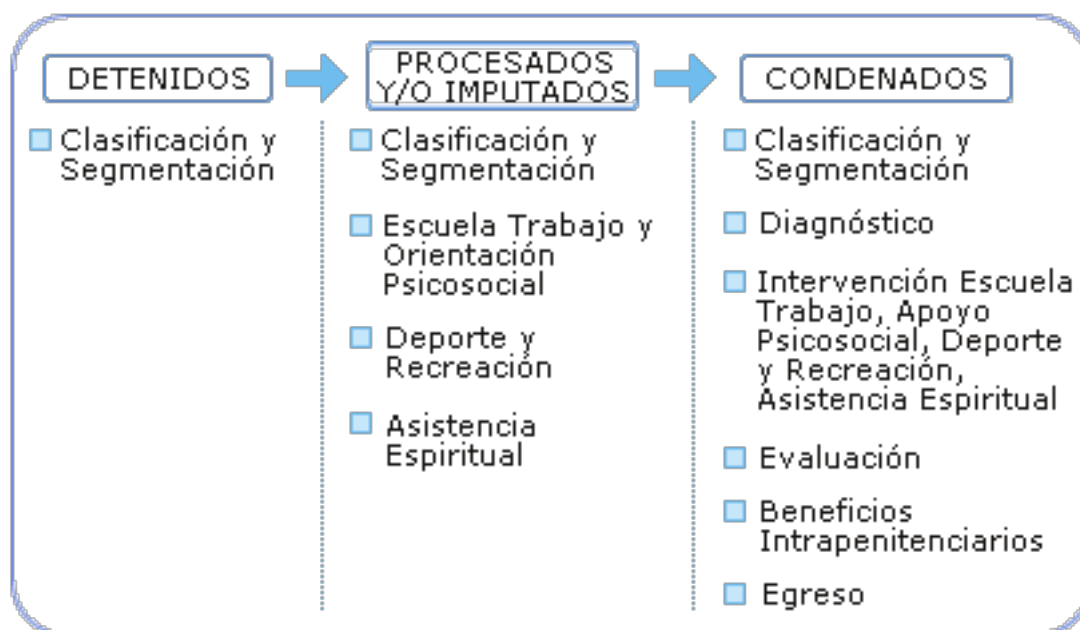
Por último el artículo 32 del R.E.P, el cual regula el régimen en comento, señala que la Administración penitenciaria debe contar con personal especializado para la custodia y aplicación de las acciones tendientes a reinsertar socialmente al menor recluso.

Tratamiento penitenciario en Chile.

El tratamiento penitenciario se inicia con la condena ejecutoriada que impone una pena privativa de libertad. El condenado puede ingresar en ese momento al recinto penitenciario o puede encontrarse sujeto a una medida cautelar de privación de libertad. Sin perjuicio de la circunstancia en que se encuentre el condenado, Gendarmería efectúa un proceso de clasificación y segmentación de los penados.

Tabla N° 23

Proceso intra-penitenciario efectuado por Gendarmería



Fuente: Gendarmería de Chile.

Como se ve en el cuadro las etapas posteriores a la clasificación y segmentación, son la de diagnóstico, intervención, evaluación beneficios intra-penitenciarios y por último el egreso. A continuación revisaremos las etapas del “recorrido penitenciario”, avocándonos solamente al condenado a pena privativa de libertad.

7.1. Clasificación y segmentación de la población reclusa.

Los principios de clasificación, segmentación e individualización del tratamiento penitenciario son propios de las corrientes penitenciarias modernas, además de encontrarse aceptados por diversos instrumentos internacionales.

Gendarmería, en cumplimiento de sus funciones encomendadas por la ley y el Reglamento establece un modelo de clasificación y segmentación penitenciaria.

Este Modelo se denomina MODELO GENERAL DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO, y es efectuado por el Departamento de Readaptación²⁵⁴.

Los condenados son clasificados y segmentados con diversas finalidades. Fundamentalmente estas son:

²⁵⁴ El Departamento de Readaptación es organismo técnico compuesto por un equipo multidisciplinario, que tiene entre sus principales funciones asesorar a la Subdirección Técnica en aquellas materias relativas a la asistencia y reinserción social de las personas privadas de libertad.

- Evitar el contagio criminógeno.
- Evitar la desadaptación social.
- Favorecer los programas de intervención.
- Evitar conflictos socio-culturales.
- Colaborar con la seguridad interna.

Gendarmería sostiene que actualmente este sistema “ha logrado clasificar y segmentar a más del 78% de la población reclusa. Esto ha sido posible gracias a la capacitación del personal penitenciario, implementación de sistemas informáticos y la modificación de los espacios internos. Esto ha arrojado como resultado esperado una racionalización en el uso intensivo de los espacios, aumentando su capacidad del diseño original en un 32% en promedio; favoreciendo el tratamiento diferenciado y generando una menor conflictividad del sistema” ²⁵⁵ .

Respecto de la **segmentación** la propia institución señala que es “una forma institucionalizada de distancia social, que se materializa a través de la separación física y/o social de los individuos, estas normas deben regular las relaciones sociales entre los sujetos que mantienen contacto evitando así cualquier tipo de contaminación criminológica. En estos términos, la segmentación impuesta supone una intención deliberada de separar a los grupos con fines específicos” ²⁵⁶ .

La segmentación tiene como objetivo la separación de individuos, de forma de establecer grupos más o menos homogéneos, de modo de realizar lo fines concebidos por el ordenamiento. La clasificación no puede ser arbitraria, sino que debe apoyarse en fundamentos técnicos y jurídicos y con la clara finalidad de salvaguardar la seguridad del recluso y poder desarrollar un tratamiento adecuado.

La **clasificación** consiste en la agrupación de los reclusos aplicando métodos determinados para la obtención de la finalidad querida.

Los criterios utilizados en la clasificación son técnicos. Normalmente los factores relevantes en esta clasificación son:

- Edad.
- Tipos de delitos.
- Alteraciones patológicas.
- Inclinaciones sexuales.
- Actividades laborales.
- Reincidencia criminológica.
- Compromisos delictuales.
- Grupos terapéuticos.

Gendarmería señala que la clasificación “se lleva a cabo con el objeto de lograr determinar el grado de involucramiento o compromiso delictual del sujeto, es decir cuan internalizado tiene los patrones propios de la “subcultura carcelaria”, si bien la asignación del puntaje es individual, una distribución de los internos en el penal, de acuerdo a las categorías de Alto, Mediano y Bajo compromiso delictual implicará posteriormente su

²⁵⁵ (72) www.gendarmeria.cl . [en línea] <http://www.gendarmeria.cl> [consulta 10 de noviembre de 2003].

²⁵⁶ *Ibid.*

ubicación al interior del recinto penal y el tratamiento al cual deba ser objeto, ya que se espera un comportamiento diferencial según compromiso delictual y por ende es necesario un tratamiento diferenciado en cada uno de los grupos²⁵⁷.

Diagnóstico inicial y programas de intervención.

El diagnóstico técnico efectuado por Gendarmería tiene como finalidad el determinar las áreas y programas de intervención a aplicar, de modo de poder cumplir con el objetivo de reinserción del condenado.

El diagnóstico técnico incorpora análisis de variables laborales, educacionales, sociales y psicológicas.

De acuerdo a los resultados del diagnóstico inicial, los condenados son derivados a programas de intervención en las siguientes áreas:

Educacional: comprende planes y programas de educación para adultos de modalidad científico-humanista, programas de educación fundamental y educación técnica elemental y excepcionalmente, educación técnico profesional.

Laboral: comprende capacitación laboral y trabajo propiamente tal.

Psico-social: se orientan a la reparación del daño psico-social de las personas reclusas y tiene como propósito que éstas puedan enfrentar en mejores condiciones su proceso de reinserción en el medio libre.

Deportivo, recreativo y artístico-cultural: su finalidad es impulsar el ejercicio y desarrollo de habilidades que incrementen la competencia del interno, a través de su capacidad de reconocer limitaciones y fortalezas, capacidad de autocontrol de los impulsos, capacidad de asumir consecuencias de los actos propios, habilidades para establecer relaciones interpersonales y resolver conflictos, iniciativa y capacidad de tomar decisiones y capacidad para el trabajo en equipo, entre otras.

Respecto del **programa educacional**, se debe señalar la importancia de éste en el sentido de contribuir a subsanar un estado de vulnerabilidad importante del recluso. La nivelación escolar y la educación técnica están acordes con lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales.

Como veremos en los gráficos que a continuación presentaremos, la realidad educacional del condenado es bastante precaria, debiendo destinarse importantes esfuerzos para poder paliar tan serio inconveniente para una vida normal en sociedad.

Debe señalarse también, como se verá en el gráfico 2, la población carcelario presenta un alto índice de analfabetismo, así como también de escolaridad básica incompleta.

Gráfico N°2

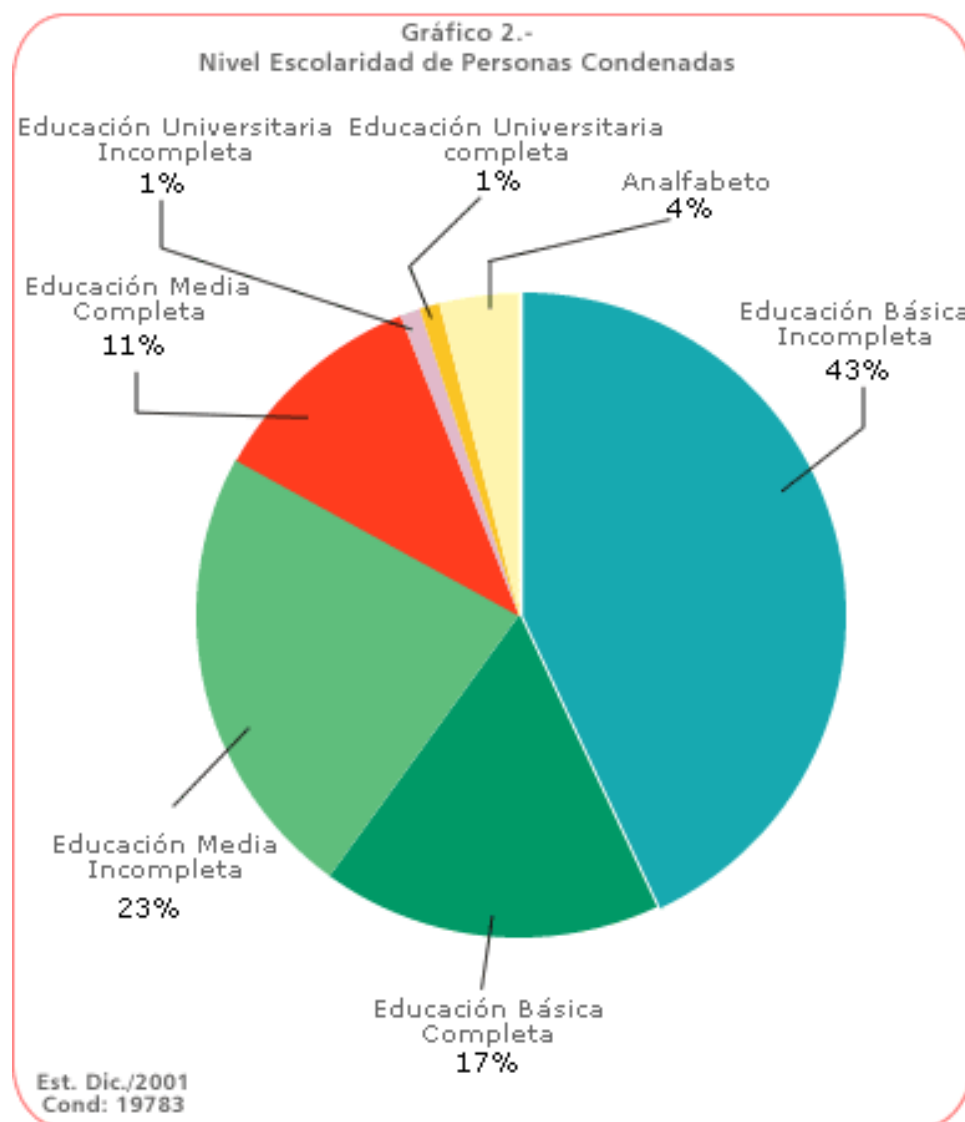
Atención educacional a personal que cumplen condena.

Fuente: Gendarmería de Chile.

Gráfico N°3

Nivel de escolaridad de personas condenadas.

²⁵⁷ Íbid.



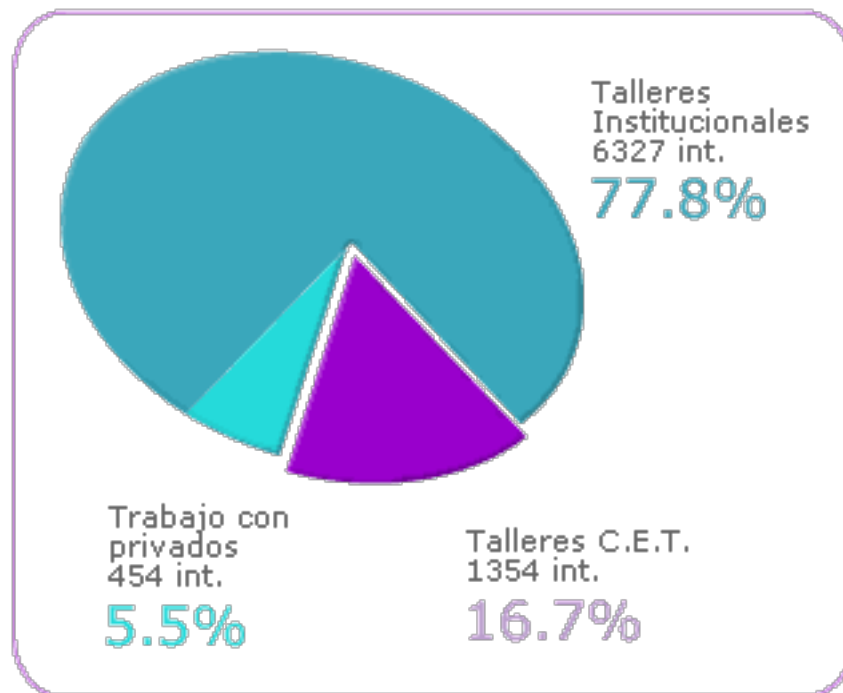
Fuente: Gendarmería de Chile.

La educación entregada por Gendarmería debe adecuarse a las normas establecidas por el Ministerio de Educación.

Con relación al **programa laboral**, se debe señalar que este se inicio en 1993, con un total de 3.872 internos beneficiados. Desde entonces la cobertura ha aumentado en más de un 210 %, llegando el 2001 a una cifra de internos trabajadores que supera a los 8.000.

Gráfica N° 4

Población penal en el programa laboral.



Fuente: Gendarmería de Chile.

El programa laboral intra-muros se manifiesta en las siguientes modalidades:

Trabajo con empresas privadas.

Trabajo a través de los Centros de Educación y Trabajo (C.E.T).

Trabajo autogestionado (Ej.: internos microempresarios)

Trabajo como mozos y jornales en servicios en el establecimiento penitenciario.

Trabajo en talleres independientes.

El **programa psico-social** tiene como objetivo el desarrollo personal, fortalecimiento de la autoestima, desarrollo de la capacidad de autogestión, de la asertividad y de la competencia social.

Este programa se divide en las siguientes áreas:

La **atención social** comprende el diagnóstico social de los internos condenados, la asistencia social al recluso y su grupo familiar, como también la articulación de redes sociales que faciliten el proceso de reinserción al egreso del sistema penitenciario. Las acciones de este programa son llevadas a cabo por profesionales.

La **atención psicológica** comprende el diagnóstico psico-criminológico y la asistencia al interno, ambos orientados a minimizar el impacto negativo de la reclusión y a fortalecer una orientación pro-social que facilite la reinserción de los condenados a la sociedad.

Programa “conozca a su hijo”: Su objetivo esencial radica en la aplicación de un programa de trabajo, dirigido a Madres y Padres privados de Libertad, que brinde una actitud de vida sustentada en el papel formativo hacia sus hijos, donde el punto de vista de su desarrollo, crecimiento, formación valórica espiritual.

Comunidades terapéuticas: consiste en un tratamiento diferenciado e individualizado en internos que presentan adicciones a las drogas, a través de la aplicación de una metodología de intervención.

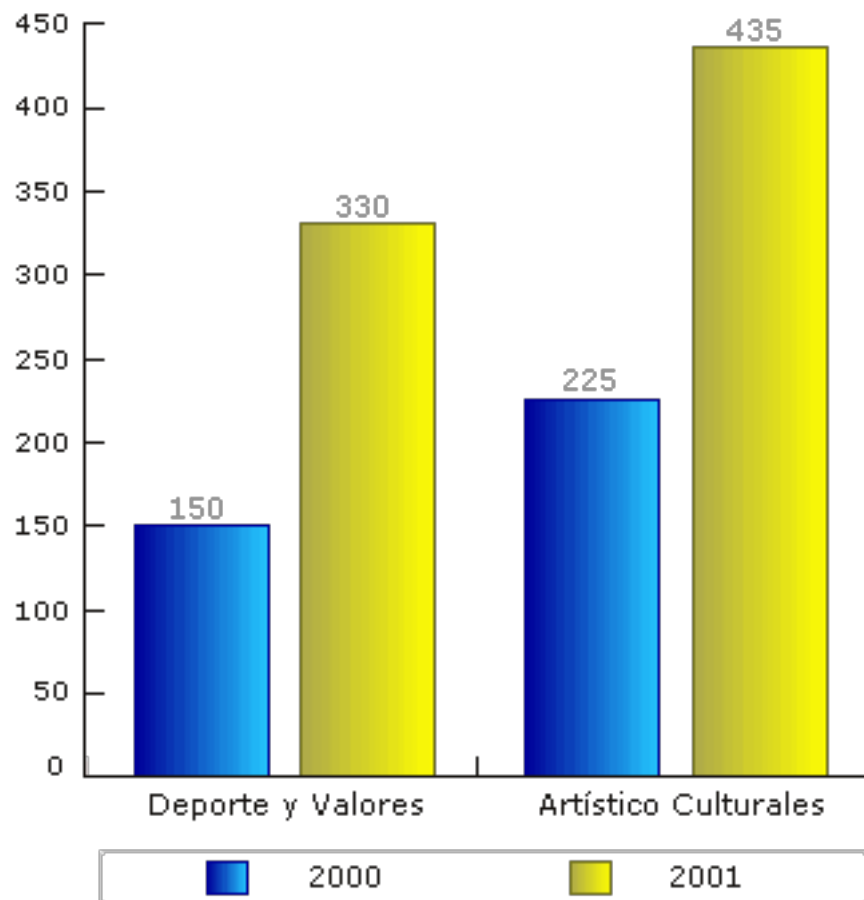
Con relación al **programa deportivo, recreativo y artístico-cultural**, debemos señalar que Gendarmería lo lleva a cabo utilizando el sistema de convenios con organismos competentes y mediante la postulación a proyectos concursables de organismos públicos (CHILEDEPORTES, División de Extensión Cultural del Ministerio de Educación, SERNAM, CONACE, FONDART, etc.), además con recursos propios (Patronato Nacional de Reos, Establecimientos Penitenciarios, Direcciones Regionales de Gendarmería, etc.), de instituciones privadas (Fundación Ford, Club Deportivo Universidad Católica de Chile, etc.) y de artistas y deportistas que de manera gratuita, aportan con su trabajo a la reinserción de las personas privadas de libertad.

Este programa se basa tanto en talleres o cursos, como también en competencias deportivas y eventos.

Resultan importantes estos programas debido a la motivación y entretenimiento que de ellos surge, siendo un factor relevante no sólo para la reinserción social sino que también para evitar los nocivos efectos de la prisionización.

Grafico N° 5

Participación de reclusos en actividades deportivas y culturales.



Fuente: Gendarmería de Chile.

Los beneficiosos efectos de estos programas y su necesidad de aumentarlos se desprende del gráfico antes visto.

7.3. Beneficios intra-penitenciarios.

El tratamiento penitenciario tiene un carácter progresivo que pretende la rehabilitación del recluso. Es por ello que contempla una serie de beneficios a los que puede acceder el penado, dependiendo de forma en que evolucione su tratamiento y del cumplimiento de los requisitos exigidos.

La finalidad de este sistema es la graduación conforme la cual el penado se va acercando al medio libre.

Para obtener un beneficio penitenciario se deben cumplir con determinados requisitos formales. Estos requisitos dan derecho al interno a solicitar el permiso de salida correspondiente. La concesión de este beneficio depende fundamentalmente de las necesidades de reinserción del recluso y de la evaluación que se efectúe respecto de su participación en las actividades para la reinserción social que se hayan determinado en las etapas precedentemente expuestas. Con los antecedentes mencionados, se debe evaluar si el condenado es susceptible cumplir con las exigencias de su salidas y si volverá o no a delinquir.

Los beneficios sólo podrán concederse a quienes hayan demostrado avances efectivos en su proceso de reinserción social. De esta manera, se considera que estos beneficios son un incentivo para que los reclusos participen en las actividades y programas propuestos por la administración.

Resulta fundamental, para obtener los beneficios de salidas el informe psicológico que dé cuenta “la conciencia del delito, del mal causado con su conducta y de la disposición al cambio, de modo que se procure, por una parte, constatar que el interno responde efectiva y positivamente a las orientaciones de los planes y programas de reinserción social y, por otra, evitar la mera instrumentalización del sistema con el fin de obtener beneficios”(Art. 97 inc. 2 del R.E.P).

Es sustancial la última observación efectuada por el artículo transcrito al referirse a la instrumentalización de los planes y programas desarrollados por la Administración. Lo cierto es que los reclusos, sin presentar más motivación que la de salir pronto en libertad, intervienen en las actividades de reinserción sin superar los factores que lo llevan a delinquir. Sin embargo, creemos que la cuestión no radica en cuan astuto es el recluso, sino más bien en la falencias de los sistemas al no lograr ni remotamente su cometido. Por otra parte, el efectivo control debe efectuarse durante los diversos programas y no solamente en las últimas instancias, es decir, para dirimir si se concede el beneficio o no. Sin duda que lo propuesto deriva en una mayor dotación de profesionales con un mayor grado de especialización, lo que obviamente implica un elevado costo que al parecer el Estado aun no se ha decidido a invertir.

El artículo 98 del R.E.P dispone que la concesión, suspensión o revocación de los permisos de salidas (salida esporádica, salida dominical, salida de fin de semana, salida controlada al medio libre), serán una facultad privativa del Jefe de Establecimiento. Este funcionario solo puede conceder los mencionados beneficios a quienes gocen de un informe favorable del Consejo Técnico.

El R.E.P sólo dispone que se entenderá que existe un informe favorable cuando el Consejo Técnico se pronuncie positivamente acerca de la postulación del interno. Se

tenerse en cuenta que las sesiones del Consejo son secretas y sus deliberaciones y acuerdos constan en un acta. No existe instancia revisora de lo dispuesto por el Consejo, como tampoco se describen parámetros públicos y conocidos relacionados con los criterios utilizados por este grupo técnico. Se puede considerar, entonces un importante grado de indefensión e ignorancia en el que se encuentra el interno al postular a un determinado beneficio.

Antes de que el Jefe de Establecimiento renueve o conceda uno de los permisos dispuestos en el R.E.P, se debe evaluar el uso que el interno haya hecho de sus beneficios de salidas anteriores. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas a los beneficiarios, faculta al Jefe de Establecimiento para suspender o revocar el beneficio otorgado. Por otra parte si existen circunstancias que modifiquen la aptitud del interno para continuar con un determinado beneficio de salida, se faculta a la autoridad para suspender o revocar este beneficio.

Se establece en el R. E P que el Jefe de Establecimiento debe informar a los beneficiarios, sea individual o colectivamente, de las obligaciones que deben ser cumplidas durante el ejercicio del beneficio (horarios, presentaciones ante el personal al regreso etc.), advirtiéndolo expresamente que su incumplimiento importará la revocación o suspensión de la salida concedida.

Salida esporádica.

El beneficio de salida esporádica es regulado en el R.E.P, en sus artículos 100 a 102.

Los Jefes de los Establecimientos penitenciarios podrán autorizar, con vigilancia, la salida esporádica de los internos condenados con el objeto de que éstos visiten a sus parientes próximos o a las personas íntimamente ligadas con ellos, en caso de enfermedad, accidente grave o muerte de ellos o que estén afectados por otros hechos de semejante naturaleza, importancia o trascendencia en la vida familiar.

En estos casos, la salida esporádica no podrá ser superior a diez horas, para lo cual se tendrán en cuenta los antecedentes respecto a la conducta y confiabilidad del interno y las medidas de seguridad que se requieran.

Otra causal para otorgar la salida esporádica, con custodia, es la realización de diligencias urgentes que requieren de la comparecencia personal del condenado. Este beneficio se extenderá por el tiempo estrictamente necesario para efectuar la diligencia, no pudiendo exceder de seis horas la duración total de la salida.

Por último, el Jefe del Establecimiento podrá autorizar la salida, con vigilancia, una vez al año y por un máximo de diez horas, de los internos que habiendo cumplido un tercio de su pena privativa de libertad hayan sido propuestos por el Consejo Técnico como merecedores de este permiso como premio o estímulo especial.

Este beneficio, como se puede apreciar, se considera en casos excepcionales de la vida del recluso, en los cuales la privación de libertad limita fuertemente su capacidad de vinculación con sus seres queridos o cuando su presencia es de extremo necesaria para efectuar alguna gestión importante. Por una parte este beneficio contempla la posibilidad de subsanar situaciones reales en la que la privación de libertad constituye un verdadero impedimento. Por otra parte, se intenta que el recluso no pierda los importantes vínculos creados en su vida y responda a estos debidamente, como una forma de atenuar su exclusión social.

Salida dominical.

Este beneficio es regulado en el R.E.P en el artículo 103.

Los internos condenados, previo informe favorable del Consejo Técnico del respectivo establecimiento penitenciario y a partir de los doce meses anteriores al día en que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional, podrán solicitar autorización al Alcaide para salir del establecimiento los días domingo, sin custodia, por un período de hasta quince horas por cada salida.

Salida de fin de semana.

El beneficio de salida dominical es regulado en el R.E.P, en el art. 104

El artículo mencionado dispone que, previo informe del Consejo Técnico del establecimiento penitenciario respectivo, podrán solicitar al Alcaide la salida de fin de semana, los internos condenados que durante tres meses continuos hayan dado, cumplimiento cabal a la totalidad de las obligaciones que impone el beneficio de salida dominical. En este caso podrán ser autorizados para salir del establecimiento desde las dieciocho horas del viernes hasta las veintidós horas del día domingo como máximo.

Salida controlada al medio libre.

Este beneficio es regulado en los artículos 105 y 106 del R.E.P.

Los internos condenados, previo informe favorable del Consejo Técnico del respectivo establecimiento penitenciario y a partir de los seis meses anteriores al día en que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional, podrán ser autorizados para salir durante la semana por un período no superior a quince horas diarias, con el objeto de concurrir a establecimientos de capacitación laboral o educacional, a instituciones de rehabilitación social o de orientación personal, con el fin de buscar o desempeñar trabajos.

El permiso se concederá por los días y extensión horarias estrictamente necesarios para la satisfacción del objetivo que le sirva de causa. Los internos a quienes se haya concedido este permiso para salir todos los días de la semana podrán ser autorizados para gozar de la salida de fin de semana.

Los internos beneficiarios con la salida controlada al medio libre, tendrán la obligación de presentar, con la periodicidad que determine el Jefe del Establecimiento los antecedentes que den cuenta del provecho que les haya reportado el uso de la salida, tales como contratos de trabajos, certificados de estudio o capacitación, u otros de similar naturaleza, correspondiendo a la Administración Penitenciaria establecer los controles necesarios.

Reglas comunes a los permisos de salidas.

Estas reglas comunes se encuentran contenidas en los artículos 107 a 115 del R.E.P.

Primeramente, se establece que el carácter de estos beneficios es progresivo y que responden a una finalidad de reinserción social y familiar del interno.

Debido al carácter progresivo de estos beneficios, se establecen algunas reglas que deben observarse en la concesión de éstos. Estas reglas son:

Los permisos de salidas pueden concederse por un lapso inferior al máximo permitido, debiendo el Jefe de Establecimiento fijar el día, la hora de salida y la extensión horaria del permiso.

Los permisos de salidas esporádicas, no podrán ser otorgados en forma conjunta y acumulativa.

A excepción de la salida de fin de semana, se procurará que se haga uso de los permisos preferentemente en horario diurno.

Antes de la concesión de cualquier permiso de salida, el Consejo Técnico, cuando corresponda, y en todo caso el Jefe del establecimiento, deberá examinar los siguientes antecedentes:

Gravedad de la pena asignada al delito.

Número de delitos imputados y el carácter de los mismos.

Existencia de procesos pendientes.

La sujeción a alguna medida cautelar personal pendiente.

Existencia de condenas anteriores pendientes y gravedad de los delitos de que se traten.

Cualquier referencia relativa a la confiabilidad del beneficiario que permitan presumir que no quebrantará la condena.

Para optar a los beneficios de salidas dominical, de fin de semana y controladas al medio libre, el interno deberá cumplir con los siguientes requisitos:

Haber observado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores a su postulación. No obstante ello, se examinará la conducta del interno durante toda su vida intra-penitenciaria a fin de constatar si, con anterioridad a los tres bimestres referidos, registra infracciones disciplinarias graves a considerar antes de conceder el Beneficio.

Haber asistido regularmente y con provecho a la Escuela del Establecimiento, según conste en el informe emanado del Director de la Escuela, salvo que el postulante acredite dificultades de aprendizaje o estudios superiores a los que brinda el establecimiento.

Haber participado en forma regular y constante en las Actividades programadas en la unidad, tales como de capacitación y trabajo, culturales, recreacionales, según informe del Jefe Operativo.

Tener la posibilidad cierta de contar con medios o recursos de apoyo o asistencia, sean familiares, penitenciarios o de las redes sociales.

En la consideración de estos requisitos se debe tener en cuenta las circunstancias personales del interno y la características y recursos del establecimiento.

El cumplimiento de los requisitos expuestos, sólo da derecho al interno a solicitar el beneficio correspondiente, en tanto que su concesión dependerá, fundamentalmente, de las necesidades de reinserción social del interno y de la evaluación que se efectúe respecto de su participación en las actividades para la reinserción social. En este aspecto los informes sociales y psicológicos favorables son un antecedente indispensable para la obtención de un beneficio, de modo que pueda presumirse que respetará las normas y obligaciones que regulan la salida concedida y no continuará su actividad delictiva.

Debe tenerse presente que la autoridad administrativa (Jefe de Establecimiento) es la única facultada para la concesión y denegación de los permisos estudiados, sin que

existan la intervención de autoridades jurisdiccionales o alguna instancia revisora diferente a Gendarmería.

Las obligaciones de carácter general impuestas a los beneficiados son las siguientes:

Cumplir con las limitaciones horarias que el respectivo beneficio impone.

Presentarse de regreso al establecimiento en óptimas condiciones personales, sin provocar alteraciones de ningún tipo y en normal estado de temperancia.

No realizar actos que constituyan atentados en contra de la moral y las buenas costumbres.

Cumplir con el objetivo que tuvo en vista la concesión del respectivo beneficio.

Someterse fielmente a la vigilancia o custodia que el beneficio impone.

El cumplimiento íntegro y satisfactorio de tales obligaciones permitirá al interno postular al beneficio siguiente, según el orden progresivo de importancia establecido en el Reglamento.

Los internos que hayan quebrantado o que voluntariamente hayan dejado de cumplir sus condenas, deberá cumplir a los menos, un tercio del saldo insoluto de la condena quebrantada antes de poder optar nuevamente a un beneficio, sin importar el tiempo mínimo faltante para postular a la libertad condicional.

En caso de que no exista sentencia ejecutoriada en el juicio de quebrantamiento de condena, el Jefe de Establecimiento, podrá considerar la concesión de un beneficio al interno procesado cuando existan antecedentes que así lo ameriten.

La concesión de permisos de salida a internos que hayan quebrantado o voluntariamente hayan dejado de cumplir con las condiciones de los permisos, se sujetará a los criterios reguladores siguientes:

Al reingreso, el interno tendrá una conducta calificada con nota mínima.

Cada vez que se presente un interno que haya quebrantado alguno de estos beneficios deberá ser recibido en el establecimiento y se suspenderá o revocará el beneficio según corresponda.

A los internos que ingresen o reingresen a un establecimiento en calidad de detenidos, procesados o condenados por un nuevo delito cometido durante el ejercicio de los beneficios en comento, será revocado el permiso concedido.

Los internos mencionados deberán cumplir efectivamente la totalidad del saldo de la condena que cumplían cuando se les concedió el beneficio, sin que puedan acceder a nuevos permisos de salida, los que serán considerados por la Administración, sólo respecto de la condena que se les imponga por el nuevo delito y una vez que cumplan los requisitos para ello. Para estos efectos, cualquiera sea el orden en que deban cumplirse las penas que se hayan impuesto al interno, el tiempo durante el cual no pueda postular a nuevos beneficios corresponderá, al menos, al lapso que restare de la condena que estaba cumpliendo al revócasele el permiso.

En caso que el interno quede libre por falta de méritos, que se revoque la resolución que lo somete a proceso, que sea sobreseído temporal o definitivamente, o que se dicte una sentencia de absolución, se le restituirá su derecho a postular a nuevos beneficios en las condiciones que poseía antes del nuevo encarcelamiento o en los términos previsto en el art. 111 (el interno deberá cumplir a los menos, un tercio del saldo insoluto de la condena

quebrantada antes de poder optar nuevamente a un beneficio, sin importar el tiempo mínimo faltante para postular a la libertad condicional), según corresponda.

Llama la atención, que en las circunstancias antes vistas, se considere a quienes no han sido sancionados por sentencia condenatoria ejecutoriada, por lo que se entiende que se vulnera el principio de inocencia. El perjuicio práctico es mayor aún si se considera lo largo de los procedimientos criminales.

Los condenados a penas inferiores a un año tienen derecho a postular a los beneficios en comento, cumpliendo con los requisitos generales antes vistos, cuando les sean aplicables.

Respecto de los extranjeros condenados que tengan decreto de expulsión, el art. 108 dispone que “antes de otorgarles alguno de los beneficios deberá darse aviso del día y hora y la duración de la salida a la Policía de Investigaciones de Chile. En caso de ignorarse si el interno tiene o no orden de expulsión, deberá recabarse tal antecedente antes de conceder la salida.”

El artículo 114 del R.E.P dispone la obligación de los Directores Regionales de preocuparse especialmente del cumplimiento de las disposiciones que digan relación con los beneficios de salidas, así como también de las instrucciones que al respecto dicte internamente la Administración Penitenciaria.

Lo mencionado anteriormente, no implica que se establezca una instancia superior al Alcaide en la resolución de los beneficios, sino que corresponde a una expresión de las obligaciones generales de supervisión y fiscalización que a los Directores regionales asisten respecto del quehacer penitenciario en sus respectivo territorio jurisdiccional. Lamentablemente no se considera una instancia superior de revisión, y si el artículo 114 inc. 2 sólo recalca un obligación general ya establecida, consideramos que su aporte en la materia es nulo.

Los Directores Regionales deben informar anualmente a la Subdirección Técnica de Gendarmería respecto del funcionamiento de los Consejos Técnicos de los establecimientos de su región y de los beneficios que hayan concedido con la indicación de los resultados que se hayan observado.

Algunas estadísticas de los beneficios de salidas.

A continuación presentaremos algunas estadísticas de Gendarmería, respecto de los beneficios referidos.

Las estadísticas por región contienen datos actualizados al 30 de noviembre del 2002.²⁵⁸

Tabla N° 24

Estadísticas del beneficio de salida diaria por región.

²⁵⁸ (71) www.gendarmeria.cl. Estadísticas. [En línea] <http://www.gendarmeria.cl/estadisticas/est-13.htm> [consulta: 4 de diciembre de 2003]

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

REGION	SALIDA DIARIA	
	POBLACIÓN.	%
TARAPACA	96	10,7
ANTOFAGASTA	51	5,7
COPIAPO	36	4,0
COQUIMBO	19	2,1
VALPARAISO	141	15,7
LIB. BDO.O'HIGGINS	21	2,3
DEL MAULE	129	14,4
DEL BIO BIO	124	13,8
DE LA ARAUCANIA	74	8,3
DE LOS LAGOS	62	6,9
C. IBAÑEZ DEL C.	21	2,3
MAGALLANES	6	0,7
METROPOLITANA	116	12,9
TOTAL	896	100,0

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 25

Estadísticas de los beneficios de salida dominical y salida de fin de semana por región.

REGION	SALIDA DOMINICAL		SALIDA FIN DE SEMANA	
	POB.	%	POB.	%
TARAPACA	48	9,0	41	7,7
ANTOFAGASTA	27	5,1	50	9,4
COPIAPO	41	7,7	37	7,0
COQUIMBO	9	1,7	37	7,0
VALPARAISO	60	11,3	41	7,7
LIB. BDO.O'HIGGINS	33	6,2	2	0,4
DEL MAULE	47	8,8	65	12,2
DEL BIO BIO	63	11,8	134	25,2
DE LA ARAUCANIA	54	10,2	119	22,4
DE LOS LAGOS	54	10,2	69	13,0
C.IBAÑEZ DEL C.	7	1,3	2	0,4
MAGALLANES	5	0,9	8	1,5
METROPOLITANA	84	15,8	131	24,6
TOTAL	532	100,0	736	138,3

Fuente: Gendarmería de Chile.

Libertad condicional.

La libertad condicional se encuentra regulada en el D.L N° 321 publicado en el Diario Oficial el 12 de marzo de 1925 y por el Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, Decreto N° 2.442 Publicado en el Diario Oficial el 12 de marzo de 1925.

Este beneficio es un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, y una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada.

La libertad condicional responde a la adopción de un sistema progresivo en el cual la libertad concedida es la última etapa de la rehabilitación. Este beneficio consiste en una prueba de que el condenado se puede desarrollar favorablemente en la sociedad sin reincidir. Es así como el art. 1 inc. 1 del D.L. N° 321 establece que: “Se establece la libertad condicional, como un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”. Complementa esta idea el art. 2 del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional el cual dispone que: “Se establece la libertad condicional como una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de un año, que, por su conducta y comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, haya demostrado que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social.”

La libertad condicional es un modo particular de cumplir la pena privativa de libertad, por lo que no extingue ni modifica la duración de la pena. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena, y la pena se reputará cumplida si obtiene su indulto o si terminare el período de libertad condicional sin que haya sufrido una nueva condena o sin que se haya revocado su libertad condicional.

Comisión de libertad condicional.

La petición de libertad condicional la hará una comisión especial que funcionará en la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción esté el penal en que el interno se encuentre recluso. Esta comisión especial se denomina “Comisión de Libertad Condicional”.

La Comisión estará integrada por los funcionarios que constituyan la visita de cárceles y de establecimientos penales en la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones y los dos jueces del crimen más antiguos de ese departamento. En Santiago, la integrarán los diez jueces del crimen más antiguos del departamento. Serán presidente y secretario de la Comisión los que lo sean de la visita.

Los jueces del crimen serán subrogados, en caso de impedimento o licencia, por los otros jueces con competencia en lo criminal en orden decreciente conforme a la votación obtenida. El empate se resolverá mediante sorteo.

La Comisión se encuentra facultada para pedir también la libertad condicional en favor de aquellos reos que cumplan el tiempo mínimo de su condena en los dos meses siguientes a los indicados.

Tribunal de conducta.

En todos los establecimientos penales en que cumplan sus condenas reclusos condenados por sentencia ejecutoriada a penas privativas de la libertad, habrá un Consejo que se denominará “Tribunal de Conducta”, y que lo integrarán las siguientes autoridades y funcionarios, sin derecho a percibir remuneración especial:

- El Alcaide o el Jefe respectivo.
- El Jefe de la Sección de Criminología
- El Director de la Escuela.
- El Jefe de la Sección Trabajo.
- El Jefe de la Guardia Interna.

El Médico.

El Asistente Social.

Un Abogado o un Psicólogo designado por el Director del Servicio.

Podrán formar parte del Tribunal de Conducta, un miembro de los Tribunales de Justicia designado por la Corte de Apelaciones respectiva, el Inspector Zonal correspondiente y un Abogado del Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados.

Para que un Tribunal de Conducta pueda celebrar sesión, se requiere la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros que no estén imposibilitados para asistir.

Cuando no se lleve a efecto una sesión por falta de número, el Jefe del establecimiento dará cuenta del hecho al Ministerio de Justicia indicando los nombres de los inasistentes.

El Tribunal de Conducta se reunirá ordinariamente una vez al mes y extraordinariamente cuando lo cite el Jefe del respectivo establecimiento penal.

El Jefe del respectivo establecimiento penal o la persona que lo reemplace en virtud de la ley o de decreto supremo citará a sesiones, las presidirá, comunicará y hará cumplir los acuerdos del Tribunal de Conducta.

El empleado que designe el Jefe del establecimiento hará las veces de Secretario del Tribunal, pero sin formar parte de él. Accidentalmente podrá desempeñar estas funciones un miembro del mismo Tribunal.

Los acuerdos del Tribunal no aceptados por el Jefe del respectivo establecimiento penal, se consultarán por éste inmediatamente al Ministerio de Justicia para que resuelva si se cumplen o no.

Cada Tribunal de Conducta llevará un Libro de Actas en que dejará constancia de sus acuerdos con expresión de los votos disidentes, y un Libro de Vida de los condenados privados de libertad, en que se estamparán, cada dos meses, la nota media que el Tribunal acuerde fijarle a cada uno en conducta, en aplicación y en aprovechamiento, y las observaciones que estime conveniente. Las anotaciones del Libro de Vidas se darán a conocer a los condenados por carteles que permanecerán expuestos durante el bimestre de su vigencia.

El Tribunal de Conducta llevará un Libro de Vida para los condenados en libertad condicional, en el que se harán las siguientes anotaciones:

Las notas de conducta y aplicación que hayan obtenido en la escuela y donde trabajan, según los certificados que deben presentar semanalmente al Tribunal de Conducta, de acuerdo con lo que dispone el N° 3 del art. 31 del R.L.C.

Las inasistencias a la escuela y al trabajo, atrasos y salidas anticipadas que no se justifiquen.

Las infracciones al R.L.C.

Las informaciones que reciba de la Policía o de otros conductos.

Las demás observaciones que estime conveniente.

Al Tribunal de Conducta respectivo, le corresponde pronunciarse respecto del cumplimiento de las condiciones impuestas por los números 2, 3 y 4 del artículo 4 del R.L.C (conducta intachable del recluso en el establecimiento penal, según lo señalado en el libro de vida; haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena; haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento.)

Este pronunciamiento deberá ser acordado quince días antes del primero de abril o del primero de octubre de cada año.

Requisitos.

Los reclusos que tienen posibilidad de obtener el beneficio de libertad condicional son aquellos condenados a pena privativa de libertad de más de un año de duración, que reúna los siguientes requisitos, mencionados en el artículo 4 del R.L.C:

Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva, con excepción de los condenados por delito de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación o sodomía con resultado de muerte, infanticidio y elaboración o tráfico de estupefacientes, a quienes se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como definitiva. (Art. 4 N ° 1)

Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno. (Art. 4 N ° 2)

Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena. (Art. 4 N ° 3)

Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir. (Art. 4 N ° 4)

Se entiende por “tiempo de condena”, el total de las condenas que tenga el reo, incluyendo las que se le impongan mientras cumple éstas, deducidas las rebajas que haya obtenido por gracia.

Al Tribunal de Conducta, le corresponde pronunciarse respecto del cumplimiento de algunas de las condiciones señaladas (conducta intachable del recluso en el establecimiento penal, según lo señalado en el libro de vida; haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena; haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento.)

En los casos en que no exista acuerdo entre el Jefe de establecimiento y el tribunal, como ya lo vimos se consultará Ministerio de Justicia. No obstante, en casos calificados y previo estudio de los antecedentes, la Comisión de Libertad Condicional, por la unanimidad de sus miembros, puede dar por cumplidos los requisitos de los números 3 y 4 del artículo 4.

Además de los requisitos expuestos, se establece en el R.L.C, plazos especiales que deberán cumplir los condenados por determinados delitos para que les sea concedido el beneficio.

A los condenados a presidio perpetuo se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos veinte años privados de libertad. Quedan incluidos en esta disposición los reos condenados a pena de duración perpetua que deban cumplir, también, una o más penas temporales.

A los condenados a más de veinte años se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos diez años de la pena, y por este solo hecho ésta quedará fijada en veinte años.

A los condenados por delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación o sodomía con resultado de muerte, infanticidio y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.

El condenado que por hurtos o estafas deberá cumplir más de seis años de presidio o reclusión, tendrá derecho a salir en libertad condicional, siempre que cumpla con los demás requisitos señalados en el art. 4 del R.L.C, después de permanecer tres años privado de libertad. El hecho de que un procesado por hurtos o estafas haya obtenido su libertad condicional, fija en seis años el término de su condena.

Los condenados a presidio perpetuo calificado solo podrán obtener el beneficio de la libertad condicional una vez transcurrido 40 años de privación de libertad efectiva²⁵⁹.

Al pronunciarse el Tribunal de Conducta sobre si un condenado cumple o no con las condiciones señaladas en el artículo 4 N° 2, 3 y 4, tomará en consideración las notas medias que tenga el condenado en el Libro de Vida, durante el semestre anterior al primero de abril o primero de octubre de cada año, respectivamente.

Para fijar las notas medias en conducta, aplicación y aprovechamiento que deben estamparse en el Libro de Vidas, se procederá en la siguiente forma:

La nota de conducta de cada condenado será el término medio de las notas que, cada mes, pasarán al Tribunal de Conducta el Jefe de Compañía o Destacamento de Gendarmes, el Director de la escuela y el Jefe del taller respectivo.

Las notas de aplicación y de aprovechamiento se fijarán, cada una, tomando el término medio de las notas que, también cada mes, pasarán al Tribunal el Director de la escuela y el Jefe del taller que corresponda.

Cuando una nota media resulte fraccionada, se considerará como número entero la fracción 0,5 o superior a ésta y se despreciará la que sea inferior.

Cuando un condenado no asista a un taller por causas ajenas a su voluntad, le fijará las notas de aplicación y aprovechamiento en el trabajo el Jefe del respectivo establecimiento penal, tomando en consideración los trabajos que haya hecho por su cuenta o a beneficio del establecimiento.

En las Casas de Corrección para mujeres informará la Superiora sobre la conducta observada en el establecimiento por las reclusas.

Para establecer la clasificación de la conducta de cada penado, las autoridades que correspondan tomarán en cuenta los siguientes elementos de juicio:

Su conducta en el patio o calle, en el taller y en la escuela.

Su asistencia al taller y a la escuela.

El aseo personal de su celda y útiles.

Las manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación y moralidad.

Para pronunciarse sobre la aplicación y el aprovechamiento, tomarán en cuenta especialmente sus progresos como obrero y como alumno y las causas de sus inasistencias al taller y a la escuela.

El Tribunal de Conducta podrá requerir en todo momento, de los empleados del establecimiento, los informes que considere necesarios para el mejor desempeño de sus funciones.

Las notas para clasificar la conducta, aplicación y aprovechamiento de los condenados serán: pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno.

²⁵⁹ Lo mencionado en atención a lo dispuesto en el artículo 1 N° 3 de la ley 19.734, que deroga la pena de muerte.

En cada bimestre, el Tribunal sólo podrá aumentar en un grado la nota de conducta que haya obtenido un reo en el bimestre anterior. No podrá figurar en la lista a que se refiere de los condenados que reúnen los requisitos para obtener al libertad condicional, el reo que haya obtenido en conducta o en aplicación una o más notas inferiores a “muy bueno” durante el semestre correspondiente.

Forma de obtener la libertad condicional.

Para obtener la libertad condicional, los Tribunales de Conducta deberán efectuar dos listas. La primera contendrá la nómina de los condenados que reúnan los requisitos para obtener su libertad condicional, con indicación del lugar que se les fijará como residencia, que sólo podrá ser una ciudad donde funcione un Tribunal de Conducta. La segunda lista señalará los condenados que, a pesar de cumplir el tiempo mínimo y tener la conducta requerida para optar al beneficio, haya considerado que no merecen la libertad condicional por no reunir los requisitos exigidos por los N° 3 y 4 del art. 4 del R.L.C.

Los días 25 de marzo y 25 de septiembre de cada año, los Tribunales de Conducta deberán tener hechas ambas listas.

En las mencionadas listas se incluirá, también, a los condenados que cumplan el tiempo mínimo que los habilita para postular a la libertad condicional durante los meses de abril, mayo y junio o durante octubre, noviembre y diciembre, respectivamente. A los que aparezcan en esta lista se les podrá conceder este beneficio, pero sólo se hará efectivo hasta que cumplan el tiempo mínimo requerido y siempre que a esa fecha reúnan todavía el requisito exigido por el N° 2 del indicado artículo 4.

Se dejará constancia en cada lista de las opiniones disidentes que hubiere y de la opinión personal que le merezca cada caso al médico y al representante de la justicia ordinaria que formen parte de dicho Tribunal.

Las listas referidas y todos los antecedentes que se tengan respecto de los condenados que figuren en ellas, serán entregados por el Jefe del respectivo establecimiento penal a la Comisión de Libertad Condicional correspondiente el primer día de los meses de abril y octubre, o en el siguiente hábil si aquél fuere feriado. Para el mejor estudio de los antecedentes, deberán presentarse en nómina aparte las listas relativas a condenados por Tribunales Militares.

La Comisión considerará esas listas como también el informe que emita el Jefe del establecimiento penal.

La Comisión solicitará del Gobierno la libertad condicional de los condenados contemplados en la primera lista. La Comisión podrá acordar, en casos calificados, por voto unánime y fundado, solicitar la libertad condicional de los condenados señalados en la segunda lista y que a su juicio reúnan los requisitos exigidos por los números 3 y 4 del artículo 4 del Reglamento de Libertad Condicional.

Si la Comisión estimare improcedente conceder el beneficio, fundamentará su rechazo.

Una vez recibida por el Ministerio de Justicia la nómina de condenados cuya libertad condicional solicita la Comisión respectiva, se dictarán, si ello es procedente, las resoluciones correspondientes, concediéndola. Dichas resoluciones se transcribirán al Tribunal de Conducta, Dirección Nacional de Gendarmería, Dirección General de Carabineros, Dirección General de Investigaciones y demás organismos pertinentes.

En el mismo decreto se indicará el lugar que se le designe como residencia a cada uno.

En casos especiales, que calificará el Ministerio de Justicia, podrá disponerse que un condenado en libertad condicional tenga como residencia un lugar distinto al señalado en la primera lista, quedando sometido a las autoridades señaladas en el inciso segundo del artículo 29 del Reglamento de Libertad Condicional, esto es por la autoridad administrativa de más alta jerarquía, por el Oficial del Registro Civil, por el Comandante de Policía Comunal o por el Jefe de algún destacamento o grupo de Carabineros, según corresponda.

Sólo con autorización del Ministerio de Justicia y a petición del Tribunal de Conducta respectivo, se puede cambiar el lugar designado a un condenado liberto para cumplir su condena.

Concesión de la libertad condicional.

La libertad condicional se concederá por decreto supremo del Ministerio de Justicia, previos los trámites correspondientes ya mencionados.

En todo caso, tratándose de condenados a presidio perpetuo calificado, la libertad condicional deberá ser concedida por el pleno de la Corte Suprema.

La resolución de la Corte Suprema que conceda la libertad condicional de condenados a presidio perpetuo calificado se comunicará al Ministerio de Justicia.

Obligaciones a que quedan sujetos los reos libertos.

Todos los condenados en libertad condicional quedarán sometidos y dependerán del Tribunal de Conducta que haya en el lugar de su residencia y que les corresponda según su sexo. Donde no haya Casa de Corrección para mujeres, dependerán éstas del Tribunal del establecimiento para hombres.

El Tribunal de Conducta puede autorizar a un liberto para salir del lugar que se le haya fijado como residencia, durante un tiempo no superior a dos meses en cada año. En este caso y en el cambio de domicilio designado, se dará aviso al Jefe de Policía de la misma ciudad y comunicará el hecho, dando la filiación y demás datos personales del reo y de su condena, la fecha en que ésta se cumple y las informaciones que sean necesarias, al Tribunal de Conducta y al Jefe de Policía del lugar donde se traslade el liberto, ante quienes deberá éste presentarse el mismo día de su llegada o al día siguiente a más tardar y, en adelante, una vez a la semana. Estas autoridades acusarán recibo y la primera de ellas avisará al Tribunal de Conducta y al Jefe de Policía que corresponda cuando el condenado con permiso vuelva al lugar de su residencia.

Cuando un condenado liberto con permiso se traslade a un lugar donde no haya Tribunal de Conducta o Jefe de Policía Fiscal, serán reemplazadas estas autoridades por cualesquiera de las siguientes: en lugar del Tribunal de Conducta, por la autoridad administrativa de más alta jerarquía, por el Juez de Subdelegación o por el Oficial del Registro Civil; y en lugar del Jefe de Policía Fiscal, por el Comandante de Policía Comunal o por el Jefe de algún destacamento o grupo de Carabineros.

Los Tribunales de Conducta que pertenezcan a establecimientos penales donde haya talleres, podrán exigir a los condenados libertos que no tengan trabajo al salir, o a los que estando en libertad condicional se encuentren sin ocupación, que trabajen en los expresados talleres, sometidos a los reglamentos de régimen interno dictados para los procesados.

Los demás Tribunales podrán pedir que a los condenados que van a salir en libertad condicional y no tengan trabajo, se les fije como residencia donde haya talleres para penados.

Los condenados libertos que no tengan trabajo al salir o aquellos que gozan de libertad condicional y se les haya exigido trabajar en talleres de un establecimiento penal por no tener ocupación, podrán ser obligados por el Tribunal respectivo a desempeñar trabajos del Estado o municipales.

Los condenados beneficiados están obligados de un modo especial:

A no salir, sin la autorización debida, del lugar que se les haya fijado como residencia.

A asistir a una escuela o establecimiento de instrucción y a desempeñar el trabajo que se les haya designado, sin que puedan faltar ningún día, ni llegar atrasados o salir antes de la hora, salvo por enfermedad o por alguna causa poderosa que deberán justificar ante el respectivo Tribunal de Conducta. A presentarse una vez cada semana, el día domingo antes de las doce meridiano, a la Policía que corresponda y mostrar los certificados a que se refiere el N° 4 del art. 32 del R.L.C pudiendo la Dirección General de Policías disponer en los casos que estime conveniente que esta obligación la cumplan ante el respectivo Tribunal de Conducta. El mismo día deberán presentarse al Tribunal de Conducta del cual dependan y entregarán dichos certificados a la persona que designe el mismo Tribunal. Deberán también justificar ante este Tribunal sus inasistencias al trabajo o a la escuela y los atrasos y salidas anticipadas.

A obedecer todas las órdenes que les dé el Tribunal de Conducta que les corresponda

Revocación de la libertad condicional.

La libertad condicional de un condenado sólo podrá ser revocada por medio de un decreto supremo, a petición del Tribunal de Conducta respectivo, en los siguientes casos:

Haber sido condenado por ebriedad o por cualquier delito.

Haberse ausentado sin autorización del lugar que se le haya fijado como residencia.

No haberse presentado, sin causa justificada, durante dos semanas consecutivas a la Jefatura de Policía que le corresponda.

Haber faltado tres días en un mes a la escuela donde asiste o a la ocupación que tenga, a no ser que justifique sus inasistencias en la forma ordenada en este Reglamento.

Haber enterado tres notas de mala conducta en la escuela o donde trabaje, calificadas por el Tribunal de Conducta respectivo.

Cuando se trate de una falta o delito que merezca la revocación de la libertad condicional, la Policía o la autoridad judicial que corresponda informará inmediatamente al Tribunal de Conducta respectivo.

Cuando se haya revocado la libertad condicional a algún condenado que no esté procesado, será detenido por la Policía a fin de hacerlo ingresar en el establecimiento carcelario más próximo de su detención del lugar de su detención, desde donde será trasladado por Gendarmería al penal que se le haya designado para cumplir el tiempo que le faltare de su condena. Para tener derecho nuevamente a este beneficio, deberá cumplir la mitad del tiempo que le corresponda estar de nuevo privado de libertad y reunir los requisitos que se exigen en el R.L.C.

El Jefe del establecimiento penal respectivo comunicará oportunamente al Ministerio de Justicia si han ingresado o no a cumplir el resto de sus condenas los reos a quienes se les haya revocado la libertad condicional.

La revocación de la libertad condicional en los casos en que se hubiere impuesto la pena de presidio perpetuo calificado, corresponderá al pleno de la Corte Suprema. La mencionada resolución deberá ser acordada por la mayoría de los miembros en ejercicio y comunicada al Ministerio de Justicia, a fin de dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en los artículos 6 y 7 de la Ley de Libertad Condicional y el Reglamento que regula este beneficio.

Indulto.

Cuando un condenado en libertad condicional haya cumplido la mitad de esta pena, obteniendo invariablemente las mejores clasificaciones por su conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio, podrá solicitar del Supremo Gobierno, por intermedio del Tribunal de Conducta respectivo, que le indulte el tiempo que le falte.

Estadísticas.

A continuación se presentarán algunas estadísticas relacionadas con la libertad condicional. Los cuadros precedentes demuestran la disminución en el otorgamiento de este beneficio, lo cual ha sido un factor trascendental en la sobrepoblación penitenciaria existente en el país.

Tabla N°26

Beneficios de Reinserción por Región.

(Datos actualizados al 30 de Noviembre 2002)

REGION	LIBERTAD CONDICIONAL	
	POBLACION.	%
TARAPACA	211	12,8
ANTOFAGASTA	165	10,0
COPIAPO	27	1,6
COQUIMBO	189	11,5
VALPARAISO	32	1,9
LIBERTADOR. BERNARDO O'HIGGINS	200	12,1
DEL MAULE	26	1,6
DEL BIO BIO	317	19,2
DE LA ARAUCANIA	72	4,4
DE LOS LAGOS	248	15,0
CARLOS IBAÑEZ DEL CAMPO .	16	1,0
MAGALLANES	37	2,2
METROPOLITANA	109	6,6
TOTAL	1649	100,0

Fuente: Gendarmería de Chile.

Tabla N° 27

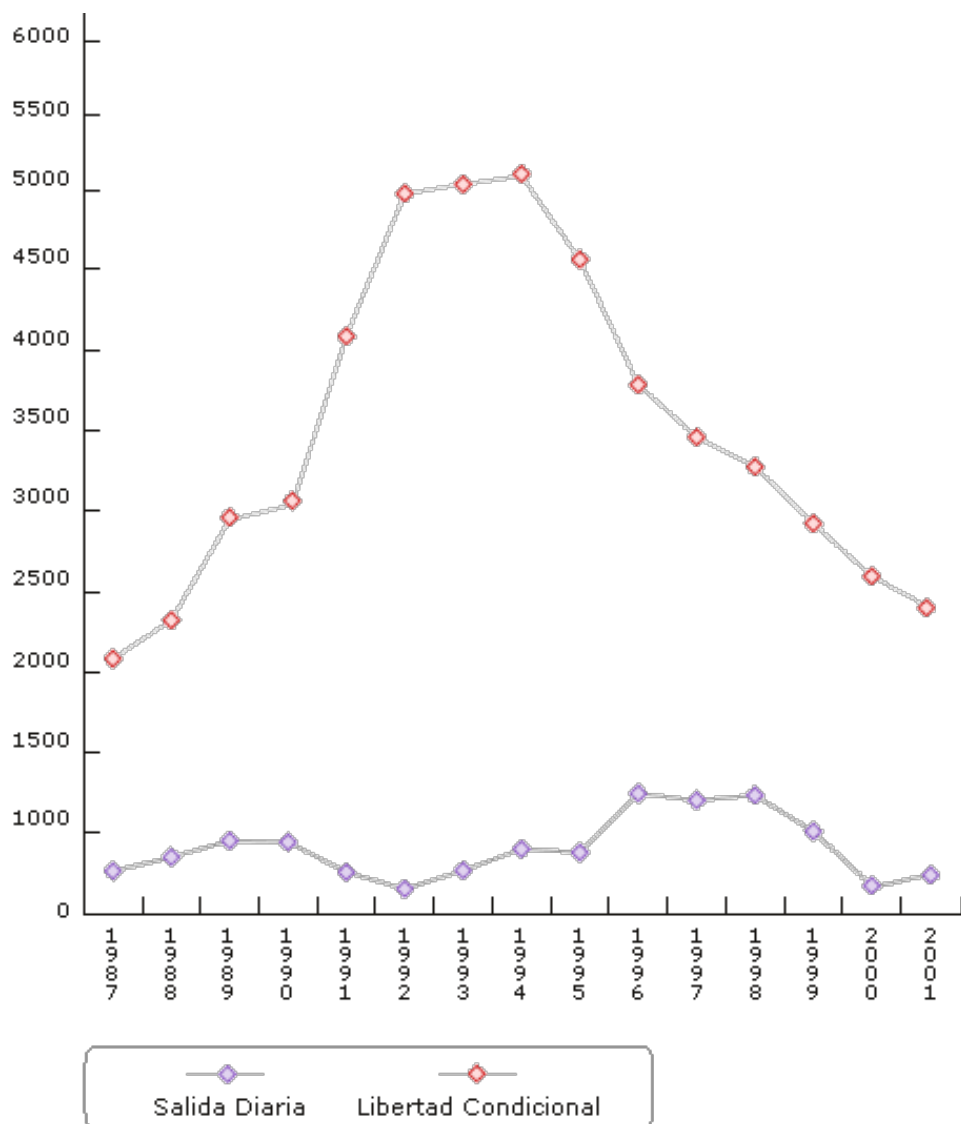
**Evolución de la población sujeta a Libertad condicional
(1987–2001)**

PROMEDIO AÑO	LIBERTAD CONDICIONAL	
	Población.	Índice
1987	1324	100,0
1988	1563	118,1
1989	2006	151,5
1990	2201	166,2
1991	3327	251,3
1992	4214	318,3
1993	4271	322,6
1994	4179	315,6
1995	3803	287,2
1996	3026	228,5
1997	2700	203,9
1998	2516	190,0
1999	2164	163,4
2000	2164	163,4
2001	1646	124,3

Fuente: Gendarmería de Chile

Gráfico N° 6

**Evolución de los beneficios de reinserción
(Periodo 1987- 2001)**



Fuente: Gendarmería de Chile

Sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta.

Este nuevo sistema, de rango legal, fue establecido en la ley 19.856, publicada en el Diario Oficial de 4 de febrero de 2003.

Esta ley tiene por objeto establecer los casos y formas en los que una persona que ha sido condenada al cumplimiento de una pena privativa de libertad, puede reducir el tiempo de su condena, en base a haber demostrado comportamiento sobresaliente durante su cumplimiento.

Beneficio de reducción de condena.

El beneficio que contempla esta ley consiste en que el penado, que durante el cumplimiento efectivo de una condena privativa de libertad, hubiere demostrado un comportamiento sobresaliente, tendrá derecho a una reducción del tiempo de su condena equivalente a dos

meses por cada año de cumplimiento. A partir de la mitad de la condena, la reducción de pena se aumentará a tres meses por cada año. La ampliación aludida se aplicará sólo a los años posteriores al período correspondiente a la mitad de la condena. Sin embargo, tratándose de condenas a número de años impares, la ampliación se aplicará también al año mismo en el que se cumpliera la referida mitad.

El beneficio de reducción de condena tendrá lugar sólo en el momento en que se diere total cumplimiento a la pena impuesta, una vez aplicadas las rebajas que correspondieren de acuerdo a lo dispuesto en la ley.

Así se entiende que se da cumplimiento a la pena una vez transcurrido el tiempo de cumplimiento fijado en la condena originalmente impuesta, menos el descuento que, por aplicación de esta ley, fuere del caso aplicar.

La demostración de comportamiento sobresaliente durante el tiempo de cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad, en los términos que establece la ley, será considerada como antecedente calificado para la obtención de libertad condicional.

Los reclusos que hubieren demostrado un comportamiento sobresaliente estarán habilitados para postular al régimen de libertad condicional en el semestre anterior a aquel en que les hubiere correspondido hacerlo conforme al D.L. N° 321 de 1925, y su Reglamento.

Criterios de evaluación.

El condenado que presentare una calificación correspondiente al grado de “sobresaliente” en cada período de evaluación, podrá gozar de los beneficios de reducción de condena.

Se considerará comportamiento sobresaliente aquel que revelare notoria disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena.

Los factores que se utilizarán para la calificación serán los siguientes:

Estudio: la asistencia periódica del condenado a escuela, liceo o cursos existentes en la unidad penal, siempre que ello redundare en una objetiva superación de su nivel educacional, vía alfabetización o conclusión satisfactoria de los cursos correspondientes a enseñanza básica, media o superior, según fuere el caso.

Trabajo: la asistencia periódica del condenado a talleres o programas de capacitación ofrecidos por la unidad penal, siempre que ello redundare en el aprendizaje de un oficio o labor provechosa. Asimismo, tratándose de condenados que dominaren un oficio, el ejercicio regular de éste al interior del recinto penal, sea con fines lucrativos o benéficos.

Rehabilitación: la voluntad exhibida por el condenado, mediante el sometimiento a terapias clínicas, en orden a superar dependencias a drogas, alcohol u otros, en su caso.

Conducta: espíritu participativo, sentido de responsabilidad en el comportamiento personal, tanto en la unidad penal como durante los traslados, y, en general, cualquier otro comportamiento que revelare la participación positiva del recluso en la vida social y comunitaria.

Asimismo, para los efectos de la calificación de que trata esta ley, podrá atenderse al nivel de integración y apoyo familiar del condenado, si lo tuviere, y al nivel de adaptación social demostrado en el uso de beneficios intrapenitenciarios. Tratándose de la calificación del comportamiento correspondiente al período en que el sujeto se encuentre en prisión preventiva sólo se atenderá a los dos últimos factores descritos.

Caducidad del beneficio por cesación de comportamiento sobresaliente.

La cesación del comportamiento sobresaliente en un período de calificación, importará la pérdida completa de las reducciones de condena correspondientes a los años precedentes.

Lo señalado es sin perjuicio de la procedencia futura del beneficio en el evento de que el penado retomare el comportamiento sobresaliente exigido.

Con todo, la caducidad referida no tendrá lugar respecto de condenados que hubieren sido invariablemente calificados con comportamiento sobresaliente, cuando la Comisión Calificadora, mediante decisión fundada, así lo estimare. En dicho evento, la Comisión autorizará la subsistencia de hasta un 80% del beneficio de reducción de condena acumulado. Lo anterior sólo tendrá lugar si el condenado hubiere cesado en el comportamiento sobresaliente durante no más de un período de calificación.

Órgano calificador.

Una comisión denominada "Comisión de beneficio de reducción de condena", será competente para efectuar la calificación de comportamiento necesaria para acceder a los beneficios de reducción de condena.

Habrá una Comisión para cada territorio jurisdiccional de Corte de Apelaciones.

Dicha Comisión estará conformada por:

Un Ministro de Corte de Apelaciones correspondiente al territorio jurisdiccional de la unidad penal, quien será su presidente. Dicho Ministro será designado por el Pleno de la respectiva Corte.

Tres jueces de letras con competencia en materia criminal o miembros de tribunal del juicio oral en lo penal, en su caso, designados por la Corte de Apelaciones respectiva.

Un abogado nombrado por el Ministerio de Justicia, a través de la respectiva Secretaría Regional Ministerial.

Dos peritos, uno psicólogo y otro asistente social, nombrados por el Ministerio de Justicia a través de la respectiva Secretaría Regional Ministerial.

En los territorios de las Cortes de Santiago y de San Miguel, la Comisión estará integrada por siete jueces con competencia en lo criminal, dos abogados y dos peritos, todos ellos nombrados en la forma antes indicada, además del respectivo Ministro de Corte, designado por el Pleno de la respectiva Corte.

Si en razón al número de internos que deban ser objeto de calificación, la Corte de Apelaciones respectiva estima indispensable dividir el trabajo de la Comisión, deberá designar para esos efectos, un Ministro de Corte adicional.

Calificación y procedimiento de calificación.

La calificación del comportamiento se hará por períodos anuales. Dicha calificación recaerá sobre todo interno que se encontrare cumpliendo condena por sentencia ejecutoriada y que, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del D.L N° 321, de 1925, sobre Libertad Condicional, hubiere sido calificado con nota "muy bueno" o "bueno", en los tres bimestres anteriores a aquél en el que se proceda a la calificación.

Un reglamento dictado por decreto del Ministerio de Justicia, determinará las modalidades bajo las cuales se realizará la calificación.

Para calificar el comportamiento de las personas condenadas por sentencia ejecutoriada, la Comisión se constituirá en las unidades penales correspondientes a su territorio.

A fin de efectuar la calificación necesaria, la Comisión tendrá a la vista el libro de vida de cada condenado, además de las calificaciones efectuadas por el Tribunal de Conducta de cada establecimiento. Podrá también recabar informe de los miembros de dicho Tribunal, así como disponer entrevistas personales con los condenados.

La Comisión podrá tener en consideración informes sociales y psicológicos relativos a los condenados, especialmente elaborados para los fines de la presente ley. Para estos efectos podrá encomendar la práctica de dichos informes a profesionales que se desempeñen en entidades públicas.

Procedimiento de obtención del beneficio.

Los condenados a penas privativas de libertad que estuvieren en condiciones de solicitar el beneficio de reducción de condena, elevarán solicitud al Presidente de la República, a través del Ministro de Justicia.

La reducción se concederá por decreto supremo, dictado bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, tramitado a través del Ministerio de Justicia, una vez acreditado por la respectiva Secretaría Regional Ministerial el cumplimiento de los requisitos objetivos para su concesión.

Beneficio para condenados en libertad condicional y reclusión nocturna.

Las personas condenadas que gozaren de libertad condicional y que hubieren presentado conducta sobresaliente en el período de cumplimiento efectivo en los términos de la presente ley, tendrán siempre derecho al beneficio a que alude el artículo 8 del DL N° 321, en la medida en que hubieren cumplido sin faltas la mitad del período condicional.

Se entenderá que no ha habido falta cuando se haya dado cumplimiento a las condiciones que se hubieren impuesto al condenado, conforme a lo señalado en el Reglamento sobre Libertad Condicional.

Para la procedencia del beneficio mencionado, será antecedente suficiente la presentación de una certificación de cumplimiento otorgada por el respectivo órgano fiscalizador. En lo demás, se aplicará el procedimiento de obtención de beneficio antes visto.

La reducción de condena que beneficia a los condenados de penas privativas de libertad, favorecerá del mismo modo a los condenados que cumplieren pena bajo reclusión nocturna.

Los condenados que cumplieren pena bajo reclusión nocturna deberán tener un comportamiento sobresaliente. Para estos efectos, constituirá comportamiento sobresaliente del condenado la total omisión de las conductas descritas en los incisos segundo y tercero del artículo 12 del Reglamento de la ley N° 18.216, durante el período de cumplimiento.²⁶⁰

²⁶⁰ El art. 12 incs. 2 y 3 del Reglamento de la ley N° 18.216 disponen: “Se considerará quebrantamiento grave la circunstancia de no presentarse el condenado, al respectivo establecimiento, a cumplir la medida de reclusión nocturna. Constituirán quebrantamiento reiterado todas aquellas conductas que tiendan a perturbar el cumplimiento de la reclusión nocturna, o que signifiquen su cumplimiento parcial, tales como incurrir en atrasos en las horas de entrada y salida, o presentarse a la unidad penal en manifiesto estado de ebriedad en dos o más oportunidades.”

Limites a la aplicación de los beneficios.

Los beneficios en comento no tendrán lugar, cuando se dieren una o más de las siguientes circunstancias:

La persona privada de libertad hubiere quebrantado su condena, se hubiere fugado, evadido o intentado fugarse o evadirse.

El condenado hubiere incumplido las condiciones impuestas durante el régimen de libertad condicional.

La persona hubiere delinquido durante el cumplimiento de su condena, o estando en libertad provisional durante el proceso respectivo.

Se trate de personas condenadas a presidio perpetuo, sea simple o calificado.

El condenado hubiere cometido algún delito al que la ley asigna como pena máxima el presidio perpetuo, a menos que en la sentencia condenatoria se hubiere aplicado a su respecto alguna de las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 72 y 73 del Código Penal.

El condenado hubiere obtenido el beneficio establecido en esta ley con anterioridad.

La condena hubiere sido dictada considerando concurrente alguna de las circunstancias agravantes establecidas en los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal.

Beneficios intra-penitenciarios y el presidio perpetuo calificado.

La ley 19.734 de mayo de derogó la pena de muerte y creó el presidio perpetuo calificado, estableció una serie de normas respecto de esta pena con relación a los beneficios intra penitenciarios. De esta forma se estableció un régimen de beneficios distinto al cual deben estar sujetos los condenados a presidio perpetuo calificado.

La reglas nuevas reglas que rigen el presidio perpetuo calificado son:

No se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, debiendo en todo caso darse cumplimiento a las demás normas y requisitos que regulen su otorgamiento y revocación;

El condenado no podrá ser favorecido con ninguno de los beneficios que contemple el reglamento de establecimientos penitenciarios, o cualquier otro cuerpo legal o reglamentario, que importe su puesta en libertad, aun en forma transitoria. Sin perjuicio de ello, podrá autorizarse su salida, con las medidas de seguridad que se requieran, cuando su cónyuge o alguno de sus padres o hijos se encontrare en inminente riesgo de muerte o hubiere fallecido;

No se favorecerá al condenado por las leyes que concedan amnistía ni indultos generales, salvo que se le hagan expresamente aplicables. Asimismo, sólo procederá a su respecto el indulto particular por razones de Estado o por el padecimiento de un estado de salud grave e irrecuperable, debidamente acreditado, que importe inminente riesgo de muerte o inutilidad física de tal magnitud que le impida valerse por sí mismo. En todo caso el beneficio del indulto deberá ser concedido de conformidad a las normas legales que lo regulen.

Derechos de los reclusos.

Los derechos de los internos se encuentran establecidos en el Título III del R.E.P.

Esencialmente, los derechos a que se refiere el reglamento son:

La atención médica de los internos.

Las comunicaciones e informaciones.

Las condiciones básicas de vida.

Las encomiendas.

Las visitas.

Derecho a efectuar peticiones.

Derecho a la educación.

La capacitación y el trabajo penitenciario.

Las especies de los internos y su custodia.

La circulación de dinero y Administración de remuneraciones.

Los derechos de los internos serán analizados a continuación.

De la atención médica de los internos.

El derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, se encuentran garantizados en nuestra Constitución como derechos fundamentales. La obligación por parte de Gendarmería de proteger los derechos mencionados, no sólo se encuentra en nuestra carta fundamental, sino que también en la L.O.C de Gendarmería y en el R.E.P al imponer a la autoridad administrativa la obligación de atención y protección de los internos.

En el ámbito internacional, como ya se ha visto, el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, son reconocidos en diversos tratados sobre derechos humanos. En lo que respecta al ámbito de lo penitenciario, diversos instrumentos internacionales, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reconocen la obligación del Estado y sus agentes de velar por la salud de los internos.

De lo expuesto es que se deriva que la salud para el recluso es un derecho inherente a ellos, que no se pierde por el hecho de encontrarse privado de libertad, sino que por el contrario, este hecho obliga positivamente al Estado a ejercer su rol protector.

Fundamentalmente, los derechos de los reclusos relacionados con la salud se encuentran contenidos en el R.E.P, Título III, párrafo segundo. Lo regulado, dice relación con internos que presentan una enfermedad que pueda acarrear internación o que requieran cuidados especiales. No existen normas expresas respecto de planes de salud preventiva.

El art. 34, que inicia el párrafo segundo, dispone que “Los internos que requieran tratamiento y hospitalización serán atendidos en las unidades médicas de Gendarmería de Chile”.

La hospitalización de internos en establecimientos externos, es de carácter excepcional y la autorización compete al Director General de Gendarmería, previa certificación efectuada por el personal médico del servicio que de cuenta de alguna de las siguientes circunstancias:

Casos graves que requieran con urgencia, atención o cuidados médicos especializados que Gendarmería no pueda otorgar. En este caso, si la urgencia lo amerita el Jefe del Establecimiento podrá autorizar la salida, lo que deberá ser ratificado por el Director Regional, dentro de las 48 horas siguientes.

Cuando el penado requiera atenciones médicas que, sin revestir caracteres de gravedad o urgencia, no puedan ser prestadas por Gendarmería.

En el caso de que el privado de libertad deba ser llevado a un establecimiento hospitalario externo, este recinto deberá formar parte de los Servicios de Salud, salvo que el interno desee ser atendido en algún otro establecimiento y cuente con recursos para financiar dicha atención. El establecimiento propuesto deberá satisfacer los requerimientos de seguridad que Gendarmería determine.

La duración de la internación en recintos hospitalarios externos será determinada por el personal médico de Gendarmería, el que realizará evaluaciones de la salud del interno con la periodicidad que el caso amerite.

Como lo señalamos, el deber de Gendarmería es la atención y protección de los reclusos, por ende el derecho a la salud, juega un rol importantísimo. De ahí que, a pesar de las escuetas normas mencionadas, la Administración penitenciaria efectúe acciones para responder a las obligaciones impuestas como servicio público.

Actualmente en Gendarmería cuenta con enfermerías en todas las Unidades Penales del país, tres Hospitales Penitenciarios y además, lleva a cabo diversos programas de salud para la población reclusa.

Los programas de salud, llevados a cabo por Gendarmería son:

Programa enfermedades de transmisión sexual (VIH-SIDA a nivel nacional): se entrega una atención preferencial a los internos portadores del VIH-SIDA y a sus familias. El programa considera actividades de prevención para internos y funcionarios además de orientación para quienes padecen la enfermedad.

Programa adicciones, alcohol y drogas a nivel nacional: En Arica, Iquique, Antofagasta, Región Metropolitana, Talca y Concepción, ya existe un lugar dentro de los recintos penitenciarios, especialmente dedicado para atender internos afectados por adicción. Los internos postulan voluntariamente, previa evaluación profesional, a un proceso de tratamiento y rehabilitación. Simultáneamente el programa considera actividades de prevención.

Programa salud ambiental a nivel nacional: tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de internos y personal de Gendarmería, de acuerdo a las necesidades de salud ambiental. Existe un plan de capacitación continua para la formación de aplicadores de plaguicidas en todas las unidades penitenciarias del país, con el fin de favorecer un control de plagas permanente.

Programa emergencias y catástrofes a nivel nacional: Todas las Direcciones Regionales realizan actividades preparatorias para enfrentar situaciones de emergencias. Están cubiertos además por la red de emergencias y catástrofes de su Hospital base, dependientes del Servicio de Salud respectivo.

Programa tuberculosis a nivel nacional: en todas las unidades penales se llevan a cabo el registro de internos con tuberculosis, con el fin de tratarlos y recuperarlos de dicha afección. El Programa además considera actividades educativas con el objeto de prevenir al resto de la población del contagio.

Programa salud mental: En todas las Unidades Penales, los internos que tienen problemas de salud mental, presentan dificultades para relacionarse con otros, haciendo difícil su manejo por parte del personal de vigilancia. La prevención, detección y tratamiento precoz y efectivo de los tratamientos mentales requieren de acciones de salud que involucre

al equipo de salud, además de supervisar y determinar accesos a tratamientos psiquiátricos. Precisamente, el programa de salud mental lleva a cabo actividades que apuntan a influir en cada una de estas etapas.

De las comunicaciones e informaciones.

El derecho a la información, a la cultura y a la comunicación son derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta fundamental y en diversos instrumentos internacionales.

La información contribuye a contrarrestar el aislamiento propio de la cárcel, además de propender favorablemente a la reinserción del condenado.

Las comunicaciones, sean orales o escritas, son relevantes en cuanto son una forma de permitir que el condenado mantenga vínculos con el exterior, especialmente con sus familiares.

Otro derecho destacable es la comunicación del penado con su abogado, debido a ser esta una manifestación del derecho a defensa de carácter constitucional.

Respecto del derecho de información, se trata primeramente en el Reglamento, la información de la reclusión o traslado a un establecimiento penitenciario del sujeto a sus familiares o personas cercanas. De este modo el artículo 39 dispone: “Los internos tendrán derecho a informar a su familia o a quien haya determinado al momento de su ingreso, el hecho de su internación o del traslado de establecimiento. La información señalada se efectuará por el propio interno a través del teléfono del establecimiento, en una sola comunicación, salvo que el Tribunal competente haya decretado su incomunicación, circunstancia en la que dicha información se llevará a cabo por personal de asistencia social o en su defecto, por personal encargado del ingreso, tan pronto como ello sea posible y dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso o al traslado.”

La suspensión de este derecho solamente puede efectuarla el órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, lo que se suspende es el hecho de que el privado de libertad le avise personalmente a sus cercanos, no el aviso mismo, el cual debe ser efectuado por personal de Gendarmería.

El derecho a la información, como tradicionalmente se conoce, se encuentra establecido en el artículo 40 inc. 1 del R.E.P. El artículo mencionado dispone: “Los internos tendrán derecho a la información, el que se ejercerá mediante la libre lectura de libros, diarios, periódicos, revistas, y a través de aparatos de radio y televisión del establecimiento o de los internos, cuyo ingreso haya autorizado el Alcaide.”

Las limitaciones a este derecho son dispuestas en el mismo artículo. Se señala que este derecho se ejercerá de manera que no perturbe la seguridad o las actividades normales del establecimiento y el derecho de los demás internos al descanso y a vivir en un ambiente tranquilo. El ejercicio de este derecho podrá limitarse mediante una Resolución fundada del Jefe del Establecimiento, del Director Regional respectivo o del Director Nacional, que restrinja la circulación de los medios de comunicación social cuando se refieran a temas que pudieren afectar gravemente la seguridad o las actividades normales del establecimiento.

Como se ha visto este derecho encuentra en el reglamento serias limitaciones. En primer lugar, el ingreso de la información está sujeta a la autorización del Alcaide, sin referirse en el artículo mencionado a los criterios para denegar el acceso a una determinada información. En segundo lugar, se establece que la limitación al ejercicio de este derecho podrá efectuarse mediante una Resolución fundada del Jefe del Establecimiento, del Director Regional respectivo o del Director Nacional, que restrinja

la circulación de los medios de comunicación social cuando se refieran a temas que pudieren afectar gravemente la seguridad o las actividades normales del establecimiento. Debemos considerar que las limitaciones que se imponen solo emanan de un determinado funcionario, sin que se establezcan criterios o exista control externo de dicha función.

Es importante mencionar que es relevante el derecho a la información, pero debe ir acompañado del acceso a ésta. Es decir, no basta que lo reclusos tengan derecho a la información si no pueden acceder materialmente a ella. De ahí que es importante, que la autoridad administrativa facilite los medios para que los reclusos accedan eficazmente a los medios de información y pueden ejercer debidamente su derecho. Recalcamos nuevamente, que los reclusos se encuentran en una situación de desventaja que obliga a la actuación positiva del Estado y sus órganos.

Normalmente, cuando se habla de las comunicaciones, se entiende por tales a las escritas y las orales. Sin embargo, el R.E.P trata solo de las comunicaciones escritas, dejando a las orales para ser tratadas en el derecho a visitas.

Los condenados podrán comunicarse en forma escrita, en su propio idioma, con sus familiares, amigos, representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria y en general, con las personas que ellos deseen. Estas comunicaciones se efectuarán de forma que se respete al máximo la privacidad, considerándose que ésta constituye un derecho fundamental.

De toda correspondencia enviada por los internos o recibida por éstos se llevará un control estricto con el fin de detectar cualquier irregularidad de la cual el funcionario encargado deberá dar cuenta en su caso al Jefe del Establecimiento.

La obligación de comunicar las irregularidades se refiere en particular, a la presencia de claves o a la referencia a temas delictivos o que propendan a la alteración del orden interno del establecimiento o de la sociedad, relacionados con conductas terroristas, subversivas o crimen organizado.

La correspondencia del interno que no hable español, será traducida a expensas del interno remitente a menos que careciere de medios, en cuyo caso la traducción se hará a expensas de la Administración.

Por último, se regulan las comunicaciones con el abogado defensor o con los procuradores que acrediten tal calidad. Las comunicaciones reguladas son esencialmente orales, dejándose sin regulación a la escritas, a pesar de que por su importancia deberían tener un tratamiento especial.

Se dispone que las comunicaciones con el abogado defensor no podrán suspenderse en caso alguno. En los casos de incomunicación judicial ellas se realizarán con arreglo a lo establecido en el C.P.P. Las comunicaciones con el abogado defensor o con los procuradores que acrediten tal calidad, se llevarán a cabo en la forma dispuesta en el D.S de Justicia N° 1.114 de 1979, que aprueba el reglamento de visitas de abogados y otras personas legalmente habilitadas a los establecimientos penales del país.

De las condiciones básicas de vida.

Los derechos que se refieren a las condiciones básicas de vida, tienen relación con el deber de atención de Gendarmería.

Por otra parte, estos derechos dicen relación con el concepto de persona del condenado y del principio de humanización de la actividad penitenciaria en virtud del se debe respetar la dignidad del recluso. Lo anterior tiene un fuerte asidero en diversos

instrumentos internacionales, y especialmente en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, ya analizadas.

Primeramente, todo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria le otorgue al menos el catre, colchón y frazada.

Los internos tendrán derecho a que la Administración les proporcione una alimentación supervisada por un especialista en nutrición, médico o paramédico, y que corresponda en calidad y cantidad a las normas mínimas dietéticas y de higiene.

El hecho de que la administración le otorgue alimentación no implica que los internos puedan prescindir de adquirir o recibir alimentos por otros medios legalmente establecidos. De esta forma se establece la existencia de economatos sin fines de lucro. Esto último podría pugnar con criterios de los establecimientos concesionados, aunque la prohibición se encuentra establecida en un reglamento. Sin perjuicio de esto, la reducción de las posibilidades en el consumo de los internos, no puede facilitar el emprendimiento de un negocio en desmedro de los derechos de los privados de libertad. De ahí que la regulación efectuada respecto de los economatos en las concesiones sea de vital importancia.

Cuando el establecimiento entregue vestuario a los internos, este deberá ser digno y apropiado. Sin perjuicio de ello, los internos tendrán derecho a usar su propio vestuario en cuyo caso éste deberá reunir iguales requisitos.

En cuanto a lo apropiado del vestuario, debería entenderse en relación a la comodidad, higiene, clima y actividades a las que se encuentre sujeto el interno.

Es importante subrayar que la identidad del recluso es parte importante de la dignidad, por lo que la imposición de un determinado vestuario atentaría contra la individualidad de éstos. La comprensión que debería efectuarse entorno al vestuario, es entender este deber de la administración penitenciaria como subordinado a una carencia material de brindarse por parte del recluso un vestuario apropiado.

Las condiciones de vida de un interno van mucho más allá de los derechos mencionados, debiendo existir un tratamiento de la infraestructura carcelaria, de los dormitorios, recintos sanitarios etc. A falta de esta regulación, la administración debe respetar lo preceptos que los vinculan (C.P.R, LOC de Gendarmería, Tratados internacionales), de modo de garantizar efectivamente condiciones de vida mínimas para los reclusos.

De las encomiendas.

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 48 del R.E.P.

Los internos podrán recibir paquetes o encomiendas, cuyo ingreso, registro y control serán reguladas por Resolución del Director Nacional. Esta regulación, que contendrá una nómina de las especies y alimentos prohibidos, deberá publicarse en un lugar visible para los visitantes.

De las visitas.

Las visitas constituyen uno de los derechos más importantes de los reclusos, por cuanto les permite mantener sus vínculos afectivos y relacionarse con la realidad extra-muros.

La regulación fundamental de este derecho se encuentra en el R.E.P.

Se entiende por visitas, aunque no se encuentre definido por ninguna norma, el contacto que tiene el recluso con personas extrañas al establecimiento penitenciario

(reclusos, funcionarios, profesionales etc.). Dicho contacto tiene como finalidad esencial permitir las comunicaciones orales entre el penado y sus visitantes.

Al ser las visitas partes de las relaciones humanas que comprenden la vida del penado, no deben encontrarse exentas de los derechos esenciales del penado y de los visitantes. Lo mencionado implica el respeto a la privacidad, a la obligación de trato digno que tiene el visitado y visitante, a la factibilidad de contacto en condiciones lo más similares a las del medio libre, y por último la intención positiva de la administración de propender la periodicidad de estas visitas, de modo de ayudar sustancialmente a la mantención de los vínculos familiares y sociales del reo.

Debido a la importancia de las visitas, es que el artículo 56 del R.E.P dispone: “Todas las visitas se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones que las impuestas por razones de seguridad y del buen orden del establecimiento. Por estas razones el Alcaide podrá limitar o suspender temporalmente las visitas a toda la población penal o parte de ella. La Resolución que, con carácter general restrinja las visitas, será refrenada por el Director Regional respectivo.”

Respecto a las restricciones en las visitas, se establece que los Jefes de los establecimientos podrán, impedir las visitas de determinadas personas por razones de seguridad, mala conducta de ellas, o cuya presentación sea indecorosa, claramente desaseada o alterada, o que se encuentren bajo el efecto del alcohol o drogas.

El R.E.P regula tres tipos de visitas, a saber, las ordinarias, las extraordinarias y las especiales.

Como visitas ordinarias se entienden aquellas que reciben los condenados a lo menos una vez a la semana, por un lapso mínimo de dos horas cada vez, por sus familiares y personas que aquellos previamente hayan autorizados.

Las visitas ordinarias se realizarán conforme a las disposiciones internas de cada establecimiento, pudiendo ser visitados cada interno por un máximo de 5 personas simultáneamente.

Se llevará un registro de visitas que incluirá al menos, el nombre y apellidos de las personas autorizadas por el interno y su cédula de identidad.

Son visitas extraordinarias aquellas autorizadas por el Jefe del Establecimiento, con carácter excepcional y en casos debidamente justificados. Estas visitas requieren la autorización previa del interno visitado y su duración no será superior a 30 minutos. De estas visitas se llevará un control estricto.

Las visitas ordinarias y extraordinarias se realizarán en los días, horas y recintos determinados por el Jefe del Establecimiento.

Las visitas especiales, son aquellas autorizadas por los alcaides y dicen relación con visitas familiares o íntimas. La ocurrencia de estas visitas se encuentran supeditadas a la posibilidades del establecimiento.

Los beneficiados con estas visitas son aquellos internos que no gocen de permisos de salida y que lo hayan solicitado previamente. El interno deberá presentar una solicitud y acreditar en ésta, la relación de parentesco, conyugal o afectiva, que lo liga con la persona que desea que lo visite.

Estas visitas se concederán una vez al mes y su duración no será inferior a una ni superior a tres horas cada vez. Los visitantes no podrán portar bolsos ni paquetes, salvo autorización expresa del Alcaide.

Las visitas especiales se llevarán a efecto en dependencias especialmente habilitadas.

Respecto de los tres tipos anteriores de visitas, se establece que los internos podrán recibir visitas de menores de edad que sean hijos, parientes o respecto de los cuales tengan una relación de afectividad. Estas visitas se realizarán en la forma que determine el Director Nacional mediante Resolución.

En resguardo del derecho a visitas, los condenados deberán permanecer reclusos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia.

Todos los visitantes y sus pertenencias serán registrados por razones de seguridad. El registro será realizado y dirigido por personal del mismo sexo del visitante conforme a los procedimientos determinados en la regulación que al respecto dicte el Director Nacional, respetándose siempre la dignidad de la persona. El registro podrá ser manual, pero se propondrá a su reemplazo por sensores u otros aparatos no táctiles.

Del Derecho a efectuar peticiones.

El derecho a efectuar peticiones se regula en el artículo 58 del R.E.P. Este artículo en su inciso 1 dispone: “Los internos tendrán derecho a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, las que deberán efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda. En ningún caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar peticiones”.

Se establece que toda petición debe ser respondida en el plazo de quince días corridos o, a lo menos, dentro del mismo plazo, deberá informarse el estado de tramitación en que se encuentra.

El ejercicio de este derecho no obsta a la interposición de los recursos judiciales que sean pertinentes.

La importancia de este derecho radica no solo en su carácter fundamental y en el hecho de encontrarse reconocido en diversos instrumentos internacionales, si no que también facilita la convivencia y la comunicación entre la administración penitenciaria y el recluso.

Del Derecho a la educación.

La educación es un derecho fundamental en nuestra C.P.R y en diversos tratados internacionales. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reconocen su importancia y el deber del Estado en brindar, a lo menos la posibilidad de estudio básicos a los internos.

Además de ser un derecho fundamental, la educación, al igual que el trabajo constituyen una de las formas más antiguas de tratamiento penitenciario. Es así como siempre se ha considerado que la educación es fundamental en cualquier tratamiento resocializador.

Por otra parte y según las estadísticas, la población penal se caracteriza por tener serias deficiencias educacionales, encontrándose en un estado de vulnerabilidad importante, que promueve significativamente el comportamiento delictual (tanto en un aspecto valórico como también en las posibilidades de acceder a trabajos etc.). En nuestra realidad carcelaria y según las estadísticas de Gendarmería, existe un 4 % de analfabetismo, un 43 % de reclusos con educación básica incompleta y un 23 % con educación media incompleta. De lo mencionado se desprende la imperiosa necesidad del

Estado de elaborar programas de modo de superar el estado de vulnerabilidad en que se encuentran un gran número de reclusos, los cuales si no superan tal condición tendrán un importante porcentaje de reincidencia.

Debido a la importancia de la educación es que el artículo 59 inc. 1 del R.E.P dispone: “Todo interno tendrá derecho a que la Administración Penitenciaria le permita, dentro del régimen del establecimiento, efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita. Ello constituirá una obligación para la Administración Penitenciaria, con los alcances y limitaciones que las disposiciones legales pertinentes establecen para la población no reclusa.”.

La mencionada norma debiera considerar que el 7 de mayo del 2003, se promulgó la Reforma Constitucional que establece la enseñanza media obligatoria y gratuita, entregando al Estado la responsabilidad de garantizar el acceso a este nivel educacional para todos los chilenos hasta los 21 años de edad.

Se establece también en la misma norma la finalidad de reinserción que tiene la educación en sus distintos niveles. Es así como se dispone el artículo 59 inc. 2 que “La Administración Penitenciaria incentivará con fines de reinserción social, a que los internos efectúen estudios de enseñanza media, técnica o de otro tipo.”

De la capacitación y el trabajo penitenciario.

Como ya lo señalamos, la importancia del trabajo, no radica solamente en ser un derecho fundamental reconocido en la C.P.R y en diversos tratados internacionales si no que también constituye una de las formas más antiguas de rehabilitación conocidas.

Por otra parte, la capacitación no constituye un derecho de primera generación, pero contribuye a paliar el estado de vulnerabilidad de los reclusos y es un apoyo cierto para cualquier plan de reinserción.

De esta forma se establece que la Administración Penitenciaria promoverá el desarrollo de actividades o cursos de capacitación destinados a facilitar la inserción laboral de los internos. Los oficios para los cuales se capaciten deberán ser concordantes con el interés de los internos y el mercado laboral regional.

Respecto al trabajo penitenciario, los internos tendrán derecho a desarrollar trabajos individuales o en grupos, que les reporten algún tipo de beneficio económico para contribuir a solventar los gastos de su familia y crear un fondo individual de ahorro para el egreso. Lo señalado sin perjuicio de lo establecido en los artículos 32 y 89 del Código Penal, esto es con relación a la pena de presidio y a las indemnizaciones al establecimiento penitenciarios y las que provengan de la responsabilidad civil derivada del delito.²⁶¹

²⁶¹ El art. 32 del C.P. dispone: “La pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal. Las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno.” El art. 88 del C.P establece: “El producto del trabajo de los condenados a presidio será destinado: 1.º A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen. 2.º A proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención, si lo merecieren. 3.º A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos proveniente del delito. 4.º A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal.” El Art. 89 del C.P establece: “Los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1 y 3 del artículo anterior carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieran oficio o modo de vivir conocido y honesto, estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia.”

El trabajo penitenciario se efectuará, en general, en los talleres y otros recintos expresamente destinados al efecto dentro de los establecimientos penitenciarios. Los Directores Regionales, previo informe del Consejo Técnico del establecimiento, y en su caso, con la autorización del Juez respectivo, podrán autorizar que determinados internos, debidamente seleccionados, realicen trabajos en otros establecimientos penitenciarios, en recintos anexos a ellos o fuera de los mismos. En este último caso la autorización sólo podrá concederse para efectuar trabajos en beneficio de la comunidad o que se encuentren justificados en relación a algún programa de rehabilitación, capacitación o empleo.

Las actividades laborales que desarrollen los internos podrán consistir en:

Trabajos por cuenta propia, entendiéndose por tales aquellos ejecutados en forma independiente destinados, generalmente, a la manufactura o fabricación de especies y productos por propia iniciativa y con materiales propios, ofrecidos por los internos directamente al público o aquellos en que la fabricación del producto o la ejecución de la obra material se encuentra precedida de un encargo proveniente de personas jurídicas o naturales, sea que éstas proporcionen o no las materias primas, financien su ejecución o impartan instrucciones acerca de lo que solicitan, siempre que para ello no se pacte una remuneración sino un precio para la obra, especie o producto.

Trabajos subordinados ejecutados en el marco de actividades productivas o de capacitación que se ejecuten al interior de los establecimientos penitenciarios en virtud de proyectos convenidos por terceros con la Administración Penitenciaria.

Las relaciones que se generen entre los terceros que desarrollen alguna actividad productiva o capacitadora al interior de los establecimientos penitenciarios y la Administración Penitenciaria, deberán ser reguladas y formalizadas a través de un convenio, en el que, además de los detalles sobre la naturaleza jurídica y circunstancias específicas de la relación, deberá dejarse constancia, al menos, de lo siguiente:

Que el tercero constituye un colaborador de la Administración Penitenciaria en su tarea de contribuir a la reinserción social y laboral de los internos y que, en esa calidad participa y ejecuta el proyecto de capacitación y empleo que se desarrolla, lo que justifica su ingreso y permanencia en el establecimiento.

Que el tercero es responsable del cuidado, mantención y reparación de las dependencias, maquinarias, útiles y cualquier otra especie que la Administración Penitenciaria destine al uso del proyecto.

Que el uso de los bienes referidos anteriormente por parte del tercero en actividades productivas que reporten beneficios económicos a este último, conlleva la obligación de compensar el desgaste y deterioro de esas especies a través de las fórmulas jurídicas que sean pertinentes.

Que los trabajadores ajenos al establecimiento contratados por el tercero, tales como monitores, instructores, maestros, etc., deben cumplir con los requisitos que garanticen su idoneidad, someterse a las disposiciones internas del establecimiento, en especial a las de seguridad y que no poseen vínculo laboral y de ninguna otra especie con la Administración Penitenciaria.

De las estipulaciones acerca de las mejoras que eventualmente introdujere el tercero en las dependencias del establecimiento en que se haya ejecutado el proyecto, especialmente, aquellas relativas al destino de las mismas.

Las actividades laborales que efectúen los internos en el marco de los convenios ejecutados por terceros, se registrarán por la legislación laboral común si a su respecto se verifican los siguientes elementos:

- Existencia de empleador y trabajador;
- Prestación de servicios personales del trabajador al empleador;
- Pago de una remuneración por parte del empleador;
- Vínculo de subordinación o dependencia del trabajador al empleador.

Las relaciones entre internos y terceros ajenos a la Administración Penitenciaria, regidas por la legislación laboral común, suponen la vigencia plena de todas las disposiciones que componen dicha normativa; sin embargo, el ejercicio de los derechos colectivos como el derecho a huelga, a sindicalizarse, a negociar colectivamente u otros que las normas del trabajo contemplen, estarán limitados por el respeto al régimen penitenciario a que se encuentran sometidos los trabajadores reclusos, el que no podrá ser alterado en modo alguno en razón de estos derechos.

Se puede considerar que la norma antes expuesta atenta contra el derecho fundamental de sindicalización y huelga, el cual no se encuentra suprimido por la ley o por la sentencia que condenó al interno.

Aquellas relaciones en que no concurren los elementos referidos se registrarán por las disposiciones del derecho común que les resulten aplicables. En todo caso, cualquiera sea la normativa aplicable, se dejará constancia en los convenios respectivos que se celebren que las remuneraciones que se paguen a los internos por las empresas o terceros contratantes no podrán ser inferiores al ingreso mínimo que anualmente fija la autoridad competente para los trabajadores no reclusos, debiendo efectuarse también las cotizaciones previsionales en el o los organismos del régimen previsional que corresponda.

En caso de aquellas relaciones entre internos y terceros no regidas por la legislación laboral y que por esa razón no obligan a estos últimos a cotizar para los efectos de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, se dejará constancia en los convenios respectivos que se celebren que deberá contratarse un seguro de accidentes personales que ponga a los internos a cubierto de las contingencias a que se refiere ese cuerpo legal. Los costos de contratación y mantención de estos seguros serán de cargo del tercero que impulse la actividad laboral o productiva de que se trate.

La Administración Penitenciaria dispondrá la adopción directa de las precauciones necesarias para proteger la seguridad y salud de los internos trabajadores y cautelará que los mismos resguardos sean adoptados por los terceros que desarrollen actividades productivas o de capacitación que empleen mano de obra de los trabajadores reclusos.

Del producto del trabajo de los condenados a presidio, y de los condenados a prisión o reclusión en caso de afectarles las responsabilidades a que se refiere el artículo 89 del Código Penal, se deducirá si procediere:

Un 10% destinado a indemnizar los gastos que ocasionen al establecimiento, incluyendo las materias primas que les proporcione la Administración Penitenciaria.

15% a fin de hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito.

Un 15% destinado a formarles un fondo individual de reserva que se les entregará cuando egresen definitivamente del establecimiento penitenciario.

Una vez realizadas las deducciones que correspondan, el resto del producto de su trabajo será de libre disposición del interno y se destinará a proporcionarle las ventajas y alivios que solicite, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 74 del R.E.P.²⁶². El jefe del Establecimiento deberá asegurarse que se efectúen las deducciones mencionadas y que se paguen las cotizaciones previsionales cuando corresponda.

Podrá acordarse, dejándose constancia expresa en el convenio que al efecto se celebre, que las deducciones, pagos y depósitos señalados sean efectuados directamente por el tercero que ejecuta la actividad laboral de que se trate, el que deberá dar cuenta documentada de su cumplimiento, en forma mensual, al Jefe del Establecimiento, conservando este último la responsabilidad sobre la custodia y distribución de las remuneraciones.

La custodia y distribución de las remuneraciones que perciben los internos corresponde al Jefe del Establecimiento, quién para este efecto deberá cumplir con la voluntad o instrucciones del interno, en la medida que ello sea compatible con el régimen del establecimiento.

El Jefe del Establecimiento deberá rendir cuenta de los movimientos efectuados por duplicado y dejar constancia del monto total de remuneración devengada por el interno, de la totalidad de las deducciones que se hayan efectuado, del pago y depósito de las sumas que se hayan enterado en los organismos previsionales y cuentas de ahorro y de la cantidad que se haya entregado directamente al trabajador. El Jefe del Establecimiento deberá entregar una copia de esta cuenta al trabajador.

Tratándose de actividades laborales impulsadas por terceros ajenos a la Administración Penitenciaria, las jornadas de trabajo deberán desarrollarse dentro de los horarios de desencierro y encierro que contemple el régimen interno del establecimiento. Si la naturaleza del trabajo lo exige o por circunstancias excepcionales se haga imperativo el trabajo fuera de estos horarios, dicha circunstancia deberá expresarse en el convenio que se suscriba al efecto, o autorizarse por el Jefe del Establecimiento. Del mismo modo, el convenio pertinente deberá dejar constancia expresa cuando el trabajo deba desarrollarse por turnos y éstos alcancen horarios nocturnos o que excedan los horarios del régimen interno.

El deber de Administración Penitenciaria es velar porque las actividades laborales que desarrollen terceros dentro de los establecimientos penitenciarios, sean coherentes con los programas de tratamiento y la política penitenciaria en general. Asimismo, debe velar por respeto de los derechos laborales de los internos en el desarrollo del trabajo remunerado.

De las especies de los internos y su custodia.

En todos los establecimientos penitenciarios, con excepción de los C.R.S y los Centros Abiertos, queda prohibido a los internos ingresar, recibir o mantener en su poder, objetos de valor y joyas.

²⁶² El Art. 74 del R.E.P. dispone: "Las remuneraciones que los internos obtengan producto de su trabajo, serán percibidas y administradas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66, por la autoridad penitenciaria. La suma de libre disposición del interno, que exceda el monto máximo autorizado para circular en el establecimiento será administrada por la autoridad penitenciaria conforme a las indicaciones que previamente haya formulado el interno, las que en todo caso, deberán ser concordantes con los fines y objetivos del tratamiento penitenciario. La Administración Penitenciaria fomentará el ahorro y el sentido de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, familiares o de otro orden del interno." El art. 66 se refiere a la custodia y distribución de las remuneraciones que perciben los internos, las cuales corresponde al Jefe del Establecimiento penitenciario.

La Administración Penitenciaria por resolución interna regulará la forma en que se custodiarán los objetos de valor y joyas que fueren retenidos a los internos y el dinero que portaren al momento de su ingreso al establecimiento.

De la circulación de dinero y administración de remuneraciones.

En los establecimientos de régimen cerrado y semi-abierto los internos podrán mantener en su poder el monto máximo de dinero efectivo que a través de una Resolución determine el Director Regional respectivo.

En casos calificados, el Director Nacional podrá suspender, prohibir o restringir la circulación de dinero en un establecimiento penitenciario o secciones del mismo.

Las remuneraciones que los internos obtengan producto de su trabajo, serán percibidas y administradas, por el Jefe del Establecimiento Penitenciario.

La suma de libre disposición del interno, que exceda el monto máximo autorizado para circular en el establecimiento será administrada por la autoridad penitenciaria conforme a las indicaciones que previamente haya formulado el interno, las que en todo caso, deberán ser concordantes con los fines y objetivos del tratamiento penitenciario.

La Administración Penitenciaria fomentará el ahorro y el sentido de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, familiares o de otro orden del interno.

7.8 Obligaciones de los reclusos.

Al igual que los derechos de los internos, las obligaciones de éstos se encuentran establecidas en el Título III del R.E.P.

Sin embargo la primera obligación general de todo recluso, se encuentra contemplada en el Título II del R.E.P, al establecerse en el artículo 26 la obligación de todo interno al cumplimiento de los preceptos reglamentarios y especialmente, los de orden y disciplina, sanidad e higiene, corrección en sus relaciones y en su presentación personal, así como conservar cuidadosamente las instalaciones y el utensilio y vestuario eventualmente proporcionados.

En el artículo 33 del R.E.P, se contienen las obligaciones esenciales de los internos, entendiéndose por tales, los que se encuentran detenidos, sujetos a prisión preventiva o condenados a penas privativas de libertad.

El artículo mencionado dispone que los internos deberán:

Permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internación o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación.

Acatar las normas de régimen interno del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en el caso de infracción de aquellas, de conformidad con lo establecido en el Título IV de este Reglamento.

Mantener una normal actitud de respeto y consideración con sus compañeros de internación, con los funcionarios de la Administración Penitenciaria y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos, en ocasiones de traslados o prácticas de diligencias.

Conservar el orden y aseo de las dependencias que habitan y del establecimiento, y mantener una presentación personal aseada.

Régimen disciplinario.

Las normas básicas del régimen disciplinario se encuentra en el R.E.P.

Este régimen permite la restricción excepcional de derechos de los reclusos por parte de la Administración penitenciaria, con la finalidad de resguardar el orden y la convivencia dentro del recinto penitenciario. De este modo, el artículo 75 del R.E.P establece que: “ Los derechos que gocen los internos podrán ser restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina o faltas, mediante las sanciones que establece el presente Reglamento.”

Debemos señalar nuevamente como lo hicimos en el capítulo en que describimos el R.E.P, que la facultad disciplinaria de la autoridad administrativa se encuentra en seria pugna con el principio de legalidad al limitar derechos fundamentales que solo pueden restringirse por ley.

Faltas disciplinarias.

El R.E.P faculta a la autoridad penitenciaria para sancionar las faltas reglamentarias cometidos por los internos de un penal. El artículo 76 de mencionado reglamento dispone que: “La Administración Penitenciaria, a fin de proteger adecuadamente los derechos de la población penal, resguardar el orden interno de los establecimientos y hacer cumplir las disposiciones del régimen penitenciario, podrá sancionar las faltas disciplinarias que cometan los internos, en la forma establecida en este Reglamento.”

Las faltas disciplinarias se clasifican como graves, menos graves o leves.

Se consideran faltas graves las siguientes:

La agresión amenaza o coacción a cualquier persona, tanto dentro como fuera del establecimiento.

La resistencia activa al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

La participación en motines, huelgas de hambre, en desordenes colectivos o la instigación a estos hechos cuando se produzcan efectivamente.

El intento, la colaboración o la consumación de la fuga.

Inutilizar o dañar de consideración, deliberadamente, dependencias, materiales o efectos del establecimiento, o las pertenencias de otras personas.

La sustracción de materiales o efectos del establecimiento y de las pertenencias de otras personas, internos o funcionarios.

Divulgar noticias falsas o proporcionar antecedentes o datos, con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento o el régimen interno del mismo.

El porte, tenencia, usos, fabricación o proporción de elementos para la fabricación de armas blancas o de fuego, de explosivos, gases o tóxicos.

La tenencia, consumo, elaboración de sustancias o drogas, estupefacientes o psicotrópicas, bebidas alcohólicas o similares.

La introducción al establecimiento o la tenencia de elementos prohibidos por la Administración penitenciaria por razones de seguridad, tales como máquinas fotográficas, lentes de larga vista, filmadoras, grabadoras, intercomunicadores, teléfonos celulares y

otros similares previamente determinados; el uso efectivo de dicho elemento o la salida del establecimiento de los productos de su utilización.

Reñir con los demás internos usando armas de cualquier tipo.

Dar muerte o causar lesiones a cualquier persona.

Abusar sexualmente, practicar sodomía o cometer abusos deshonestos.

La comisión de cualquier otro hecho que revista caracteres de crimen o de simple delito.

Desencerrarse, vulnerar el aislamiento o romper la incomunicación por cualquier medio.

El no regresar al establecimiento después de hacer uso de un permiso de salida.

Forzar a otro a realizar algunas de las conductas descritas precedentemente.

La comisión de tres faltas menos graves durante un trimestre.

Las faltas menos graves son las siguientes:

Calumniar, injuriar e insultar a los funcionarios penitenciarios, judiciales, y autoridades en el ejercicio legítimo de sus funciones.

Desobedecer pasivamente las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

Entorpecer los procedimientos de seguridad o de régimen interno (allanamientos, registros, recuentos, encierros, desencierros y otros similares).

Dañar deliberadamente dependencias, materiales, efectos del establecimiento o las pertenencias de internos, funcionarios o de otras personas, cuando el daño sea de escasa consideración.

Daños los mismo bienes con negligencia temeraria o culpa grave.

La introducción y el despacho de correspondencia por procedimientos distintos de los reglamentarios del establecimiento.

Organizar y participar en juegos de azar no permitidos.

Entorpecer las actividades de trabajo, de estudio, y en general todas aquellas que digan relación con el tratamiento penitenciario de los internos.

Negarse a concurrir a los tribunales.

La participación en movimientos colectivos que no constituyan motín pero que alteren el normal desarrollo de las actividades del establecimiento.

Negarse a dar su identificación cuando se le solicite por el personal de servicio o dar una identificación falsa.

Regresar del medio libre en estado de manifiesta ebriedad o drogadicción.

Atentar contra la moral y las buenas costumbres al interior del establecimiento, o fuera de ellos, con actos de grave escándalo y trascendencia.

La comisión de cualquier hecho que importe una falta de las sancionadas en el Libro III del Código Penal o leyes especiales.

Mantener o recibir objetos de valor, joyas o sumas de dinero que excedan de los máximos autorizados.

La comisión de tres faltas leves en un trimestre.

Forzar a otro a cometer algunas de las faltas contempladas en el presente antes expuestas y señaladas en el artículo 79 del R.E.P.

Se consideran faltas leves las siguientes:

Los atrasos en llegar a las cuentas (encierros, desencierros, medio día, salidas a Tribunales y otros similares).

Pretextar enfermedades inexistentes, o dar excusas falsas, como medio para sustraerse a las cuentas o al cumplimiento de sus deberes.

El desaseo en su presentación personal o en las dependencias que habite el interno, entendiéndose por tal la suciedad o mal olor evidentes.

La participación culpable en actos que afecten el orden y el aseo de recintos del establecimiento.

Alterar el descanso de los demás internos de cualquier forma.

Tener mal comportamiento en los traslados y permanencia en tribunales o en comisiones exteriores (gritar, mofarse en público, insultar y otros actos similares) o realizar actos reñidos con la moral y las buenas costumbres, sin grave escándalo o trascendencia.

Presentarse a los establecimientos penitenciarios después de las horas fijadas cuando se hace uso de permiso de salida, o regresar en estado de intemperancia o causando alteraciones o molestias a los demás internos, aún cuando no exista ebriedad.

Formular reclamaciones relativas a su internación, sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecidos en disposiciones internas del establecimiento.

Sanciones y procedimiento de aplicación.

Las faltas de los internos serán sancionadas con alguna de las medidas siguientes, sin que sea procedente su acumulación:

Sanciones de faltas leves:

Amonestación verbal.

Anotación negativa en su ficha personal.

Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 15 días.

Sanciones en caso de infracciones menos graves:

Privación de participar en actos recreativos comunes hasta por 30 días;

Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 30 días.

Limitación de las visitas a un tiempo mínimo que no podrá ser inferior a cinco minutos, durante un lapso que no excederá de un mes, debiendo realizarse ella en una dependencia que permita el control de la sanción.

Privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior.

Revocación del permiso de salida.

Sanciones de infracciones graves:

Privación hasta por un mes de toda visita o correspondencia con el exterior.

Aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo.

Internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 15 días.

Las sanciones son aplicadas por el Jefe del establecimiento penal donde se encuentra el interno. Este funcionario debe proceder teniendo el parte de rigor, al cual se acompañara la declaración del infractor, de testigos y afectados si los hubiere y si estuvieren en condiciones de declarar, así como también si procede, la recomendación del Consejo Técnico si éste hubiere intervenido. De lo anterior, se deja una sucinta constancia en la resolución que aplica la sanción, “de manera que el castigo sea lo más justo posible, esto es, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración y considerando las características del interno” (Art. 82 inc. 1 R.E.P.).

Para la adopción de una sanción en forma ajustada a la falta, se considerará, además de la gravedad de las misma, la conducta del interno dentro del año.

En caso de reincidencia se podrá aplicar hasta el máximo la sanción y en caso de primerizos se podrá aplicar el mínimo de ella de acuerdo a la gravedad de la falta.

En el caso de que se trate de una infracción grave, el Jefe de establecimiento deberá escuchar al infractor antes de aplicar la sanción.

Una copia de la resolución que sanciona una falta grave deberá ser remitida al Director Regional de Gendarmería para su conocimiento, quien podrá modificar o anularla por razones fundadas.

La aplicación de toda sanción correspondiente a faltas graves o menos graves, necesariamente implica un disminución en la calificación de la conducta del penado en uno o más grados. Lo anterior es relevante para optar a los beneficios de libertad condicional y disminución de la condena por buen comportamiento.

Se prohíbe enfáticamente en el R.E.P, la aplicación de castigos diversos a los señalados. Solo los funcionarios facultados podrán imponer sanciones. La infracción de lo señalado, que se encuentra establecido en el artículo 90 del R.E.P, conlleva sanciones de carácter administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieren perseguirse por los hechos.

La comisión de falta disciplinaria que pudiere constituir delito, será puesta en conocimiento de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en el R.E.P.

Medidas disciplinarias provisionales.

Los jefes de turno al interior del establecimiento se encuentran facultados por el R.E.P, para disponer la incomunicación o aislamiento provisorio de cualquier interno que incurriere en falta grave, por un plazo máximo de 24 horas, dando cuenta de inmediato al Jefe del establecimiento quién procederá en la forma establecida para sancionar faltas de esa índole. El aislamiento o incomunicación se ponderará al momento de aplicar el castigo.

Aislamiento e incomunicación.

Las medidas disciplinarias de aislamiento e incomunicación revisten un carácter de especial gravedad, no solo por atentar contra derechos fundamentales sino que constituyen una agravación a la privación de libertad.

El R.E.P, establece normas especiales para los casos de aislamiento e incomunicación.

Respecto del aislamiento en celda se establece que durante el tiempo que trascorra este castigo disciplinario, los sancionados deberán ser conducidos a un lugar al aire libre,

previamente determinado por el Jefe de establecimiento, a lo menos durante una hora, a fin de que si lo desean puedan realizar ejercicio físico.

Los internos sancionados con aislamiento en celda deberán ser visitados diariamente por el Jefe de establecimiento, el médico o paramédico y el Ministro de su religión si el afectado lo pidiera, quienes deberán dejar constancia escrita, si los internos hubieren sido objeto de castigos corporales o no se hubiere dado cumplimiento a las normas dispuestas en el R.E.P.

El médico o el paramédico deberá pronunciarse sobre la necesidad de poner término o de modificar el encierro en celda solitaria, por razones de salud física o mental del afectado, lo que se informará por escrito al Alcaide.

Todo interno afectado por encierro en celda solitaria, no podrá recibir paquetes, salvo artículos de higiene y limpieza, que no importen riesgo para su seguridad o integridad, y los medicamentos autorizados por el médico del establecimiento.

Se prohíbe la aplicación de la sanción comentada a las mujeres embarazadas y hasta seis meses después del término del embarazo, a las madres lactantes y las que tuvieren hijos consigo.

La repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al Juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quién sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno.

Criticas al régimen disciplinario.

El régimen disciplinario visto se encuentra establecido en el R.E.P.

Las sanciones impuestas constituyen una restricción a derechos fundamentales, garantizados por nuestra Constitución.

Como ya hemos señalado, el R.E.P se trata de una fuente formal subordinada, no de una ley, la que restringe garantías fundamentales. En virtud de lo señalado en el artículo 61 de nuestra C.P.R, quedan excluidas del ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República las materias comprendidas en las garantías constitucionales²⁶³.

De lo mencionado surge la primera crítica a este régimen, es decir su pugna con la legalidad.

De este modo, no solo la restricción propiamente tal de los derechos se encuentra opuesta al principio de legalidad, sino que también las amplias facultades de los funcionarios a cargo de sancionar al recluso.

Otro punto de evidente crítica resulta la notoria carencia de todo elemento de un debido proceso.

Por una parte, toda restricción a un derecho fundamental debería constar en una ley. La mencionada ley, debería señalar la autoridad facultada para llevar a cabo dicha restricción.

Toda resolución de autoridad, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales y/o legales, debe encontrarse investida de jurisdicción.

²⁶³ El art. 61 incs. 1 y 2 de la C.P.R dispone: "El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado."

La resolución que restrinja derechos esenciales debe encontrarse enmarcada en un debido proceso, como requisito de validez. Las garantías de un debido proceso son:

Que exista un proceso previo, legalmente tramitado. La resolución es nula si no existe una tramitación anterior a ella, en que el afectado haya sido oído en sus defensas y sus pruebas.

El proceso debe desarrollarse para los efectos de permitir la dictación de una sentencia dirigida a resolver el conflicto siempre a través de un procedimiento racional y justo, correspondiendo al legislador su establecimiento. Las garantías mínimas que debe establecer el legislador para que nos encontremos frente a un procedimiento racional y justo para el desarrollo del debido proceso:

Derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial.

Derecho a un juez natural preconstituido por la ley.

Derecho de acción y defensa.

Derecho a un defensor.

Derecho a un procedimiento que conduzca a un pronta resolución del conflicto.

Derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio.

Derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de prueba.

Derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto.

Derecho a un recurso que permita impugnar las sentencias que no emanan de un debido proceso.

Las anteriores garantías no se encuentran plasmadas en el procedimiento disciplinario, y se vulneran fuertemente al tratarse de medidas disciplinarias. Estas solamente contemplan la actividad jurisdiccional cuando son reiteradas.

Lo anterior, es válido si consideramos la labor sancionatoria como eminentemente jurisdiccional, lo cual pensamos que no cabe duda cuando se trata de agravamientos de la privación de libertad, como es el encierro en celda solitaria. Sin embargo, existe el ámbito de sanción propiamente administrativo, el cual debe regirse por las normas establecidas en esta rama del derecho público. Es decir considerar sus principios y garantías, como también acatar sus deberes. Sin duda lo escueto del procedimiento de aplicación de sanciones infringe los principios sobre los cuales se constituye todo proceso, no solo el debido proceso. Cabría pensar entonces, en la necesidad de un control externo, que verifique el respeto de la legalidad, sobre todo cuando el sancionado disciplinariamente se encuentra en una clara situación de desprotección. Por último, también es necesario un control interno suficiente y eficiente, que permita la aplicación de nuestro ordenamiento administrativo y penitenciario y que constituya una real instancia de revisión respecto de las decisiones sancionatorias.

En suma, la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentra reñida en la legalidad, al concentrar su mayor regulación en un decreto reglamentario. Es por esto que quizás no extrañe que el agravamiento de la privación de libertad se encuentre autorizado por reglamento, prescindiendo absolutamente de la actividad jurisdiccional, a nuestro juicio fundamental en estos casos. Además de prescindir de los siempre necesario controles internos y externos que a lo menos garantizan la transparencia del sistema y permiten, si son llevados de buena forma, respetar la legalidad existente y consecuentemente fundar la ejecución de la pena privativa de libertad en los derechos humanos.

8. Conclusiones.

El sistema penitenciario se proyecta claramente a través de los regímenes y tratamientos penitenciarios. Por un lado, son estos los que permiten pragmatizar la rehabilitación del penado, como también las funciones encargadas por ley a los sujetos intervinientes en la relación jurídica penitenciaria.

Definimos entonces en el capítulo visto como régimen penitenciario **conjunto normativo que regula la convivencia y ordenación de la vida en un establecimiento penitenciario, estableciendo los derechos y obligaciones de quienes intervienen en relación jurídico penitenciaria** y como tratamiento penitenciario **“al proceso por el cual pretende obtenerse la finalidad asignada a la pena privativa de libertad.”**

La importancia del régimen y tratamientos es entonces manifiesta, del mismo modo que lo es su interacción y dependencia.

Es entonces en primer lugar el tipo de relación jurídico penitenciaria la que determina el contenido jurídico del régimen penitenciario. La finalidad de la pena se plasma individualmente en el reclusos por medio del tratamiento penitenciario.

En nuestro ordenamiento jurídico el R.E.P. contempla una relación de derecho público entre el administrador y el administrado.

Como lo vimos en capítulos anteriores, esto implica que el penado solo se ve privado de su libertad ambulatoria por el tiempo determinado en el título ejecutivo, y no debería verse privado de los demás derechos de los cuales es titular en atención a lo dispuesto por la C.P.R y los tratados de derechos humanos vigentes en el país.

Por ende, desde el régimen de alta seguridad hasta el abierto se deben considerar esta relación como premisa de los derechos y deberes asignados a los partícipes de la relación penitenciaria.

En uno de los aspectos en que fuertemente incide la concepción de la relación jurídico penitenciaria que se tenga es en el régimen disciplinario. Este disciplina no es un factor que se abstraiga del tipo de relación establecida. Su aplicación al margen de ésta resulta generalmente en una aberrante ilegalidad de un sistema extremadamente aflictivo respecto de los derechos humanos. Como hemos dicho en muchas oportunidad, posibilidad de vulnerar los derechos humanos en las cárceles es mayor que en cualquier otro recinto, por lo que obliga al Estado a establecer un sistema que realmente se encuadre con el tipo de relación jurídica penitenciaria elegida, con la legislación vigente, al igual que establecer las entidades contraloras y fiscalizadoras de la actividad intra-penitenciaria, en especial cuando se agrava la situación de privación de libertad.

Por otra parte, es de importancia el tratamiento penitenciario, el cual tiene como objetivo la prevención especial o rehabilitación del delincuente.

Como premisas fundamentales de un tratamiento penitenciario se deben considerar los siguientes principios y factores:

Tratamiento Humanitario,

Respeto por los derechos de los reclusos, especialmente su voluntad.

Tratamiento individualizado.

Focalización en el estado de vulnerabilidad del reclusos.

Similitud con la realidad extra-muros.

Tratamiento de carácter progresivo.

El principio de tratamiento humanitario del recluso es un deber y una necesidad del Estado. Es un deber por cuanto así lo consagran los tratados internacionales de derechos humanos y por que así corresponde a la evolución jurídica de un Estado de Derecho, respetuoso de su Constitución y de sus ciudadanos y que atiende al bien común de éstos. Es una necesidad en cuanto la resocialización pretendida por el legislador solo es posible dentro de un marco humanitario y respetuoso de los derechos fundamentales. La falta de humanización empeora siempre las condiciones de la persona alejándola de su humanidad y su pertenencia a la sociedad. Lo anterior es más grave aun cuando el recluso se encuentra en un “estado de vulnerabilidad” importante.

El respeto de los derechos de los reclusos de deriva de un trato humanitario y de la obligación generada por el vínculo de derecho público que une al administrador con el interno. Pero se debe acotar que en lo que respecta al tratamiento, la voluntad del condenado es esencial no solo para la validez de la actuación penitenciaria sino que también como elemento decisivo para una real rehabilitación.

La individualización del tratamiento, circunstancia fundamental y científicamente comprobada para la efectiva rehabilitación del delincuente, debe considerarse como un parámetro rector en el sistema penitenciario. Los principios de clasificación e individualización han sido ampliamente aceptados y experimentados en la historia de cárceles. Es entonces, una necesidad la utilización de los conocimientos científicos adquiridos en un correcta aplicación de tratamiento destinados a individuos en específicos.

El estado de vulnerabilidad del recluso, es un factor relevante en lo que se refiere a su capacidad delictiva. Además, la superación de este factor implica el cumplimiento del deber de bien común del Estado tanto en un sentido general como específico. En un sentido general, nos referimos, a la obligación que el Estado tiene respecto de todos sus ciudadanos en relación a sus derechos fundamental, especialmente los de primera y segunda generación. Como específicos, señalamos a la prevención especial objeto de la sanción penal. Por otro parte, y como ya lo hemos mencionado la consideración de este factor es punto de vista más realista y funcional de la finalidad de la pena, así como también más respetuoso de la voluntad del recluso. Por lo mencionado, es que la consideración, el diagnóstico y la superación de este estado, debe inspirar todo tratamiento penitenciario, por sobre un exigente, vulnerante y poco productivo concepto de rehabilitación.

La similitud con la realidad extra-muros es una requisito necesario que viene a reaccionar en contra de la exclusión de la cárcel. El histórico principio excluyente de la cárcel, normalmente aceptado y querido por la sociedad resulta confluir en una paradoja con la resocialización o socialización o superación de estado de vulnerabilidad del individuo penado. Lo realmente importante a considerar, según las nuevas tendencias humanitaristas y rehabilitadoras, es la posibilidad cierta y efectiva de que el recluso, a pesar de ser separado de la sociedad, sea capaz de volver a ella y enmarcarse en la reglas que imponga. De hay que la similitud de la vida intra-muros con la extra-muros en circunstancias tan importantes como los horarios, responsabilidades, trabajo, sea tan relevante para considerar en cualquier tratamiento penitenciario.

El último elemento señalado es el tratamiento de carácter progresivo. Debemos reiterar en este punto, para no llevar a confusión, en que estamos contestes que la progresión solo debe considerarse en los casos de las penas de prolongada duración y no así a respecto de las de corta duración. La progresión, desde siempre se ha considerado como incentivo para que el recluso colabore con su reinserción social. Lo cierto es que además de esto, la

progresión en el tratamiento resulta fundamental para la aplicación del vector anteriormente tratado, es decir la similitud con el medio libre. Un sistema progresivo permite al recluso probarse a sí mismo, como también a las autoridades, que su comportamiento se encuentra acorde con lo pretendido por la sociedad.

En suma, y como tantas veces lo hemos señalado la coherencia y coordinación en la política penitenciaria y en sus diversos elementos son la proyección de la abstracción jurídica denominada pena. La pragmatización de los principios y conceptos en una realidad carcelaria, son una necesidad inminente, que requiere un estudio científico y permanente comprobación. La finalidad de la pena y del Estado, en un nivel tan concreto como lo es el régimen y los tratamientos penitenciarios, requiere de toda la dedicación por parte de las autoridades, iniciándose este proceso por la revisión y coordinación con las normas regentes en esta materia.

CAPITULO IX:

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Conceptos, fundamentos y finalidades.

La ejecución de las penas privativas de libertad pueden verse modificadas, en nuestra legislación, sobre todo cuando se trata de delitos que no revisten carácter de graves o cuando se trata de penas cortas y los condenados no revisten peligrosidad para el medio social.

Uno de los grandes reparos que han surgido respecto a las penas de encierro, radica en los efectos perjudiciales de este tipo de sanción. Por una parte el penado, no solo ve afligida su libertad ambulatoria, si no que además es privado de su sistema de vida y desarrollo habitual. Además de se ven afectados por esta sanción la familia del preso. Por último, se ve afectada la finalidad de prevención, ya que los efectos criminogénicos de la cárcel y la estigmatización inciden en una alta tasa reincidencia de aquellos que permanecen un tiempo en prisión.

De estas simples observaciones se desprende la necesidad del legislador de encontrar medios satisfactorios, para cumplir con las finalidades de la pena, propugnadas por el sistema penal.

La fórmulas desarrolladas para evitar la nocividad de la de prisión, constituyen en general dos sistemas. El primero, propio del sistema jurídico anglosajón, que se denomina suspensión condicional de la condena²⁶⁴, en el cual se deja pendiente el pronunciamiento de la sentencia a condición de que se cumplan determinados requisitos impuestos por el legislador o el juez. El segundo sistema, el de suspensión condicional de la pena, que por el contrario si presupone la existencia de sentencia

²⁶⁴ El nuevo Código Procesal Penal contempla la suspensión condicional de la condena, en su artículo 398.

que imponga una condena, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre que se cumplan con determinadas condiciones.

El legislador chileno de forma de evitar los efectos perniciosos del encarcelamiento, ha optado por la segunda sistematización descrita, esto es, la suspensión de la condena privativa de libertad. De esta forma, ha establecido regímenes de beneficios, a los cuales el penado puede optar si cumple con determinados requisitos y condiciones impuestas por el tribunal, durante un periodo de tiempo. Una vez cumplidas las condiciones, en el lapso señalado, y sin que hayan sido revocadas, se tiene por cumplida la pena inicialmente impuesta. Durante el tiempo determinado por el Tribunal se pretende vigilar, tutelar y rehabilitar al condenado.

Como se verá posteriormente, en Chile el surgimiento de estas medidas es relativamente reciente. Los beneficios de carácter general que actualmente se aplican en nuestra legislación, son regulados en la ley 18.216. Estos beneficios son: la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna. En otras leyes se consideran otros beneficios, pero estos tienen carácter de especial.

La remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, consisten en suspender la ejecución efectiva de la condena dictada en una sentencia firme, en contra de quien cumple los requisitos dispuesto por la ley, y el beneficio se mantiene si cumple con la condiciones legalmente requeridas. Una vez que transcurre el tiempo de vigilancia, la pena se tiene por cumplida.

La reclusión nocturna consiste en una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad atenuada. La menor gravedad consiste en que el penado sólo deberá pernoctar en un establecimiento penitenciario durante el tiempo que lo estime el Tribunal, gozando de libertad durante el día.

La ley 18.216 y sus precedentes normativos.

La Ley 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad y restrictivas de libertad, que actualmente se encuentra en vigencia, fue publicada el 14 de mayo de 1983 y su contenido se refiere a tres medidas, las cuales son: la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada.

Como forma de complementar, este conjunto de disposiciones, el 19 de enero de 1984, se dicta el Reglamento de la ley 18.216, en el que se comprenden normas respecto de la función de Gendarmería, como órgano a cargo de aplicar estas medidas y desarrollar planes de rehabilitación para los beneficiados.

Los precedentes de esta ley, se remontan a principios del siglo XX, a un Decreto del Ministerio de Justicia, dictado en 1906, el cual se contempla la suspensión de las condenas privativas de libertad inferiores a 60 días.

En 1907, el Código de Procedimiento Penal, establece, en su artículo 564(603) que: “Si resultare mérito para condenar por faltas a un reo contra quién nunca se hubiese pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por tres años, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al reo para que se enmiende” y en su inciso segundo agrega: “Si dentro de ese plazo reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y la que corresponda a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue

culpable". El artículo mencionado sigue en vigencia y se aplica sólo respecto de las faltas, según lo previsto en el artículo 2 de la ley 18.216.

Durante las décadas del 20 al 40, se dictaron disposiciones sobre libertad condicional, regímenes carcelarios progresivos y rehabilitación y reinserción social, adecuándose al espíritu preventivo especial, imperante en esa época.

En 1944, se promulga la ley 7.821 sobre Remisión condicional de la pena, estableciendo esta institución con carácter general y que beneficiaba a los condenados por primera vez, a menos de un año de privación de libertad. El espíritu de esta institución apuntaba a evitar los nefastos efectos de la prisionización de las penas de corta duración.

Durante tres décadas esta institución se mantuvo sin alteraciones, siendo sólo en 1977, que se modifica para establecer modalidades especiales respecto del personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile mientras estén en servicio.

A finales de la década de los setenta, se elaboró un anteproyecto de decreto ley por el Ministerio de Justicia, en el que se introducían a nuestra legislación como alternativas a la ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad: la colaboración con la comunidad, la reclusión nocturna, la reclusión de fin de semana y la libertad vigilada. El texto modificaba la ley 7.812 sobre remisión condicional de la pena y fijaba el texto refundido del estatuto legal sobre estas materias.

Este proyecto es enviado al Director de Gendarmería de Chile, para que formule observaciones respecto de las instituciones señaladas y su aplicación práctica. En 1979, don Marco Aurelio González Berendique, profesor de criminología de la Universidad de Chile y en ese momento, asesor en planificación de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia, emite un informe, el cual es enviado al Presidente de la Corte Suprema, en abril de ese año. Posteriormente, el proyecto es reenviado a Gendarmería y se solicita una revisión del sistema sobre libertad vigilada para adultos, al psicólogo Jorge García, al sociólogo Benjamín Núñez y al abogado Hugo Rivera. En el mes de diciembre, se emite el informe de Gendarmería, el cual señala que la libertad vigilada para adultos solucionaría en gran medida el problema de hacinamiento carcelario. En mayo, de 1982, se elabora el proyecto definitivo por el ministerio de justicia, el cual, luego de la aprobación de la Junta de Gobierno y de la tramitación legislativa pertinente, se promulga en 1983.

En la ley, ya promulgada, se establece en el artículo 31, que no obstante la vigencia de la ley, los Tribunales de Justicia sólo podrán otorgar el beneficio de libertad vigilada a partir del 1 de diciembre de 1983.

Desde la fecha de promulgación de la Ley, no ha existido, ninguna reforma sustancial al régimen de medidas alternativas, lo cual después de veinte años, resultaría necesario. Lo anterior en consideración a que son beneficios que requieren ser revisados y mayormente considerados al ser alternativas más humanas a la prisión y que en general, han aportado mejores resultados que el cumplimiento efectivo de la pena impuesta.

Órganos encargados de la ejecución de las medidas alternativas.

Los órganos que intervienen en el sistema de ejecución de las medidas alternativa a las penas privativas y restrictivas de libertad son: los Tribunales de Justicia; el Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile.

Los tribunales intervienen en la parte resolutive del sistema. El Ministerio de Justicia a través de la División de Defensa Social ejerce la labor fiscalizadora del sistema. La fracción ejecutiva se encuentra encomendada a Gendarmería.

Esquema de los órganos que intervienen en las medidas contempladas en la ley 18.216 y sus funciones.

Órgano jurisdiccional.

a) Otorgamiento de las Medidas alternativas a la penas privativas de libertad.

La facultad para otorgar una medida alternativa a las penas privativas de libertad radica en los Tribunales de Justicia.

En la sentencia condenatoria que imponga una pena privativa de libertad, debe el juez, de oficio o a petición de parte, pronunciarse sobre el otorgamiento de alguna de las medidas dispuestas por la ley 18.216, siempre que éstas sean procedentes.

En caso de que el tribunal *a quo*, no se haya pronunciado respecto de las medidas contempladas en la Ley 18.216, es el tribunal del alzada que conociendo de la causa puede otorgarlas, si correspondiere.

De forma excepcional, puede existir un pronunciamiento posterior a la sentencia ejecutoriada, en caso de que se haya omitido otorgar el beneficio que correspondiere. Lo anterior, debido a que la resolución que otorga o deniega una medida alternativas es de naturaleza administrativa, por lo que no le afecta la inmutabilidad que se produce en la resolución ejecutoriada que no se pronuncia acerca de las medidas en virtud del efecto de cosa juzgada, como tampoco se produce el desasimio del tribunal. Así lo ha reiterado la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

265

Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 18.216, el cual señala que: “ La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse por el tribunal que las imponga, al conceder alguno de los beneficios alternativos”. De la misma forma lo dispone el art. 1 del Decreto 1120, que establece la Ley el Reglamento de la Ley 18.216.

²⁶⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda (17 de mayo de 1984), conociendo de recurso de apelación, causa contra Garay Mardones, Víctor Luis: “4º.- Que en orden a resolver el problema planteado se hace indispensable calificar previamente la naturaleza jurídica de la decisión que concede el ya nombrado beneficio. Si bien el artículo 25 de la Ley 18.216 autoriza al reo para apelar de la decisión denegatoria o revocatoria del beneficio y de ello podría derivarse que se trata de una sentencia definitiva o interlocutoria que, por consiguiente, una vez ejecutoriada produce el efecto de cosa juzgada que impide su posterior modificación, es menester tener presente, además de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal referida en el motivo anterior, que la propia ley en sus artículos 6 y 26 hace revocable este beneficio, cuando concurren las circunstancias que en ellos se señalan. Si se tratara de una sentencia definitiva o interlocutoria, ello no podría acontecer, por los efectos de inmutabilidad que ellas producen una vez que quedan firmes. Esta reflexión lleva a concluir que esta materia dice relación más bien con un aspecto o medida indudablemente administrativa, que incide en el cumplimiento de la pena privativa o restrictiva de la libertad que impone la sentencia, cuya aplicación queda suspendida, y por consiguiente, susceptible de ser modificada en el punto que plantea el reo en lo principal de fojas 254. Abona, además, esta interpretación el propio encabezamiento o título de la citada ley: “Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. “Este razonamiento permite inferir que no existe a este respecto el desasimio invocado por el juez de primera instancia en la resolución recurrida, que sea un obstáculo para resolver favorablemente la citada petición del reo” Revista Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI (1984), N° 2 (mayo-agosto) sección 4; www.microjuris.com (10/07/2003)

Se debe considerar también, que es el tribunal el que dispone cual es el tiempo que el penado ha de estar en observación por Gendarmería, dentro de los límites que le impone el ordenamiento jurídico.

El tribunal que otorgue o deniegue alguna de las medidas contempladas en la Ley 18.216, debe hacerlo por resolución fundada, la cual contenga las razones de su decisión y los antecedentes que han dado base a su convicción. Lo anterior, en virtud del art. 24 de la ley 18.216. En caso que no se hayan solicitado los beneficios, el tribunal no debe expresar los fundamentos de la consideración de estas medidas.

b) Revocación de las medidas otorgadas y control jurisdiccional.

El control jurisdiccional lo ejerce el tribunal que decretó la medida o el tribunal *a quo*, el cual supervisa el cumplimiento de ésta, en atención a las condiciones y los requisitos impuestos en la sentencia y las exigidas por ley.

El tribunal toma conocimiento del cumplimiento de la medida decretada a través de la sección correspondiente de Gendarmería o del Delegado de Libertad Vigilada, según proceda.

En caso de que se le informe al tribunal, algún incumplimiento respecto de las condiciones impuestas, éste podrá decretar el revocamiento de la medida y por ende, el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad o el determinar otra medida distinta.

Respecto de la remisión condicional de la pena, el art. 6 de la ley 18.216, dispone que: “ Si el beneficiado quebrantare, dentro del período de observación, alguna de las condiciones señaladas en el artículo precedente, la Sección de Tratamiento en el Medio Libre pedirá que se revoque la suspensión de la pena, lo que podrá decretar el tribunal, disponiendo el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna, según fuere aconsejable”. Norma análoga dispone el reglamento de la ley 18.216.

El art. 11 de la ley 18.216, con relación a la reclusión nocturna dispone que: “En caso de quebrantamiento grave o reiterado y sin causa justificada de la medida de reclusión nocturna, el tribunal, de oficio o a petición de Gendarmería de Chile, procederá a revocarla, disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido.”

Con relación a la revocación de la libertad vigilada, el art. 19 dispone: “El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultarán al tribunal, sobre la base de la información que éste le proporcione en conformidad con el artículo 23, para revocar el beneficio, en resolución que exprese circunstanciadamente sus fundamentos.” El art. 23 obliga a los delegados de libertad vigilada a informar al tribunal, al menos semestralmente, sobre el comportamiento de las personas sometidas a su vigilancia y a poner oportunamente en conocimiento del tribunal todo quebrantamiento grave o reiterado de las condiciones de la libertad vigilada”. Análoga norma dispone el reglamento de la ley 18.216.

El Tribunal, además de revocar la medida alternativa concedida puede suspender su ejecución como ocurre en la reclusión nocturna. El art. 10 de la Ley 18.216 dispone: “En caso de embarazo y puerperio coincidente con los períodos indicados en el artículo 195

del Código del Trabajo, de enfermedad, de invalidez o de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o lo transformaren en extremadamente grave, el tribunal, sólo a petición de parte y exclusivamente por el tiempo que durare el impedimento, podrá suspender el cumplimiento de la reclusión nocturna, o bien decretar alguna de las siguientes medidas sustitutivas: a) Arresto domiciliario nocturno, en los términos a que alude el artículo 7 de esta ley, y b) Prohibición de salir de la comuna en la cual resida el condenado o del ámbito territorial que fije el tribunal, el cual, no obstante, podrá autorizar la salida temporal en caso de enfermedad o muerte del cónyuge o de hijos u otros parientes por consanguinidad”. Agrega este artículo que “Por otra parte, el tribunal no podrá denegar la solicitud del condenado o decretar una medida distinta de la específica solicitada, sino por resolución fundada.” Similar disposición se establece en el artículo 11 del reglamento de la ley 18.216.²⁶⁶

En el art. 10 bis se dispone que las medidas mencionadas en las letras a y b del art. 11, serán controladas en la forma que determine el tribunal.

Con respecto a la Libertad vigilada, el juez puede prorrogar o reducir el plazo de observación a proposición del Delegado de libertad vigilada por medio de un informe fundado. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 18.216 y 18 del reglamento de la ley 18.216.

Por último, el tribunal ante cualquier ausencia, impedimento o inhabilidad que afecte al delegado de libertad vigilada en el cumplimiento de sus funciones, deberá ser informado por Gendarmería o el Ministerio de Justicia según corresponda, para los efectos de designar un nuevo delegado. (Art. 30 reglamento de la ley 18.216)

Nuevo proceso penal.

Las normas del nuevo proceso penal establecen ciertas variaciones respecto de la medidas alternativas en comento.

El otorgamiento de las medidas alternativas, sigue siendo una facultad del órgano jurisdiccional, sea este juez de garantía o tribunal oral.

La ejecución de la sentencia penal se regula en los artículo 466 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal. El artículo 466 dispone que: “Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor. El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare.”

El art. 468 del nuevo Código Procesal Penal se refiere a la ejecución de la sentencia penal y señala en su inc. 1 que: “Las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretaran una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requieren para dar total cumplimiento al fallo”. Respecto de las medidas alternativas de la ley 18.216 este artículo dispone en su inc. 3 que: “Si la sentencia hubiere concedido una medida alternativa a las penas privativas

²⁶⁶ El artículo 11 del Reglamento dispone que: “En caso de enfermedad, invalidez o de circunstancias extraordinaria que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o la transformaren en extremadamente grave, el tribunal, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, podrá suspender su cumplimiento.” La misma disposición se aplica para el caso de embarazo o puerperio que tengan lugar dentro de los períodos indicados en el inciso primero del artículo 95 del decreto ley N° 2.200 de 1978.

o restrictivas de libertad consideradas en la ley, remitirá copia de la misma a la institución encargada de su ejecución.”

267

La ley 19.806 estableció en su art. 11 ciertas modificaciones a la ley 18.216.

En lo que dice relación con la prórroga, reducción o egreso del penado sujeto a libertad vigilada. El art. 11 de la ley 19.806 reemplaza la referencia al juez por la del juez de garantía, ya que éste último es el encargado del control jurisdiccional de la ejecución de la medida de libertad vigilada.

Las otras modificaciones de verán cuando analicemos las medidas en particular.

Gendarmería de Chile.

La ejecución del sistema de medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad, se encomienda a Gendarmería de Chile.

La aplicación de estas medidas corresponde a Gendarmería, según lo dispuesto en la L.O.C de Gendarmería, la cual en su art. 3 letra f dispone como función de esta institución: “Asistir en el medio libre a las personas que accedan al mismo por encontrarse cumpliendo condenas o por otras causa legal, en las condiciones que señalen los reglamentos”.

La organización del sistema ejecutivo de medidas alternativas de Gendarmería se distinguen tres niveles:

Normativo nacional: a cargo del Departamento de tratamiento en el Medio Libre, dependiente de la Subdirección Técnica.

Coordinación regional: radica en los C.R.S de capitales regionales y en la Dirección regional de Gendarmería.

Operativo local: a cargo de los C.R.S, Establecimientos de Gendarmería independientes de las unidades penitenciarias y Consejos Técnicos.

Cada uno de estos niveles serán analizados a continuación detallando sus funciones y atribuciones.

a) Nivel normativo nacional.

El artículo 8 de la L.O.C de Gendarmería, señala que la función de del Departamento de tratamiento en el Medio Libre es asesorar en la adopción de todas las medidas necesarias para ejercer el control y dar asistencia a las siguientes personas:

A las condenadas a penas privativas de libertad y que en virtud de un beneficio legal o reglamentario se encuentren en el medio libre.

A las condenadas a penas restrictivas de libertad.

²⁶⁷ Respecto de la vigencia de estas normas, la ley 19.806 dispone en su artículo transitorio que: “Las normas de la presente ley entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial. Se exceptúan aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos; a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente para las Regiones I, XI, XII, V, VI, VIII, X y Metropolitana de Santiago, de conformidad al calendario establecido en el artículo 4° transitorio de la ley N° 19.640.” Esta ley fue promulgada el 31 de mayo de 2002.

El Departamento de Tratamiento en el Medio libre depende de la Subdirección Técnica. El subdirector Técnico, tiene a cargo de este departamento según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8 de la L.O.C de Gendarmería.

En relación con la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna, las funciones de este departamento son:

Supervisar el cumplimiento y el uso adecuado del Manual de procedimientos técnicos administrativos de estas medidas, evaluando periódicamente su aplicación, en coordinación con la autoridad regional.

Evaluar periódicamente el funcionamiento de las medida y proponer el perfeccionamiento de la Normas técnicas de acuerdo a la experiencia acumulada.

Evaluar el cumplimiento de las condiciones impuestas por los tribunales.

Diseñar un sistema de detección de necesidades de asistencia de los beneficiados con las medidas.

Estudiar y celebrar convenios con instituciones de la comunidad, tendientes a brindar asistencia a los beneficiados.

Impartir instrucciones y promover la capacitación y perfeccionamiento del personal a cargo de la aplicación de las medidas.

Efectuar visitas de supervisión del funcionamiento técnico y acciones de apoyo administrativo a los centros de Reinserción social y al nivel de Coordinación Regional.

Informar periódicamente al Ministerio de Justicia sobre volúmenes de población en las medidas de remisión condicional de la Pena y reclusión nocturna.

En relación con la Libertad vigilada, este Departamento cumple las siguientes funciones:

Proponer políticas de reinserción social para los usuarios de la Libertad vigilada.

Formular planes generales de tratamiento y asistencia para los usuarios de esta medida.

Programar actividades de información publica tendientes a obtener el apoyo de la comunidad para este sistema.

Estudiar y proponer convenios relativos al tratamiento y asistencia a los beneficiados.

Realizar estudios tendientes a perfeccionar los informes técnicos requeridos por el poder judicial.

Determinar el territorio jurisdiccional de los delegados de libertad vigilada y Centros de reinserción social, informando de ello al Ministerio de Justicia, así como también proponer la redistribución de estos delegados.

Supervisar, evaluar y calificar el desempeño de los delegados de libertad vigilada del adulto, en coordinación con las Direcciones nacional t regional, de acuerdo a evaluaciones periódicas.

Promover la investigación en el área de tratamiento libre.

Promover la capacitación y perfeccionamiento del personal encargado de la aplicación de la medida.

b) Nivel Coordinador Regional.

La coordinación del sistema regional de medidas alternativas es ejercida por los C.R.S de ciudades capitales de región. Estos Centros están encargados de la coordinación permanente con los niveles normativos nacional y operativo local.

Los C.R.S dependen en el aspecto técnico del Departamento de Tratamiento en el Medio Libre. En el ámbito administrativo dependen de la Dirección Regional de Gendarmería. Las Direcciones regionales son “organismos encargado de la conducción administrativa, técnica y orgánica de la institución en la región.” (Art. 8 L.OC. de Gendarmería).

A este nivel de coordinación le corresponden, en relación con la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna, las siguientes funciones:

Organizar y coordinar la implementación de los sistemas en la Región.

Supervisar el funcionamiento técnico y las acciones de apoyo administrativo a las medidas en la Región.

Resguardar que en la región se efectúe el control del cumplimiento de la condiciones impuestas por el Tribunal.

Supervisar los planes elaborados por el Departamento de tratamiento del Medio Libre.

Elaborar informes periódicos acerca de la evaluación de las medidas alternativas.

Estudiar, evaluar y jerarquizar convenios específicos propuestos por el nivel local para el desarrollo de acciones de asistencia y apoyar el desarrollo de los mismos, una vez aprobados por los niveles correspondientes.

Reunir y mantener información estadística actualizada de la región, en relación a ambos sistemas alternativos.

Mantener información relativa al personal de la Región, así como de las necesidades de formación y capacitación de éste, y de las necesidades de recursos humanos de acuerdo a la demanda existente, manteniendo informados a la superioridad de la institución y al Ministerio de Justicia.

Con relación al sistema de libertad vigilada del adulto, las funciones del nivel de coordinación regional son las siguientes:

Coordinar la implementación del sistema en la Región.

Orientar y dirigir al equipo de profesionales en la región, de acuerdo a las directrices emanadas del departamento de Tratamiento en el Medio Libre, programando periódicamente reuniones técnicas con los delegados de libertad vigilada y otros profesionales que se desempeñen en el sistema.

Supervisar y evaluar el desempeño técnico y administrativo del sistema en la región y calificar el desempeño en el cumplimiento de sus funciones propias.

Gestionar los recursos comunitarios regionales, que colaboren en proceso de reinserción social de los usuarios y proponer convenios a nivel regional.

Aplicar los planes emanados del Departamento de Tratamiento en el Medio Libre.

Elaborar informes periódicos acerca de la evolución del sistema.

Mantener actualizada la información estadística general de la región en relación a las medidas alternativas a la reclusión.

Centralizar la información relativa al personal que trabaja en el sistema.

Determinar las necesidades de recursos humanos, de formación y capacitación, de acuerdo a la realidad regional y proponerlas al departamento de Tratamiento en el Medio Libre.

Nivel operativo local.

El nivel operativo local esta radicado en los C.R.S, establecimientos de Gendarmería independientes de las unidades penitenciarias y en los consejos técnicos.

Los C.R.S son “establecimientos penitenciarios destinados al seguimiento, asistencia y control de los condenados que por un beneficio legal o reglamentario se encuentren en el medio libre” (Art. 20 R.E.P.).

El Consejo Técnico “constituye una instancia de discusión, con facultades resolutorias, cuyo objetivo es orientar y asesorar al delegado de libertad vigilada del adulto en el diagnóstico y evolución de los usuarios y en las estrategias para atenuar y disminuir su deterioro psicosocial.”²⁶⁸

El artículo 38 del Reglamento de la ley 18.216 dispone que: “Las secciones de Tratamiento en el medio libre contarán con un Consejo técnico, el cual asesorará en el diagnóstico y tratamiento de lo beneficiado y en la evaluación del sistema”.

El Consejo Técnico está integrado por los delegados y profesionales que se desempeñen en el C.R.S respectivo y presidido por el Jefe del Centro (Art. 38 inc. 2 del Reglamento de la ley 18.216). La participación de otros profesionales en el Consejo Técnico puede determinarse por el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre.

Las funciones de los CRS en el sistema de reclusión nocturna y remisión condicional de la pena son:

Realizar el control administrativo y de las condiciones impuestas por el tribunal a los beneficiado con las medidas.

Brindar asistencia y orientación a los beneficiados.

Mantener coordinación permanente y estrecha con el establecimiento donde se lleve a efecto la reclusión nocturna y asesorar al jefe del establecimiento en las materias que sean atingentes.

Recibir la documentación de los Tribunales de Justicia y mantenerla a buen recaudo.

Informar a los Tribunales de Justicia de todo quebrantamiento de la medidas, grave o reiterado, sin causa que lo justifique.

Calificar las solicitudes de traslado.

Evaluar las justificaciones de las faltas cometidas.

Informar al nivel regional o nacional, según corresponda, de la evolución y evaluación de las medidas y proponer la modificaciones que correspondan.

²⁶⁸ (42) MINISTERIO DE JUSTICIA REPUBLICA DE CHILE DIVISIÓN DE DEFENSA SOCIAL. ¿Castigar o rehabilitar? Las medidas alternativas a la reclusión en Chile. 1997. PG 40.

Realizar actividades tendientes a obtener el apoyo de los organismos e instituciones de la comunidad.

Informar a los beneficiados, a su ingreso a alguna de las medidas, acerca de sus deberes y obligaciones durante el período de observación.

Mantener permanentemente actualizados los archivos y registro relativo a la información sobre los beneficiados. Certificar el cumplimiento satisfactorio o insatisfactorio de las medidas.

En relación al sistema de libertad vigilada del adulto, las funciones de los CRS son:

Conducir y facilitar el proceso de reinserción social de los usuarios del sistema, desarrollando las acciones tendientes a eliminar o disminuir el deterioro psicosocial que presentan, de acuerdo a sus características.

Realizar actividades tendientes a obtener el apoyo de los organismos e instituciones de la comunidad.

Organizar el trabajo del personal, asegurar su cumplimiento, de acuerdo a las normas reglamentarias y técnicas que regulan el sistema.

Informar a los Centros Regionales sobre los volúmenes de población atendida, desarrollo y evolución de la medida y proponer las modificaciones pertinentes.

Informar las solicitudes que les presenten los tribunales de Justicia, para lo cual reunirán los antecedentes que correspondan.

Designar al delegado de libertad vigilada responsable de cada caso.

Programar reuniones de ingreso de los usuarios al sistema de libertad vigilada de adulto.

Mantener permanentemente actualizados los registros y archivos referido a la información sobre el usuario y las actividades realizadas por el delegado de libertad vigilada.

En los lugares en que no se haya creado un CRS, las funciones señaladas a nivel operativo local, respecto de la medidas de reclusión nocturna y remisión condicional, serán llevadaS a cabo por los Patronatos Locales de Reos o los jefes de Unidad o establecimiento especiales de Gendarmería. A diferencia de los CRS, no les corresponden las funciones de brindar asistencia y orientación a los beneficiados, mantener coordinación estrecha con el lugar donde se controla la reclusión nocturna y realizar actividades para obtener el apoyo de organismos e instituciones de la comunidad.

Las principales funciones del Consejo Técnico son:

Elaborar informes presentenciales.

Asesor al delegado de libertad vigilada en la elaboración del diagnóstico de los usuarios y en la evolución y evaluación de estos en la medida, principalmente en relación al proceso de reinserción social que desarrollan.

Solicitar y resolver la revocación de la medida, en el caso de aquellos usuario refractarios al proceso de reinserción.

Tabla N° 28

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

Los CRS existentes en el país y el número de usuarios del sistema de medidas alternativas (datos actualizado al 30 de noviembre de 2002)

CRS	REMISION CONDICIONAL	RECLUSION NOCTURNA	LIBERTAD VIGILADA	TOTAL	CRS ARICA	584	68	8
CRS IQUIQUE	383	0	63	446				
CRS CALAMA	234	0	46	280				
CRS ANTOFAGASTA	436	67	99	602				
CRS VALLENAR	103	8	13	124				
CRS COPIAPO	321	0	54	375				
CRS LA SERENA	372	25	159	556				
CRS OVALLE	83	0	45	128				
CRS QUILLOTA	341	0	39	380				
CRS VALPARAISO	1309	60	240	1609				
CRS SAN ANTONIO	191	0	27	218				
CRS LOS ANDES	161	0	49	210				
CRS RANCAGUA	840	0	123	963				
CRS SAN FERNANDO	275	0	51	326				
CRS CURICO	274	0	75	349				
CRS TALCA	372	0	98	470				
CRS LINARES	142	0	70	212				
CRS CHILLAN	369	0	99	468				
CRS CONCEPCION	1117	0	293	1410				
CRS LOS ANGELES	429	0	83	512				
CRS CAÑETE	64	0	42	106				
CRS TEMUCO	390	0	171	561				
CRS ANGOL	71	0	45	116				
CRS VALDIVIA	415	0	122	537				
CRS OSORNO	485	0	106	591				
CRS PUERTO MONTT	527	0	154	681				
CRS COYHAIQUE	125	19	29	173				
CRS PUNTA ARENAS	340	0	47	387				
CRS SANTIAGO SUR	2539	0	504	3043				
CRS SANTIAGO	5300	0	517	5817				
CONTROLADOS POR LOS CRS	18592	247	3547	22386				
CONTROLADOS POR U. PENALES	5589	1543	0	7132				
TOTAL PAIS	24181	1790	3547	29518				

Fuente: Gendarmería de Chile.

3.3. División de Defensa Social del Ministerio de Justicia.

La fiscalización general superior del Sistema en el plano administrativo, está a cargo de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia.

Respecto de las facultades normativas y fiscalizadoras del Ministerio, el art. 22 de la ley 18.216 dispone que "Un reglamento establecerá las normas relativas a la

organización del sistema de libertad vigilada. El Ministerio de Justicia impartirá las normas técnicas que sean necesarias a este respecto y evaluará, periódicamente, su cumplimiento y los resultados del sistema”. Con relación a la norma expuesta el art. 36 del reglamento de la ley 18.216 dispone lo siguiente: “en cumplimiento de las facultades establecidas en el art. 22 de la ley 18.216, el Ministerio de Justicia, a través de la División de defensa social, fiscalizará el funcionamiento del sistema, pudiendo en el ejercicio de su cometido efectuar las visitas y controles que estime pertinentes”.

Se debe señalar también que Gendarmería es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia. Lo anterior implica la supervigilancia de esta cartera respecto de Gendarmería.

Medidas Alternativas contempladas en la Ley 18.216.

a) Presupuestos.

Para otorgarse cualquiera de las medidas de la ley 18.216, debe existir una sentencia criminal condenatoria firme, que imponga una pena privativa o restrictiva de libertad.

Lo anterior, en virtud del art. 79 del C.P. que dispone: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada” y en concordancia con las principios constitucionales, consagrados en los arts. 19 N° 3 incs. 5 y 7 y N° 7, letra B y en el art. 73 inc. 1.

Otorgamiento de las Medidas Alternativas contempladas en la ley 18.216.

Las medidas se conceden, de oficio o a petición de parte y en la sentencia condenatoria por el tribunal que conoce de la causa criminal.

La sentencia debe contener los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción. Si el tribunal negare la petición para conceder algunos de los beneficios previstos en esta ley, deberá exponer los fundamentos de su decisión en la sentencia. En caso que no se hayan solicitado los beneficios, el tribunal no debe expresar los fundamentos de la denegación.

Cumplimiento de la pena.

El principal efecto de las medidas alternativas consiste en que una vez que el penado haya cumplido con los requisitos establecidos por ley y dictados por el tribunal durante el periodo determinado en la sentencia, la pena privativa de libertad inicialmente impuesta se tiene por cumplida.

Este importante efecto se encuentra establecido en el art. 28 de la ley 18.216, señalando: “ Transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta.”

Comisión de un nuevo crimen o simple delito.

Las medidas de la ley 18.216 tienen como objeto beneficiar a aquellos delincuentes que no constituyen un gran peligro para la sociedad y que si son reclusos, el contagio criminógeno y la desocialización de la cárcel atentarían seriamente en contra de los postulados rehabilitadores de nuestro ordenamiento jurídico.

La oportunidad otorgada a los delincuentes mencionados en el párrafo anterior, encuentra una importante condicionante en la ley en comento. En efecto, el art. 26 de la ley 18.216 dispone que: “ Si durante el período de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, el beneficiado comete un nuevo crimen o simple delito, la medida se entenderá revocada por el solo ministerio de la ley.”

Lo drástico de la norma es que contempla la revocación del beneficio por el solo ministerio de la ley.

La revocación no opera tratándose de faltas.

Se entiende que se inicia el cumplimiento del beneficio:

En el caso de la remisión condicional de la pena: **cuando beneficiado se presenta en la fecha que fija el tribunal o inmediatamente de notificado de la sentencia.**

En el caso de la reclusión nocturna: **cuando beneficiado se presenta a las 22:00 horas del día siguientes de la notificación de la sentencia al lugar de cumplimiento de la medida.**

En el caso de la libertad vigilada: **cuando beneficiado se presenta dentro de las 24 horas siguientes de la notificación de la sentencia.**

La importancia de la determinación del momento en el cual se inicia el cumplimiento de la medida alternativa, reside en que si el sujeto delinque antes de este momento no se revoca la medida otorgada, en atención a una interpretación estricta de la norma.

En atención a lo dispuesto en el art. 27 de la ley en estudio, la revocación del beneficio concedido implica cumplimiento del total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración, en caso de tratarse de libertad vigilada o remisión condicional de la pena.

En el caso de la reclusión nocturna, el condenado será sometido al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida.

Sistema abierto y estadísticas.

Las medidas alternativas constituyen parte importante del denominado sistema abierto y a su vez, dentro del sistema general penitenciario. Gran parte de la población penal condenada se encuentra beneficiada por alguna de las alternativas de la ley 18.216.

Lo antes mencionado se demuestra en las siguientes tablas y gráficos.

Tabla N° 29

ANALISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

EVOLUCION DE LAS POBLACIONES ATENDIDAS POR GENDARMERIA AÑO 2002 (Datos al ultimo día de cada mes)													
POBLACION	Prom	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic
TOTAL ATENDIDOS	545	6406	6408	6458	6439	6453	6553	6655	6693	6581	6605	6739	6
SISTEMA CERRADO	184	1600	2208	3506	3039	3086	2852	3239	3746	4069	3127	3455	0
Detenidos	2160	2120	2048	2983	2185	1976	2401	1988	2109	2132	1885	1929	
Procesados	13368	12467	12958	13178	13115	13381	13376	13389	13752	13859	13219	14352	
Condenados	17656	17013	17202	17345	17739	17729	17075	17862	17885	18078	18023	18269	
SISTEMA SEMIABIERTO	488	452	459	431	474	454	545	538	526	508	494	486	
SISTEMA ABIERTO	3177	3201	3141	3065	3088	3099	3213	3278	3266	3124	3243	3236	0
MEDIDAS ALTERNATIVAS	2877	2910	2822	2783	2798	2792	2861	2972	2960	2846	2947	2951	0
Rem. Condicional	2353	2383	2304	2269	2267	2279	2338	2437	2423	2345	2414	2418	1
Lib. Vigilada	3462	3546	3452	3461	3479	3415	3422	3451	3506	3295	3513	3547	
Rec. Nocturna	1777	1726	1720	1680	1828	1715	1805	1900	1867	1713	1815	1782	
BENEFICIOS REINSERCIÓN	3009	2911	3192	2820	2896	3064	3520	3054	3056	2775	2962	2850	

Fuente: Gendarmería.

Tabla N° 30

POBLACION CON MEDIDAS DE LA LEY 18.216 (30 DE NOVIEMBRE DE 2002)								
REGION	LIBERTAD VIGILADA		REMISION CONDICIONAL		RECLUSION NOCTURNA		TOTAL LEY 18.216	
	Pob.	%	Pob.	%	Pob.	%	Pob.	%
TARAPACA	147	4,1	981	4,1	96	5,4	1224	4,1
ANTOFAGASTA	145	4,1	776	3,2	106	5,9	1027	3,5
COPIAPO	67	1,9	480	2,0	113	6,3	660	2,2
COQUIMBO	204	5,8	624	2,6	54	3,0	882	3,0
VALPARAISO	355	10,0	2544	10,5	155	8,7	3054	10,3
LIB. B. O'HIGGINS	174	4,9	1755	7,3	153	8,5	2082	7,1
DEL MAULE	243	6,9	1244	5,1	98	5,5	1585	5,4
DEL BIO BIO	517	14,6	2797	11,6	194	10,8	3508	11,9
DE LA ARAUCANIA	216	6,1	877	3,6	116	6,5	1209	4,1
DE LOS LAGOS	382	10,8	2127	8,8	179	10,0	2688	9,1
C. IBÁÑEZ DEL C.	29	0,8	254	1,1	29	1,6	312	1,1
MAGALLANES	47	1,3	445	1,8	78	4,4	570	1,9
METROPOLITANA	1021	28,8	9277	38,4	419	23,4	10717	36,3
TOTAL	3547	100,0	24181	100,0	1790	100,0	29518	100,0

Fuente: Gendarmería de Chile.

Gráfico N° 7

Tabla N° 31

Evolución de los beneficios Ley 18.216

PROMEDIO AÑO	LIBERTAD VIGILADA		REMISION CONDICIONAL		RECLUSION NOCTURNA		TOTAL LEY 18.216		Pob.	Indice	Pob.
	1987	594	100,0	11528	100,0	563	100,0	12685			
1988	808	136,0	15895	137,9	621	110,3	17324	136,6	100,0		
1989	1252	210,8	18421	159,8	709	125,9	20382	160,7			
1990	1556	262,0	13926	120,8	636	113,0	16118	127,1			
1991	1794	302,0	17117	148,5	688	122,2	19599	154,5			
1992	2288	385,2	18412	159,7	736	130,7	21436	169,0			
1993	2708	455,9	19165	166,2	810	143,9	22683	178,8			
1994	3144	529,3	19759	171,4	887	157,5	23790	187,5			
1995	3463	583,0	20525	178,0	920	163,4	24908	196,4			
1996	3652	614,8	22209	192,7	1032	183,3	26893	212,0			
1997	3657	615,7	24309	210,9	1206	214,2	29172	230,0			
1998	3584	603,4	25436	220,6	1349	239,6	30369	239,4			
1999	4028	678,1	26274	227,9	1511	268,4	31813	250,8			
2000	3462	582,8	26537	230,2	1700	302,0	31699	249,9			
2001	3494	588,2	25507	221,3	1812	321,8	30813	242,9			

Fuente: Gendarmería de Chile.

Gráfico N° 8

Gráfico N° 9

Evolución de la población sujeta a medidas alternativas

Fuente: Gendarmería de Chile.

4.1. Remisión Condicional de la Pena.

Concepto:

La primera medida contemplada en la ley 18.216, es la remisión condicional de la pena. Según lo expresado en el artículo 3, está consiste en “la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo”.

Lo que se suspende, es la ejecución de la sanción impuesta en la sentencia condenatoria. Esta sanción no se cumple sino que se sustituye por la discreta observación de la autoridad administrativa. Lo anterior recalca el carácter tutelar de esta medida.

La remisión condicional pretende evitar el contagio criminógeno producido en los recintos carcelarios, debido al contacto de los delincuentes primarios u ocasional con los delincuentes habituales y más avezados.

269

²⁶⁹ El mensaje del proyecto de la ley N° 7.821, antecesora de la ley 18.216, en lo que respecta a la remisión condicional de la pena, disponía: “El fundamento doctrinario de la remisión condicional de la pena no es otro que el de evitar el contagio moral de los delincuentes primarios de tipo ocasional que sería inevitable por su convivencia promiscua, en nuestra realidad carcelaria, con delincuentes habituales y profesionales.”

Requisitos.

El artículo 4, señala los requisitos para que el tribunal pueda conceder esta medida alternativa, los cuales son:

Que la pena privativa o restrictiva de libertad, impuesta en la sentencia, no exceda de tres años ²⁷⁰.

Se considera la pena concretamente impuesta en la sentencia, esto es en forma independiente del o de los delitos que se hayan cometido, pudiendo otorgarse este beneficio a quienes hayan cometido diversos delitos, pero que el total de las sanciones impuesta no excedan del límite mencionado.

El reo no debe haber sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito.

Las condenas previas por faltas, no obstan para cumplir con este requisito.

En este requerimiento, entra en juego la institución de la reincidencia. El concepto de reincidencia es amplio y se encuentra tratado en el Código Penal, como agravante, en el artículo 12 en los N° 14, 15 y 16. ²⁷¹

La doctrina comúnmente distingue una reincidencia “propia o verdadera” (Art. 12 N° 15 y 16), la que consiste en la reiteración de la comisión de un delito por parte de aquel que había sido condenado antes y había cumplido la pena impuesta, y reincidencia “impropia o ficta” (Art. 12 N° 14), que es aquella en que el condenado en virtud de una sentencia ejecutoriada, comete un hecho ilícito, sin haber cumplido la condena anteriormente impuesta. A su vez, la reincidencia “propia” se divide en “genérica” (N° 15), y “específica” (N° 16). Ambas se diferencian en cuanto a que la primera requiere que el delito cometido y por el cual el autor ha sido condenado, no sea de la misma especie que el cometido con posterioridad y a la segunda, sí requiere que los hechos punibles sean de la misma naturaleza.

Entre las dos instituciones analizadas, reincidencia y remisión, surgen algunas controversias, fundamentalmente debido a la poca claridad de la ley a este respecto. Uno de los aspectos problemáticos más relevantes, resulta del hecho que esta medida alternativa requiere del cumplimiento material efectivo de la anterior condena, por lo que un sector de la doctrina y jurisprudencia estima que si se había otorgado un beneficio de suspensión condicional en la condena anterior, no podría considerarse como un cumplimiento efectivo, por lo que debería rechazarse la reincidencia y

otorgarse la remisión condicional ²⁷². Otro sector de exponentes, como MARIO GARRIDO MONTT, opina que el artículo 28 de la ley es suficientemente claro al señalar que, una vez transcurrido el plazo de observación y sin que se haya revocado la medida, la pena privativa o restrictiva de libertad se tendrá por cumplida,

²⁷⁰ La ley 7.821, del 29 de agosto de 1944, exigía que la pena impuesta no superara el año, con posterioridad, la ley 17.642 de 1972, estableció como requisito de la remisión condicional, que la pena no exceda de tres años.

²⁷¹ El Art. 12 del C.P. en sus N°s 14, 15 y 16 dispone: “Son circunstancias agravantes: 14. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento. 15. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena. 16. Ser reincidente en delito de la misma especie.”

²⁷² (38) KUSEMULLER, CARLOS adhiere a esta postura y cita un fallo, en el cual participo en la redacción como abogado integrante (Gaceta jurídica 196, Pág. 146), en la separata del curso lectivo 1998 de Derecho penal “Reincidencia en el Código Penal”. 1998. Pág. 19.

por ende, habría reincidencia ya que se considera que la pena se cumplió. Es importante recalcar, que el espíritu del artículo 28, pretendía asumir el efecto del artículo 3 de la ley 7.821 y como señala CARLOS KUSENMULLER, al referirse a los antecedentes históricos de la remisión condicional, “no se cuenta con ningún dato que permita atribuir a la declaración sobre cumplimiento de la pena suspendida, la manifestación de un propósito legislativo vinculado al establecimiento en tal caso, de una reincidencia jurídica, por lo que resulta huérfana de sustentación la tesis

que la acepta.”²⁷³ . En todo caso, es dable aclarar, que actualmente gran parte de la doctrina considera la reincidencia como una institución arcaica, que revela reminiscencias del derecho penal de autor, lo que se contrapone con los principios rectores de nuestro ordenamiento penal.

Que de los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir.

El análisis, que el legislador pretende que efectúe el tribunal consiste en determinar el grado de peligrosidad que pueda tener el penado, entregándole algunos criterios rectores, de modo que evalúe en conciencia los antecedentes de que dispone, para determinar si se cumple o no con el requisito pedido.

Que de las circunstancias indicadas en el artículo 4 letras b y c, de la ley 18.216, esto es la reincidencia y los antecedentes personales del condenado, el tribunal pueda concluir que es innecesario el cumplimiento efectivo de la pena o un tratamiento.

Esta exigencia, introducida en la ley 18.216, permite al tribunal estimar si es conveniente la aplicación de esta medida o si considera que es mejor la aplicación de otra.

Plazo y condiciones.

Si es concedida esta medida, el tribunal debe establecer en la misma sentencia el plazo de observación del sujeto beneficiado. Este plazo, según lo dispuesto en el artículo 5, no podrá ser inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y un máximo de tres años.

Además se le imponen al condenado, las siguientes condiciones:

Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesta por el condenado. En casos especiales, ésta podrá ser cambiada, según calificación efectuada por la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile.

La obligación de residencia, según comenta ETCHEBERRY²⁷⁴, no implica una prohibición absoluta de abandonar el lugar determinado, ya que si fuese así estaríamos frente a una pena de relegación. La obligación de residencia permite breves ausencias, siempre y cuando se respete el régimen de presentación periódica, al establecimiento de gendarmería que corresponda.

Sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el Reglamento.

²⁷³ (38) Ob. cit. KUSEMULLER, CARLOS. Pág.22.

²⁷⁴ (20) Ob. Cit ETCHEBERRY, A. Tomo II. Pág. 203.

Esta sección de Gendarmería, se denomina, Centro de Reinserción Social (CRS), y según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la ley 18.216, el beneficiado deberá presentarse en el término fijado por el tribunal y deberá seguir concurriendo una vez al mes, con el objeto de firmar o estampar su huella dactiloscópica derecha si no sabe o no puede firmar, tanto en el libro, como en el registro cronológico de la remisión condicional de la pena.

En el ejercicio de su labor de control, los C.R.S, solicitarán anualmente, del Servicio de Registro Civil e Identificación, un certificado de antecedentes prontuarios del beneficiado con la medida.

Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determinará el CRS, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee la calidad de estudiante.

Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales.

Respecto a este requisito, remarca ETCHEBERRY²⁷⁵, que en atención a lo expuesto en el art. 49 del C.P, el sancionado por multa, que no tuviere bienes para satisfacer la pena, sufrirá por vía de sustitución o apremio la pena de reclusión hasta por seis meses, lo cual ciertamente se opone a los objetivos trazados por la ley al conceder este beneficio.

Quebrantamiento de las Condiciones:

Si el beneficiado incumple alguna de las condiciones, dentro del período de observación, el CRS debe solicitar al tribunal que otorgó la medida, que se revoque la suspensión de la pena. El tribunal, según lo estime conveniente, puede optar entre, que se cumpla la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta o se convierta en reclusión nocturna.

En caso de revocación de la medida y conversión de ésta, se debe considerar el tiempo que el condenado haya estado sujeto a prisión preventiva.

Normas especiales.

El artículo 13 de la Ley 18.216 dispone que si la medida alternativa de remisión condicional de la pena se impusiere al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros mientras estén en servicio, se observarán las normas siguientes:

En el caso de aplicarse la remisión condicional de la pena, el control administrativo y la asistencia del sujeto se ejercerá por el juez institucional respectivo, quien podrá delegar tal facultad en la autoridad que estime conveniente y que corresponda a la institución a que pertenece el beneficiado, como asimismo, solicitar se revoque la suspensión de la pena, en caso de incumplimiento;

Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas en la sentencia, en los términos señalados en la letra d) del artículo 5. Se entenderá que concurren las condiciones señaladas en las letras a) y c) del artículo 5, por el solo hecho de permanecer el beneficiado en servicio.

Si el beneficiado deja de pertenecer a la institución durante la época de cumplimiento de alguna de las medidas establecidas en este Título, el tiempo de

²⁷⁵ Ob.cit ETCHEBERRY, ALFREDO; Tomo II; Pág. 203.

sujeción a la vigilancia del juez institucional o de permanencia en reclusión nocturna en la unidad militar o policial correspondiente, se computará como período sometido a la vigilancia de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile o como tiempo cumplido en un establecimiento penal, según el caso. Este tiempo le será computable, además, para los efectos previstos en el artículo 2, letra d), del Decreto Ley No. 409, de 1932. El lapso que reste, se cumplirá de acuerdo con las normas generales.

4.2. Libertad Vigilada.

Concepto y objetivos:

El artículo 14 de la Ley 18.216 establece que, la libertad vigilada consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

Caracteriza a esta medida, la sujeción del beneficiado a un régimen de libertad a prueba, con una asistencia mucho más intensa que en la remisión condicional. El condenado, se encuentra en una relación de vigilancia permanente, de parte de un Delegado de Libertad Vigilada.

La libertad vigilada es un proceso sistemático de reinserción social, en el que se pretende que el penado no sea excluido de su medio habitual siendo inmerso en un sistema penitenciario, con lo que se evitaría un deterioro psico-social y probabilidades de contagio criminógeno.

Los objetivos de la Libertad Vigilada, son fundamentalmente:

Establecer una relación del Delegado con el beneficiario de la medida, que se caracterice por ser personalizada, por desarrollarse en un clima de confianza e incentivar el auto desarrollo del sujeto.

Lograr una participación activa de la comunidad en la recuperación social del usuario, fundamentalmente mediante la acción del Delegado, quien ha de articular los recursos disponibles de la comunidad.

Atenuar la estigmatización del condenado mediante la acción en terreno del mismo.

De lo anterior, podemos afirmar que esta medida, es una de las que establece una forma de prevención especial más integral, de nuestro sistema penal. Esta medida se encuentra destinada a tratar al sujeto en su entorno habitual, evitando los efectos nocivos de la desocialización y prisionización, en relación con la persona del reo como también los efectos perjudiciales que la familia se ve obligada a soportar.

El modelo de intervención diferenciada.

Desde el año 2000 en 30 CRS se están aplicando a los adultos sujetos al régimen de libertad vigilada, el "Modelo de Intervención Diferenciada", un sistema que permite intervenciones personalizadas según el perfil psicológico, social y criminológico de la persona.

Sin pretender un análisis exhaustivo del modelo, esbozaremos sus características esenciales, debido a ser un sistema de rehabilitación complejo y bastante integral.

El sistema de intervención diferenciada se caracteriza por utilizar una serie de teorías criminológicas, sociológicas y psicológicas que permiten una intervención científica e individualizada del sujeto beneficiado con la medida de libertad vigilada.

Este sistema de tratamiento, pretende una mayor rehabilitación y reinserción del beneficiado, estableciendo un conjunto de etapas y niveles que servirán de base para el tratamiento que llevarán a cabo los delegados.

La **primera etapa** es la del ingreso del beneficiado al sistema. En esta fase se entrevista al sujeto y se le dan a conocer sus derechos y deberes.

La **segunda etapa** es la de diagnóstico en la cual se pretende conocer las características del beneficiado, en el plano psicológico, social y criminológico. Se pretende realizar un diagnóstico integral de cada persona sujeta a esta medida, el que determinará cual es el grado de intervención que requiere y los módulos a los que se derivaría.

En **tercera etapa** de intervención, se incorpora a los sujetos a módulo para desarrollar o reforzar la formación de habilidades básicas que les permitan iniciar un proceso de reinserción social y adaptarse a los requerimientos de la medida. Estos módulos son desarrollados por los Delegado de libertad vigilada y pueden ser individuales o grupales dependiendo de las características del beneficiado. Los módulos que se desarrollan son los siguientes:

Módulo de motivación y persistencia : su objeto es mejorar la capacidad del individuo para proyectarse a futuro y planificarse de acuerdo a su realidad en forma mantenida en el tiempo.

Receptividad a la autoridad : se pretende ampliar la cognición del beneficiado en relación con distintos ámbitos de poder y autoridad, a fin de adecuar su comportamiento a las distintas situaciones.

Comunicación : el objeto es potenciar las habilidades comunicacionales del sujeto en su interacción social.

Auto percepción : se pretende mejorar la imagen que tiene de sí mismo el individuo y la que proyecta en la sociedad.

En la **cuarta etapa** de intervención diferenciada se incorpora a los beneficiados a módulos individuales o grupales, dependiendo del diagnóstico efectuado, las necesidades del individuo y del delito cometido. Son tres áreas o módulos los que se pretenden trabajar:

Resolución de conflictos : su objeto es estimular la capacidad para asumir y resolver conflictos cotidianos de la vida diaria, elaborando estrategias para la resolución de acuerdo a sus intereses y expectativas, que le otorguen un correcto desempeño social e individual

Desarrollo del juicio moral : pretende desarrollar el juicio crítico del beneficiado.

Desarrollo de vínculos : reforzar la creación y mantenimiento de vínculos estables y positivos.

La **quinta etapa** está orientado a reforzar los logros adquiridos en las etapas anteriores, profundizar aquellos aspectos detectados y que requieren mayor intervención. Del mismo modo, se pretende desarrollar en el sujeto la capacidad de autogestión y de crecimiento personal. Lo anterior con el objeto de preparar al beneficiado para su reinserción social.

Como se señaló, la labor de los delegados en este nuevo sistema, es de mayor intervención respecto del penado, entendiéndose el sentido de vulnerabilidad en el cual se encuentra el penado en sus relaciones cotidianas, logrando un mayor estímulo de sus potenciales y otorgando posibilidades de mejor desarrollo social. Sin perjuicio de que aun no se puedan obtener resultados nítidos, por el escaso tiempo de aplicación de este sistema, y por lo tanto la imposibilidad de efectuar una evaluación seria, debe considerarse siempre

que estos sistemas de intervención, sean individuales o grupales, no pueden perder de vista, la humanidad del sujeto afecto al sistema y sus derechos esenciales, llegando al punto de instrumentalizarlo en pro de un supuesto bienestar general de la comunidad.

Estos módulos, pretenden atacar los factores en los cuales los delincuentes son más vulnerables y por ello proclives a algún tipo de reincidencia o a un comportamiento desviado. La baja autoestima, la dificultad de comunicación, la escasez de métodos de resolución de conflictos y la baja respetabilidad de las normas, son factores que pueden, en muchos casos influir en el comportamiento infraccional, aunque sin duda, no son factores vinculantes absolutos. Por lo anterior, es que una metodología de trabajo no instrumentalizante, consentida por el penado, y acorde a la realidad social a la que el beneficiado está expuesto, podría conllevar buenos resultados a futuros, sobretodo, para considerar ampliar la aplicación de estas medidas, a penas superiores a cinco años.

Delegado de Libertad Vigilada.

El delegado de libertad vigilada, según lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento de la ley 18.216, son oficiales penitenciarios del área jurídica, social, educacional o de salud, que presten servicios en Gendarmería, quienes están encargados de vigilar, controlar, orientar y asistir, a los condenados que hubieren obtenido este beneficio, a fin de evitar su reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad.

La habilitación para ejercer funciones de delegados, será otorgada por el Ministerio de Justicia. La división de defensa social de esa Secretaría procederá a examinar los antecedentes de los postulantes con el objeto de verificar la idoneidad moral y los conocimientos requeridos.

La idoneidad moral se acreditará mediante la hoja de vida del funcionario, las recomendaciones de los jefes directos y otros antecedentes que el ministerio de justicia estime convenientes.

El postulante deberá acreditar que no ha sido condenado ni se encuentra procesado por resolución ejecutoriada en proceso por crimen o simple delito de acción penal pública. En el caso de los indultados, sólo podrán postular después de cinco años contados desde la fecha del indulto.

Respecto de los conocimientos exigidos, estos se acreditan con la aprobación de un curso de especialización para delegados de libertad vigilada, impartido por Gendarmería y con los certificados de estudios realizados en las áreas correspondientes a salud, social, educacional o jurídica, es decir, los certificados de estudios profesionales o de egreso, expedidos por alguna institución educacional expedida por el Estado, y que corresponda a alguna carrera que dure a lo menos cuatro años

El Ministerio de Justicia podrá celebrar convenios con personas naturales o jurídicas, estatales o privadas, para el control de la libertad vigilada, quienes deberán ejercer este cometido por intermedio de delegados habilitados para el ejercicio de estas funciones.

Las personas naturales que fueren habilitadas para desempeñarse como delegado de libertad vigilada, deben comprometerse a dar cumplimiento a las instrucciones generales y especiales que el Ministerio de Justicia dicte sobre la materia y a remitirle sobre los informes que les solicite para evaluar los resultados del sistema sin perjuicios de las otras obligaciones que les impone la ley y el Reglamento.

Con relación los convenios con personas jurídicas, el art. 28 del reglamento, establece las obligaciones mínimas que deberán contener lo acuerdos. Estas son:

Dar cumplimiento a las instrucciones generales y especiales que el Ministerio de Justicia dicte sobre la materia;

Proponer a dicho ministerio, postulante que cumplan las requisitos generales para ejercer la función de delegados;

Supervigilar el comportamiento y el desempeño de las funciones de los delegados a su cargo e informar al ministerio;

Emitir los informes requeridos por la cartera de justicia para evaluar el cumplimiento y resultados del sistema.

En caso de incumplimiento, de parte de un delegado, de las obligaciones que le impone la ley, el reglamento o el convenio, el Ministerio de Justicia, podrá revocar la habilitación concedida, al igual que en los casos que los funcionarios incurran en conductas que no se compatibilicen con la naturaleza de las funciones que les correspondan.

En caso de que un impedimento, ausencia o cualquiera inhabilidad afecte al delegado en el cumplimiento de sus funciones, la sección de Tratamiento en el Medio Libre, o la persona o entidad con la cual el ministerio hubiere celebrado el convenio, informará al tribunal respectivo, para los efectos de designar un nuevo delegado.

Las funciones que según el reglamento debe ejercer un delegado, respecto del tribunal, son las siguientes:

Informar al tribunal, a lo menos semestralmente o cuando éste lo solicite, sobre el comportamiento y la evolución de las personas sometidas a su vigilancia y orientación.

Solicitar, cuando corresponda, mediante informe fundado, la reducción del plazo de la medida, su prórroga, o el egreso del beneficiado del sistema, según lo dispuesto en el artículo 18 del reglamento.

Poner oportunamente en conocimiento del tribunal, todo quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas al beneficiado, o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa, a las normas de conducir que él le imparta.

Concurrir, al inicio de la medida, al tribunal de la causa, a fin de reunir la información consignada en el expediente.

Respecto del beneficiado, los delegados deben cumplir con las siguientes obligaciones:

Establecer contacto directo con el beneficiado, en los lugares donde habitualmente se desenvuelve, extendiendo su acción a la familia y a la comunidad misma, por medio de entrevistas y visitas;

Establecer vínculos con la comunidad que faciliten la aceptación del beneficiado y consecuentemente su resocialización;

Diseñar un programa individual de intervención tendiente a su resocialización formulando objetivos y metas de corto, mediano y largo plazo, y

Evaluar y controlar permanentemente el cumplimiento por parte del beneficiado, de los programas y demás directrices que le hayan señalado, efectuando los ajustes necesarios.

Con relación, a la organización administrativa del sistema, el delegado deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

Mantener un registro individual de la evolución de cada caso, consignando las acciones realizadas, entrevistas, visitas a terreno, trámites, etc;

DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PARTICULAR.

Participar en las reuniones técnicas de trabajo y en las discusiones de los casos en el Consejo Técnico cuando corresponda, y

Formular, ejecutar, evaluar e informar programas de tratamientos grupales necesarios para el funcionamiento de la medida y otras técnicas, propias para el funcionamiento de la medida y otras acciones técnicas, propias de sus especialidad, para beneficio del sistema.

Por último, según lo señalado en el art. 34 del reglamento, cada delegado de libertad vigilada tendrá a su cargo treinta beneficiados como máximo. Sin embargo, la realidad de los delegados provisionales no escapa a la de los centros penitenciarios cerrados, en cuanto a la sobre población atendida, lo cual debe considerarse, a la hora de evaluar el buen funcionamiento del sistema, al igual que los medios materiales con los cuales cuentan estos funcionarios, para cumplir con sus funciones.

Tabla N°32

REGIÓN	TOTAL USUARIOS	% REC. R.C.	% REC. PNOC.	% L. V	% TOTAL NACIONAL	N° DELEGADOS	% TOTAL DELEGADOS	USUARIOS L.V POR DELEGADO.
I	1.095	86%	0%	14%	5%	6	6%	25
II	934	83%	5%	11%	4%	2	2%	52
III	367	72%	0%	28%	25%	2	2%	51
IV	983	80%	0%	20%	4%	6	6%	32
V	2.316	83%	2%	15%	10%	12	11%	29
VI	844	61%	0%	39%	4%	9	8%	36
VII	1.314	80%	0%	20%	6%	10	9%	27
VIII	2.436	80%	0%	20%	10%	15	14%	33
IX	703	79%	0%	21%	3%	5	5%	30
X	1.512	79%	0%	21%	6%	9	8%	35
XI	157	73%	0%	27%	1%	1	1%	42
XII	382	88%	0%	12%	2%	2	2%	23
RM	10.384	89%	0%	11%	44%	30	28%	37
TOTAL NAC.	23.424	84%	0%	16%	100%	109	100%	33

276

Número de delegados de libertad vigilada por región

²⁷⁶ En el cuadro expuesto “se presenta el número total de usuarios por región, su composición en cuanto a las medidas alternativas bajo las cuales se encuentran los usuarios, la proporción del número global de usuarios del total nacional, el número de delegados por región y el porcentaje que representa del número total de delegados en el nivel nacional y el número de usuarios de libertad vigilada por delegado. Esta última razón es un estimado de la carga de trabajo de los delegados, ya que los usuarios de libertad vigilada son lo que más tiempo y dedicación requieren de los delegados. Para poder enfrentarse a esta cantidad de usuarios, se ha comprobado que algunos CRS realizan una clasificación informal de los usuarios, decidiendo cuáles están necesitados de asistencia, quedando sólo estos sujetos a algún tipo de programa. De esa clasificación informal resulta que usuarios de remisión condicional, quienes no tienen la obligación legal de someterse a tratamiento, participan voluntariamente en programas desarrollados por el CRS y, por el contrario, una pequeña proporción de usuarios de la libertad vigilada, que por ley están obligados a quedar bajo un tratamiento intensivo e individualizado, quedan únicamente obligados a presentarse cada cierto tiempo al CRS o a asistir mensualmente a una reunión de grupo con el delegado de libertad vigilada, lo que en ningún caso constituye forma alguna de tratamiento. Así muchos CRS clasifican, informalmente, a los distintos usuarios en dos grandes grupos: Los que no necesitan apoyo: estos usuarios pueden en forma voluntaria, quedar sujetos a un programa de desarrollo para individuos con bajo requerimiento. Se trata de un programa que se estructura de acuerdo a las necesidades personales de cada usuario y según el nivel de compromiso y dedicación que éste

Requisitos.

El tribunal sentenciador se encuentra facultado para conceder el beneficio, si se cumplen los requisitos indicados en el art. 15, lo cuales son:

Que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria sea superior a dos años y no exceda de cinco.

Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y

Que los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. Si dichos informes no hubieren sido agregados a los autos durante la tramitación del proceso, el juez de la causa o el tribunal de alzada los solicitarán como medida para mejor resolver. Estos informes serán evacuados por el organismo técnico que determine el reglamento.

Plazo del tratamiento.

El plazo de tratamiento y observación que debe fijar el tribunal no puede ser inferior al de la duración de la pena impuesta, con un mínimo de tres años y un máximo de seis años.

Según lo dispuesto en el reglamento y en la ley, el delegado de libertad puede proponer al juez, por una sólo vez, y fundadamente la prórroga del periodo de observación y tratamiento hasta por seis meses, siempre que el total del plazo no exceda de seis años, máximo establecido en la ley para la aplicación de esta medida. Del mismo modo, puede proponer la reducción del plazo, siempre que el total del período de tratamiento no sea inferior a tres años. El delegado también puede proponer, fundadamente el egreso del beneficiado del sistema, al tribunal.

El juez competente se encuentra facultado para acoger o rechazar dicha solicitud. La resolución dictada al respecto por el tribunal será consultada a la corte de apelaciones respectiva para su resolución definitiva.

Condiciones.

El art. 17 la ley dispone las obligaciones a las que queda sujeto el beneficiado, durante el periodo de tratamiento y observación:

Residencia en un lugar determinado, la que podrá ser propuesta por el condenado, pero que, en todo caso, deberá corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada²⁷⁷. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo;

está dispuesto a sumir. En la práctica, generalmente se limita a una reunión de grupo mensual con un delegado. Los delegados dedican muy poco tiempo a estos usuarios, reduciéndose, generalmente, a asistir a estas reuniones mensuales. Los que necesitan más ayuda o "población de alto riesgo": representan el 20 o 30 % del total de la población. A estos destina el CRS principalmente sus recursos." (37) JUSTE MARIA ANTONIA; MERTZ CATALINA; MERY RAFAEL. Medidas Alternativas a La Reclusión: La Experiencia De Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra. 1998. Págs. 157 y 158.

²⁷⁷ El Art. 32 del Reglamento establece que el Ministerio de Justicia confeccionará y distribuirá a cada Corte de apelaciones del país, una nómina de las personas habilitadas para desempeñarse como delegados de libertad vigilada dentro de sus respectivos territorios jurisdiccionales, según sea el domicilio que hubieren fijado al efecto. En dichas nóminas se individualizarán a las personas

Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término del período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad;

Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante;

Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, en virtud del art. 5 letra d y

Reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito. En el evento de que el condenado no la haya efectuado con anterioridad a la dictación del fallo, el tribunal hará en él, para este solo efecto, una regulación prudencial sobre el particular. En tal caso, concederá para el pago un término que no excederá del plazo de observación y determinará, si ello fuere aconsejable, su cancelación por cuotas, que fijará en número y monto al igual que las modalidades de reajustes e intereses. El ofendido conservará, con todo, su derecho al cobro de los daños en conformidad a las normas generales, imputándose a la indemnización que proceda lo que el procesado haya pagado de acuerdo con la norma anterior.

Asimismo durante el período de libertad vigilada, el juez podrá ordenar que el beneficiado sea sometido a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que aparezcan necesarios.

Quebrantamiento de las condiciones.

El art. 19 de la ley en comento dispone que el quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultarán al tribunal, sobre la base de la información que éste le proporcione en conformidad con el art. 23, para revocar el beneficio, en resolución que exprese circunstanciadamente sus fundamentos. En tal caso, el tribunal dispondrá el cumplimiento de las penas inicialmente impuestas o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna.

El tiempo de observación no se imputa a cumplimiento de la condena.

4.3. Reclusión Nocturna.

Concepto y objetivos.

A diferencia de la medidas antes analizadas, la reclusión nocturna no importa una suspensión de la pena, sino que implica el cumplimiento efectivo de la condena, sólo que de una forma más atenuada. El beneficiado, efectivamente se ve privado de su libertad ambulatoria, pero sólo por algunas horas durante la noche.

El artículo 7 de la ley 18.216, define la reclusión nocturna como una medida consistente en el encierro del beneficiado en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente.

con sus domicilios y se indicará, en los casos que fuere procedente, el servicio o la institución a la cual pertenecen. Las nóminas serán mantenidas debidamente actualizadas por es secretaria de Estado.

El objetivo de esta medida, es evitar el contagio criminógeno inherente a los recintos de cumplimiento cerrado, la pérdida de contacto con el medio social, laboral y familiar que habitualmente rodea al condenado, y disuadirlo de la comisión de nuevos delitos encerrándolo en las noches.

La reclusión nocturna, también se diferencia de las otras medidas contempladas en la ley 18.216, en que ésta no contempla tratamiento, ni tutela por parte de funcionarios de Gendarmería. No existe asistencia de ningún tipo, simplemente consiste en la reclusión voluntaria del beneficiado, quien todos los días debe ingresar a la hora señalada al recinto ²⁷⁸. Del cumplimiento estricto de este requerimiento depende el mantenimiento del beneficio.

Cabe hacer notar, que en esta medida prima la confianza por parte del ordenamiento hacia el beneficiado, quien no está sujeto a control alguno por parte de la autoridad. Su conducta debe ser voluntaria, al ingresar todos los días del período de cumplimiento al recinto especial y la infracción a este deber, es decir el mal uso de la confianza otorgada, será sancionada con alguna otra medida más estricta en cuanto a la vigilancia.

Requisitos.

Para que sea otorgada esta medida por el tribunal, deben concurrir los siguientes requisitos, indicados en el artículo 8 de la ley 18.216:

Que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no exceda de un año.

Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o si lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que esta no haya excedido de dos años, y si a sido condenado más de una vez, que el total no exceda de dicho límite. El carácter de cumplimiento atenuado y no importar una suspensión de la pena, flexibiliza el criterio del legislador en cuanto permitir que reincidentes puedan optar a un encierro atenuado.

Que los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos.

El art. 12 se remite al art. 5 letra d señalando que los condenados a reclusión nocturna deberán satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. Son aplicables las mismas reglas que en el caso de la remisión nocturna, por lo que nos remitimos a lo señalado en esa oportunidad.

Conversión de la pena:

Al ser una medida de cumplimiento efectivo, se contempla en la ley una regla por la cual cada noche de reclusión se equipara a un día completo de cumplimiento de la pena de privación de libertad.

Suspensión de la reclusión nocturna:

²⁷⁸ El Reglamento, en su art. 8 inc. 4 dispone que cuando circunstancias especiales lo requieran y a petición expresa del beneficiado, el jefe del respectivo establecimiento podrá autorizarlo para que permanezca en el recinto entre las 18:30 y las 7:30.

La ley contempla casos en los cuales se suspende el cumplimiento de la reclusión nocturna, por considerarse que en esas circunstancias resultaría imposible concurrir a los centros o que de concurrir, esto conlleva efectos perjudiciales para el beneficiado.

La suspensión opera en los siguientes casos:

Embarazo y puerperio coincidente con los períodos indicados en el artículo 195 del Código del Trabajo.

Enfermedad, de invalidez o de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o lo transformaren en extremadamente grave.

El tribunal sólo a petición de parte y exclusivamente por el tiempo que durare el impedimento, podrá suspender el cumplimiento de la reclusión nocturna, o bien decretar alguna de las siguientes medidas sustitutivas:

Arresto domiciliario nocturno, en los términos a que alude el art. 7 de esta ley.

Prohibición de salir de la comuna en la cual resida el condenado o del ámbito territorial que fije el tribunal, el cual, no obstante, podrá autorizar la salida temporal en caso de enfermedad o muerte del cónyuge o de hijos u otros parientes por consanguinidad

Tratándose de condenados que tuvieren más de setenta años, el tribunal, sólo a petición del condenado y por todo el tiempo que restare para el cumplimiento de la reclusión nocturna, podrá decretar alguna de las medidas sustitutivas mencionadas.

Estas medidas no podrán decretarse sin previa acreditación de los respectivos impedimentos o circunstancias por el Servicio Médico Legal o por el Servicio de Registro Civil e Identificación, en su caso.

Por otra parte, el tribunal no podrá denegar la solicitud del condenado o decretar una medida distinta de la específica solicitada, sino por resolución fundada.

El cumplimiento de las medidas sustitutivas mencionadas será controlado en la forma que determine el tribunal.

Quebrantamiento:

En caso de quebrantamiento grave o reiterado y sin causa justificada de la medida de reclusión nocturna, el tribunal de oficio o a petición de Gendarmería, procederá a revocarla, disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido.

f) Normas especiales.

El art. 13 de la Ley 18.216 dispone que si la medida alternativa de reclusión nocturna se impusiere a personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros mientras estén en servicio, se observarán las normas siguientes:

Esta medida se cumplirá en la unidad militar o policial a que pertenece el beneficiado.

Se deberá satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas en la sentencia, en los términos señalados en la letra d del art. 5 de la ley 18.216.²⁷⁹

Se entenderá que concurren las condiciones señaladas en las letras a y c del art. 5, por el solo hecho de permanecer el beneficiado en servicio.²⁸⁰

Si el beneficiado deja de pertenecer a la institución durante la época de cumplimiento de alguna de las medidas establecidas en este Título, el tiempo de sujeción a la vigilancia del juez institucional o de permanencia en reclusión nocturna en la unidad militar o policial correspondiente, se computará como período sometido a la vigilancia de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería o como tiempo cumplido en un establecimiento penal, según el caso. Este tiempo le será computable además, para los efectos previstos en el art. 2 letra d del D.L. N.º 409 de 1932. El lapso que reste se cumplirá de acuerdo con las normas generales.

5. Conclusiones.

La pena privativa de libertad esencialmente es una pena de carácter aflictivo. El Estado en virtud de su poder punitivo vulnera un bien esencial del hombre en pro de la protección de la sociedad. Sin embargo, la propia finalidad del Estado lo obliga a que esta aflicción sea la estrictamente necesaria.

Por otra parte la pena privativa de libertad plantea en su práctica un serie de consecuencias contrarias a la finalidad social de la pena y al principio garantista que rige a los Estados de Derecho.

Es entonces que, de la confluencia del principio de *última ratio* y de los problemas que en sí acarrea la pena privativa de libertad, surgen las denominadas medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

No está demás añadir, que en general estas medidas son muy bien vistas en cuanto a sus menores costos económicos y resultados favorables.

Nuestro país no queda ajeno a estos beneficios y nuestro ordenamiento jurídico también contempla este tipo de medidas, las cuales analizamos en este capítulo.

A pesar de las tantas bondades analizadas de las medidas alternativas debemos recalcar la poca predilección de nuestro legislador por éstas. Lo cual no solo se demuestra por lo reciente de su implementación si no que también por las pocas variables que la sustitución de la pena privativa de libertad presenta en nuestra legislación.

²⁷⁹ El Art. 5 letra d de ley 18.216 dispone: "Al conceder este beneficio, el tribunal establecerá un plazo de observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y máximo de tres, e impondrá las siguientes condiciones que el condenado deberá cumplir: d) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales."

²⁸⁰ El Art. 5 letras a y c de ley 18.216 disponen: "Al conceder este beneficio, el tribunal establecerá un plazo de observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y máximo de tres, e impondrá las siguientes condiciones que el condenado deberá cumplir: Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesta por el condenado. Esta podrá ser cambiada, en casos especiales, según calificación efectuada por la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile. c) Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determinará la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante."

Es así como son solamente dos las medidas alternativas que contempla la ley 18.216: la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada. La reclusión nocturna, la consideramos una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo pero atenuado. La reclusión nocturna es una medida que intenta absorber esencialmente las penas privativas de corta duración y las libertad vigilada alguna parte de las denominadas de larga duración.

Aunque la poca imaginación de nuestro legislador penal y la poca libertad otorgada a los órganos jurisdiccional, han sido una constatación histórica, el mayor atentado con respecto a estas penas se encuentra en la mala aplicación práctica de las medidas, lo que conlleva a que no se le dé el lugar que realmente merecen en el sistema penal. Es así como por ejemplo, resulta el mal funcionamiento de la libertad vigilada debido esencialmente a los sobrepasados que se encuentran los delegados en relación con el gran número de beneficiados a su cargo o lo ilusorio de la vigilancia en la remisión condicional de la pena, la cual en la práctica se limita a la comparencia y firma del beneficiado una vez al mes.

Resulta alarmante, el desdén de la administración con relación a estas medidas, primándose siempre la reclusión en todos los estadios de la pena. La manifestación moderna del derecho penal, apunta en un primer lugar a la sustitución de la pena privativa de libertad y no así a su fortalecimiento.

Consideramos que la mayor cuestión planteada en torno a estas medidas, es la clara división presentada entre la concepción antigua retribucionista de nuestro legislador, y una concepción moderna por parte de la doctrina en torno a la finalidad social de la pena y a la finalidad del derecho penal. Son entonces estas medidas, las que resultan ser la proyección clara de una retrasada división político-criminal de un sistema en vías de innovación.

CAPITULO X:

CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA.

Introducción:

La responsabilidad penal de un condenado finaliza, generalmente ²⁸¹, una vez que ha cumplido efectivamente con la condenada de privación de libertad ²⁸² o con el tiempo de observación de los sustitutos de la ley 18.216.

A pesar que la responsabilidad penal concluya y que a lo menos en teoría se hayan cumplido los fines de la sanción, las consecuencias jurídicas y extra-jurídicas de la pena siguen surtiendo efecto.

²⁸¹ Como lo vimos en el capítulo II existen otras formas de extinguir la responsabilidad penal, tales como la muerte del condenado, la prescripción, el indulto, la amnistía.

²⁸² Dentro del cumplimiento efectivos, consideramos para estos efectos también a aquellos reclusos que terminaron su condena en el sistema libre, beneficiados por alguna de las medidas de reinserción social (libertad vigilada, salida controlada al medio libre etc.)

Respecto de las consecuencias extra-jurídicas, se deben subrayar la estigmatización, el deterioro físico y psicológico, detrimento de los lazos familiares etc. Todas consecuencias de una condena extremadamente lesiva, de un sistema penitenciario poco respetuoso del ser humano y de la indeferencia de la política criminal ante la realidad carcelaria.

Sin embargo, a pesar del nefasto panorama que puede enfrentar un ex-reo, éstos no son las únicas consecuencias que debe soportar. A saber, es nuestro propio ordenamiento jurídico quien le impone al sujeto una serie de cargas, que en nada le ayudan a la pretendida reinserción social. Nos referimos esencialmente a lo que acontece con los antecedentes penales del recluso, los que simbolizan de forma más nítida la estigmatización y exclusión social que produce la cárcel.

Debe considerarse también, que el tratamiento penitenciario no finaliza, en muchos casos, al terminar el tiempo de la condena, sino que se prolonga a través del denominado “tratamiento post-penitenciario”, cuya responsabilidad recae en Gendarmería de Chile.

De estos tres grandes grupos de consecuencias expuestas, solamente nos detendremos en el estudio de dos de ellas. A saber, las consecuencias jurídicas y el tratamiento post-penitenciario.

Patronato Nacional de Reos.

La división de Gendarmería a cargo del período post-penitenciario es el denominado “Patronato Nacional de Reos”.

Esta unidad, dependiente de Gendarmería tiene como objetivo brindar apoyo postpenitenciario a los condenados que egresan, por medio de la implementación de programas y proyectos sociales.

El “Patronato Nacional de Reos” de Santiago y los demás “Patronatos de Reos” del territorio nacional fueron creados en virtud del Decreto N° 542, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 27 de febrero de 1943.

El Patronato Nacional de Reos es una Sección dependiente de la Dirección General de Prisiones y estará integrado por un Consejo compuesto²⁸³:

Por el Director Nacional de Gendarmería, que será Presidente efectivo del Patronato Nacional.

Por un Juez del Crimen del departamento de Santiago y un miembro del Instituto de Ciencias Penales, que serán designados por el Presidente de la República.

Por el Secretario General de Prisiones, que hará de Secretario.

Por el Médico Director del Instituto de Criminología de la Dirección General de Prisiones.

Por el Abogado Asesor de los Servicios de Prisiones.

Por la Visitadora Social Jefe de la Dirección General de Prisiones, que hará de Tesorero.

Por dos miembros de libre elección del Presidente de la República.

²⁸³ El Decreto N° 542, hace mención al Servicio de Prisiones, nombre anteriormente usado para referirse al actual Servicio de Gendarmería de Chile. Muchos de los cargos, revisten otra denominación al crearse la Ley Orgánica de Gendarmería, la cual modificó el antiguo sistema de administración penitenciaria.

En todos los establecimientos penales del país habrá un Patronato de Reos dependiente del Patronato Nacional.

Los objetivos de los "Patronatos" son:

Prestar protección material y moral a los detenidos, a los condenados privados de libertad o en libertad condicional, a los egresados, a los ofendidos y a sus familiares, proporcionándoles medios de trabajo y procurándoles atención social, educacional, física, médica y cultural.

Velar porque el beneficio de la libertad condicional sea otorgado sólo a aquellos reclusos que realmente lo merecen.

Cuidar que los condenados en libertad condicional cumplan sus obligaciones en forma que no signifiquen un peligro para la sociedad, para cuyo efecto cooperarán con el Tribunal de Conducta respectivo, de acuerdo con los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 37 y 38 del Reglamento sobre Libertad Condicional.

Buscar trabajo a los condenados que van a salir en libertad, para lo cual se enviará oportunamente, a la Oficina del Trabajo que corresponda, una lista de éstos con indicación de su profesión u oficio, a fin de que esta Oficina les busque colocación. Los Patronatos pueden exigir a los penados antes de salir en libertad condicional, que adquieran con sus ahorros las herramientas y útiles necesarios.

Procurar que en los establecimientos donde haya talleres trabajen los condenados liberos que no tengan ocupación, sometidos a los reglamentos internos.

Velar porque las personas que estén bajo el control de los Patronatos no sean explotados en su trabajo y obtener que sus patrones guarden reserva respecto de su condición.

Ejercer control sobre sus salarios de modo que su inversión se ajuste atendiendo a su capacidad, a las necesidades de su familia, a la adquisición de útiles de trabajo y a incrementar sus ahorros;

Obtener de los Jefes de talleres, fábricas, industrias, etc., que entreguen semanalmente a las personas expresadas un certificado en formularios que les enviará el Patronato, en que deja constancia de la conducta que éstos hayan observado, de su aplicación y progresos, de los días y horas que falten al trabajo o a las clases y de los atrasos y salidas anticipadas sin permiso. En la misma forma procederán los Directores de las escuelas a que asistan.

Procurar que la Caja de la Habitación Popular les proporcione habitación.

Procurar un uso adecuado para sus horas libres, y

Administrar los fondos provenientes de los ahorros que hagan los condenados en la prisión. Estos fondos se depositarán en la Caja de Ahorros a nombre de cada condenado y sólo se podrá girar sobre ellos con la autorización del condenado y con el visto bueno del Jefe del establecimiento penal, en los siguientes casos:

Para adquirir las herramientas y los útiles necesarios para el desempeño de alguna profesión u oficio.

Para proporcionar a los imponentes lo necesario para su sustento y el de su familia si la tuvieren. Una vez que el imponente cumpla su condena se le entregará el saldo que quede a su favor.

Tratamiento post-penitenciario.

La labor post- penitenciaria que realiza el patronato nacional de reos o PANAR, incluye a todas aquellas personas que se encuentran en el proceso de Eliminación de Antecedentes, son beneficiarias de la Libertad Condicional, de los Indultos Conmutativos o están postulando a los beneficios intrapenitenciarios.

PANAR elabora y ejecuta una serie de programas de reinserción social en los Patronatos Locales, en los Centros de Reinserción Social y en los penales cerrados

Los proyectos que actualmente lleva a cabo esta unidad de Gendarmería de Chile son los siguientes:

Proyecto de Panadería y Repostería: tiene por objetivo entregar técnicas y hábitos laborales que permitan a las personas, terminada la condena, contar con una herramienta que les de sustento económico nuevamente en el medio libre. Los lugares en que se lleva a cabo este proyecto son:

Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina I.

Centro de Cumplimiento Penitenciario Buín.

Centro de Detención Penitenciaria Maullín.

Centro de Detención Penitenciaria Río Negro.

Centro de Detención Penitenciaria Río Bueno.

Programa de Nivelación Básica y Media para Trabajadores: El objetivo de este programa es coayudar al proceso de rehabilitación a través de la educación formal. Este programa se logra a través de un convenio con el Ministerio de Educación, el cual permite a personas que cumplen condena y que se encuentran trabajando, completar la enseñanza básica una vez que han alcanzado los objetivos educacionales en tres áreas de aprendizaje: comunicacional y lenguaje, cálculo y representación del espacio, y ciencias integradas. En el año 2002, la unidades ejecutoras de este programa y los beneficiados, se verán en la siguiente tabla²⁸⁴:

Tabla N° 33

C.R.S y número de beneficiados atendidos.

Unidad Ejecutora	Nº de beneficiarios
C.R.S. Vallenar	20
C.R.S. Copiapó	30
C.C.P. Colina 1	100
C.P.F. Santiago	30
C.D.P. Santiago Sur	30
C.R.S. Rancagua	30
C.R.S. Curicó	20
C.R.S. Talca	20
C.R.S. Linares	20
C.R.S. Coyahique	20
C.R.S. Chile Chico	20
Total	340

²⁸⁴ Datos obtenidos en [http://www.gendarmeria.cl/\(18/01/04\)](http://www.gendarmeria.cl/(18/01/04))

Además de los programas vistos, cada Patronato local desarrolla sus propios programas en atención a la realidad de penitenciaria de los reclusos o ex-reos a su cargo.

Consecuencias jurídicas.

Registro general de condenas.

El Decreto ley N° 465, publicado en el Diario Oficial de 18 de octubre de 1925, crea el Registro general de condenas.

El artículo 1 del decreto mencionado dispone que: “Créase el Registro General de Condenas sobre la base del prontuario, tarjeta índice e impresión digital, anexo a la Inspección de Identificación de Santiago y bajo la dependencia del Jefe de este Servicio.”

Este registro tiene una sección especial, con el epígrafe “Condena Condicional”, para inscribir esta clase de condenas.

La importancia de este registro radica en que en él constan las todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por delitos y simples delitos, así como por las faltas a que se refieren los artículos 494, N.° 19, y 495, N.° 21, del Código Penal. Se inscribe también la forma como fue cumplida la pena o las causas por que no se cumplió en todo o en parte.²⁸⁵

Los antecedentes expuestos se utilizan para determinar la reincidencia del sujeto por los órganos jurisdiccionales facultados por el decreto²⁸⁶.

²⁸⁵ El Art. 4 del Decreto N° 465, dispone que: “Para los efectos de la inscripción, los tribunales respectivos, dentro del tercero día en que quede ejecutoriada la sentencia condenatoria, remitirán al Gabinete Central de Identificación, copia íntegra de la sentencia certificada por el jefe de la unidad administrativa que tenga a su cargo la administración de causas del tribunal o, en el caso de los juzgados de policía local autorizada por el secretario, acompañando, además, la fotografía e impresiones digitales que haya proporcionado el Gabinete Local de Identificación en las partes donde existe este Servicio.” El Art. 5 del Decreto N° 465, dispone que: “Deberán también comunicar, en su oportunidad, la forma y tiempo en que fue cumplida la pena y si no lo fue en todo o en parte por amnistía, indulto, evasión, libertad condicional u otra causa.” El art. 7 del Decreto N° 465, dispone que: “Los errores u omisiones del Registro, por defecto de los datos remitidos, sólo podrán ser subsanados por orden del juez que dispuso la inscripción de la sentencia, de oficio o a petición de parte.” El art. 8 del Decreto N° 465, dispone que: “Los tribunales con jurisdicción en lo criminal, deberán remitir a la oficina encargada del Registro, dentro de un año, copia íntegra de cada una de las sentencias definitivas y ejecutoriadas que hubieren pronunciado en los últimos diez años.”

²⁸⁶ El art. 2 del Decreto N° 465, dispone que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N.° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados. Cuando el fiscal, el tribunal con competencia en lo criminal o el de policía local, en su caso, necesite conocer en forma urgente los antecedentes del inculpado, requerirá del Servicio de Registro Civil e Identificación, por el medio escrito u oral que estime más conveniente y expedito, la información pertinente. El Servicio de Registro Civil e Identificación estará obligado a proporcionarla de inmediato, usando el medio más expedito y rápido para ello, sin perjuicio de remitir con posterioridad el certificado correspondiente. De esa diligencia se dejará constancia en el registro respectivo. En el caso de los juzgados de policía local, el secretario dejará testimonio en el proceso de la fecha y forma en que se requirió ese informe y, si la respuesta es oral, señalará además su fecha de recepción, la individualización de la persona que la emitió y su tenor.” El art. 6 del Decreto N° 465, dispone que: “Fuera de los fiscales del Ministerio Público, las autoridades judiciales, policiales y de Gendarmería de Chile respecto de las personas sometidas a su guarda y control, nadie tiene derecho a solicitar la exhibición de los datos que se anotan en el Registro. El empleado que en razón de su cargo divulgue las inscripciones, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 246 del Código Penal.”

La reincidencia es una institución penal de mucha relevancia en nuestro sistema y se constituye como una de las principales consecuencias jurídicas de la condena penal.

En el capítulo en que tratamos las medidas contempladas en la ley 18.216, específicamente la remisión condicional de la pena, nos referimos a la reincidencia, siendo válidos los comentarios efectuados en esa oportunidad para el tema que actualmente exponemos.

De manera de hacer una breve recapitulación de lo señalado en esa oportunidad, expondremos que el concepto de reincidencia se encuentra tratado en el Código Penal, como agravante, en el artículo 12 en los números 14, 15 y 16. Gran parte de la doctrina considera que la reincidencia es una institución arcaica, que revela reminiscencias del derecho penal de autor, lo que se contrapone con los principios rectores de nuestro ordenamiento penal. Por lo demás, debe considerarse como una prolongación innecesaria de la pena, ya que a lo menos en teoría, el sujeto finalizaría su responsabilidad penal al cumplir con la pena impuesta por el ordenamiento jurídico.

El prontuario.

Este instrumento es regulado en el Decreto Supremo N° 64, “Sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes”, publicado en el Diario Oficial de 27 de enero de 1960.

Este decreto, especifica, en su artículo primero que: “Prontuario penal es un documento público que da fe de la identidad de una persona y de las anotaciones judiciales que registra.”

El Servicio de Registro Civil e Identificación tendrá a su cargo la filiación de las personas, la apertura, actualización y custodia de los prontuarios penales.

Se procede a filiar y a abrir prontuario penal a las personas declaradas procesados por crímenes, simples delitos y cuasidelitos.

En el prontuario debe señalar las siguientes menciones:

Individualización jurídica de la persona.

Individualización dactiloscópica.

Fotografía,

Anotaciones judiciales.

Los juzgados del crimen o cualquiera otro Tribunal que ejerza jurisdicción en lo criminal enviarán por cualquier medio al Servicio de Registro Civil e Identificación, en tantas como sean las personas afectadas, copia de las siguientes resoluciones, cuando proceda:

Autos de procesamiento.

Revocatorias de autos de procesamiento.

Sobreseimientos definitivos.

Sobreseimientos temporales-

Sentencias absolutorias y condenatorias.

Estas resoluciones se comunicarán al Registro Civil e Identificación una vez que estén firmes y ejecutoriadas. La comunicación está a cargo de Los Tribunales que ejerzan jurisdicción en lo criminal y los de Policía Local.

Asimismo, los Tribunales que ejerzan jurisdicción en materia penal que expidan órdenes de detención, prisión preventiva o aprehensión en virtud de lo dispuesto en las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, del Código Procesal Penal u otras leyes que regulen dichas facultades, deberán enviar por cualquier medio copia de las mismas al Servicio de Registro Civil e Identificación, en el menor tiempo posible. Remitirán, además, copias de las resoluciones que dejen sin efecto dichas órdenes.

El Servicio de Registro Civil e Identificación formará un catastro de las órdenes mencionadas en el inciso anterior, del cual sólo proporcionará información a autoridades judiciales, Ministerio Público, Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería.

Las anotaciones de las sentencias condenatorias que se practiquen en el prontuario penal deberán contener la fecha de la sentencia y la pena aplicada.

Los prontuarios y los datos que se relacionen con éstos serán secretos y sólo se podrá dar informaciones de ellos a los afectados, a las autoridades judiciales, Ministerio Público, Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería .

La eliminación de antecedentes se trata en este mismo decreto. Para los casos de los condenados a penas privativas de libertad, se establece que eliminará una anotación prontuarial en los siguientes casos:

El prontuario haya sido favorecido con una ley de amnistía respecto del delito a que se refiere la anotación. (Art. 8 letra c)

Cuando se trate de faltas, respecto de las cuales han transcurrido tres años desde el cumplimiento de la condena. (Art. 8 letra f)

Cuando se trate de personas sancionadas por cuasidelito, simple delito o crimen, con multa o con pena corporal o no corporal hasta de tres años de duración, y hayan transcurrido diez años, a lo menos, desde el cumplimiento de la condena en los casos de crimen, y cinco años a más, en los casos restantes. (Art. 8 letra g)

Cuando se trate de condenados que hayan cumplido una pena no afflictiva y que a la fecha de la comisión del delito tenían menos de 18 años de edad, se procederá a eliminar la anotación prontuarial desde el mismo momento en que se cumple la condena. No obstante, los menores que tenían menos de 18 años de edad a la fecha de la comisión del delito, que sean condenados con una pena afflictiva, deberán esperar que transcurran tres años desde el cumplimiento de la condena para proceder a la eliminación de dicha anotación prontuarial.(Art. 8 letra h)

Si se trata de faltas y a la persona se le hubiere suspendido la aplicación de la pena, se podrá eliminar su anotación en el prontuario, una vez transcurrido el plazo de tres años que señala el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal.

En todos los casos relacionados con las letras f), g) y h) del artículo 8, se otorgará el beneficio por resolución fundada, sólo a aquellas personas que acrediten irreprochable conducta anterior, mediante los antecedentes que el Director exija, y siempre que la anotación de que se trate sea la única que exista en el prontuario del interesado.

Sin embargo, transcurridos veinte años o más desde el cumplimiento de la pena, el Director del Servicio podrá eliminar de oficio la anotación referente a alguna de las condenas indicadas en las letras f), g) y h) siempre que la anotación de que se trate sea la única que exista en el prontuario del interesado.

El prontuario penal sólo se eliminará:

Cuando todas las anotaciones registradas en él se hallen en alguna de las condiciones indicadas en el artículo 8.

Cuando el prontuario sea favorecido con los beneficios del Decreto Ley N.º 409, de 12 de agosto de 1932.

Por muerte de la persona prontuaria.

La eliminación se ordenará por resolución fundada del Director General del Servicio y se cumplirá mediante la destrucción material del prontuario.

La eliminación de anotaciones prontuariales y de prontuarios se hará a petición de parte. Sin embargo, si los tribunales o autoridades pertinentes no hubieren transcrito al Servicio las resoluciones correspondientes, o por cualquiera otra causa no dispusiere de los antecedentes necesarios para efectuar la eliminación, el interesado podrá requerirla, acompañando los certificados que la justifiquen, por medio de una solicitud dirigida al Director y presentada en el Gabinete Local del lugar de su domicilio.

Estas solicitudes y los antecedentes acompañados tendrán el carácter de secretos y su divulgación será sancionada conforme a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N.º 256, de 1953.

El certificado de antecedentes es un documento público que acredita si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario.

Existen cuatro clases de certificados de antecedentes, los que se diferenciarán con una leyenda transversal en la cual se indicará el objeto del instrumento, a saber:

Para manejar vehículos motorizados.

Para postulantes a ingresar a la Administración Pública, Municipal, Semifiscal, Instituciones de Administración Autónoma, Fuerzas Armadas, Carabineros, Investigaciones y Servicio de Prisiones.

Para fines particulares.

Para fines especiales. Estos certificados contendrán copia íntegra del prontuario penal del solicitante y se otorgarán cuando leyes especiales o reglamentos exijan que el postulante a algún beneficio que ellos contemplen deba acreditar su conducta anterior.

El Director General del Servicio de Registro Civil e Identificación, a petición del interesado y previo informe del Gabinete Central de Identificación y del Fiscal del Servicio, podrá disponer en casos calificados, y por resolución fundada, que se omitan en los certificados de antecedentes una o más anotaciones prontuariales que se refieran a condenas ya cumplidas o indultadas, de acuerdo con las normas siguientes:

En los certificados de antecedentes para manejar vehículos motorizados, sólo podrán ordenar que se omitan anotaciones prontuariales relativas a condenas por delitos de acción privada e infracciones hasta por dos faltas.

En los certificados de antecedentes para ingresar a la Administración Pública, Municipal, Semifiscal, de Administración Autónoma, Fuerzas Armadas, Carabineros, Prisiones e Investigaciones, el Director General podrá ordenar que se omitan anotaciones prontuariales relativas a condenas por delitos de acción privada y cuasidelitos. Podrá, asimismo, ordenar que se omitan de este tipo de certificados las anotaciones por delitos de acción pública que hayan sido indultados de la pena y de la accesoria de inhabilitación para desempeñar oficios o cargos públicos; e infracciones hasta por tres faltas.

En los certificados de antecedentes para fines particulares y para fines especiales, el Director General podrá ordenar que se omitan anotaciones relativas a condenas por toda clase de delitos. Se exceptúan de este beneficio las condenas por los delitos contemplados en los siguientes artículos del Código Penal: artículo 361, número 3; 365; 366; 367; 390; 391, N.º 1; 433; 475; 476, y los delitos contra la seguridad exterior del Estado y contra la soberanía del Estado.

Sin embargo, aun respecto de estos delitos, podrá concederse el beneficio señalado en este artículo siempre que hubieren transcurrido diez años desde la fecha de término del cumplimiento de la condena o del decreto de indulto, y se tratare de una sola anotación.

La anotación en el prontuario de una nueva declaratoria de procesado o condena hará caducar el beneficio concedido en virtud del presente decreto. En tal caso, los certificados que se expidan contendrán todas las anotaciones ordenadas omitir con anterioridad, salvo que el Director del Servicio otorgue nuevamente dicho beneficio, y sólo por una vez más.

Eliminación de antecedentes.

El sujeto que ha cumplido con una sanción penal, ve prolongada las consecuencias jurídicas y extrajurídicas de la pena en los antecedentes que los estigmatizan ante la sociedad como un delincuente.

Jurídicamente, quién cumple su condena no se ve liberado de la carga de ésta sino hasta que hayan transcurrido los plazos y cumplido los requisitos dispuesto en el Decreto Ley N.º 409.

Lo anterior, como ya lo señalamos, trae consecuencias extra-jurídicas de relevancia, ya que el ex-penado, sigue con la estigmatización de delincuente, lo que le imposibilita ciertamente el reinsertarse a la sociedad y lo conduce, en muchos casos a una reincidencia segura.

El Decreto Ley N.º 409, publicado en el Diario Oficial de 18 de agosto de 1932, sobre "Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad" tiene como fundamento asumir las deficiencias expuestas respecto de los antecedentes, de modo de beneficiar al penado en su reinserción social y evitar una eminente reincidencia. Destaca también el rol del Estado en la rehabilitación del penado.

De este modo en la parte considerativa del Decreto se expone lo siguiente: "Que el régimen establecido en las prisiones, que tiende a la regeneración del delincuente, y, como su complemento, al mejoramiento moral y material de su familia, pierde una gran parte de su eficacia por el hecho de que el penado, después de cumplir su condena, queda marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario.

Que, en efecto, esta condición infamante queda anotada en el prontuario que se lleva en el Gabinete de Identificación y, por lo tanto, en su hoja de antecedentes.

Que es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva.

Que, como un medio de levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión, y

Que, por otra parte, el Estado debe velar porque los egresados de las prisiones que estén sin trabajo no carezcan de techo ni de alimentación, y se les ayude en toda forma, como una medida de protección al individuo y de defensa de la sociedad.”

Este decreto beneficia a toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo²⁸⁷, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado.”

Las condiciones requeridas para obtener este beneficio son (art. 2):

Haber observado muy buena conducta en la prisión o en el lugar en que cumplió su condena, cuando se trate de pena de prisión, presidio, reclusión o relegación.

Conocer bien un oficio o una profesión.

Poseer conocimientos mínimos de 4° año de escuela primaria.

Haber estado en contacto con el Patronato de Reos durante dos años, por lo menos, si es primera vez condenado, y cinco años si ha sido condenado dos o más veces, y ser recomendado por este organismo. Donde no exista Patronato de Reos, esta recomendación será hecha por la autoridad administrativa, la judicial y la de Carabineros de la respectiva localidad, una vez transcurridos los mismos plazos señalados, los que se contarán desde la fecha en que los interesados se hayan presentado ante esas autoridades para ser observados. El tiempo que permanezcan en observación ante estas autoridades se tomará en cuenta en caso de que el Patronato de Reos los acoja después bajo su tutela.

No haber sufrido ninguna condena durante el tiempo de prueba y hasta la fecha de dictarse el decreto respectivo.

Quedan exceptuados de las condiciones señaladas de conocer bien un oficio o una profesión o poseer conocimientos mínimos de 4° año de escuela primaria las personas que por su edad o estado físico, según certificado médico, no estén en condiciones de estudiar o trabajar, en cuyos casos y en el que consulta el artículo precedente, será facultativo del Presidente de la República otorgarles o no los referidos beneficios.

La petición para obtener los beneficios señalados en esta ley la hará el interesado al Ministerio de Justicia, de donde se la enviará a la Dirección General de Prisiones para que reúna y remita a ese Departamento los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 2.

Además de las normas mencionadas, esta ley dispone una regulación especial para los egresados de los recintos penitenciarios, de modo que estos no queden en absoluto desamparo al retornar a la libertad.

De esta forma se dispone que, en todas las prisiones de la República, tanto de hombres como de mujeres, se destinará un departamento separado de la población carcelaria para que sirva de dormitorio y comedor a todos los egresados de las prisiones, en cualquier época que hayan cumplido su condena que lo soliciten del Jefe de la respectiva prisión, por carecer de recursos.

²⁸⁷ El Art. 1 inc. 2 del D.L N° 409 señala que: “El decreto que conceda este beneficio se considerará como una recomendación del Supremo Gobierno al Senado para los efectos de la rehabilitación a que se refiere el número 2 del artículo 9 de la Constitución Política.”

Si en cualquiera prisión no hubiere comodidades para establecer este departamento, el Presidente de la República podrá disponer que la Municipalidad respectiva lo proporcione y lo habilite a sus expensas, en las condiciones y con los efectos que él mismo señale. Del mismo modo, podrá obligar a estas corporaciones a que habiliten por su cuenta los locales que funcionen en las prisiones.

La alimentación para estos individuos será la misma que se proporcione a los reclusos en la respectiva prisión y el gasto se cargará al ítem para rancho de reos del Presupuesto del Ministerio de Justicia.

Los individuos que reciban los beneficios expuestos estarán obligados a trabajar gratuitamente durante cuatro horas diarias en labores del establecimiento o en obras municipales o fiscales.

Todo reo condenado que obtenga su indulto o su libertad condicional, recibirá al salir de la prisión, un carné firmado por el Jefe del establecimiento respectivo, el que le servirá de salvoconducto para que la policía no le detenga por el solo hecho de haber estado preso y le preste su protección en todo sentido.

Este mismo carné se dará a los penados que cumplan sus condenas en la prisión y hayan observado en ella muy buena conducta.

5. Conclusiones.

Los efectos de la pena (tanto jurídicos como extra-jurídicos) se siguen manifestando a pesar que la responsabilidad penal haya concluido.

Respecto a los efectos extra- jurídicos se pueden mencionar la estigmatización social, el deterioro físico y psíquico, detrimento de lazos familiares, etc.

Las consecuencias jurídicas son la pervivencia de antecedentes penales y el tratamiento post penitenciario.

El órgano del Estado encargado de regular y de hacer efectivas las consecuencias jurídicas post cumplimiento de la condena, o cuando ésta se cumple de acuerdo a los beneficios señalados en la Ley 18.216, es el servicio de Gendarmería de Chile a través de la División denominada Patronato Nacional de Reos.

Se observa que tanto la composición del Consejo del Patronato Nacional de Reos, así como los fines señalados por el Decreto que lo crea, tienden a la reinserción post cumplimiento de la condena y al tratamiento efectivo post penitenciario, en cuanto a su contenido declarativo.

A pesar de las medidas de carácter legal y administrativo tendientes a la reinserción social del condenado, existen ciertas características del sistema jurídico que impiden que, en la práctica, se concreten dichos fines.

En efecto, el hecho de que subsistan ciertas consecuencias jurídicas de la pena una vez extinguida la responsabilidad penal del condenado, es un efecto lesivo de la pena que la extiende de manera indirecta. La institución de la reincidencia en materia penal, es el efecto más claro de extensión de los efectos de la pena en nuestro sistema jurídico.

La existencia del registro de condenas y del registro prontuario, en el cual constan no sólo los condenas, sino también las encargatorias de reo (esencialmente provisionales) es una reminiscencia del derecho penal de autor, agravada por las

dificultades administrativas y fácticas para que el condenado o el procesado, según sea el caso, obtenga la eliminación de estos antecedentes.

El Decreto N° 64 “sobre prontuarios penales y eliminación de antecedentes” de 1960, señala los requerimientos para la eliminación de antecedentes, estableciendo requisitos bastante estrictos para lograr la eliminación de éstos.

El Decreto Ley N° 409 de 1932, establece ciertos beneficios a los que se puede atener el sujeto que haya cumplido su condena para poder eliminar con mayor celeridad los antecedentes penales referidos. Aún así dicho beneficio se encuentra condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos como el conocimiento de un oficio o profesión y exigencia de escolaridad mínima, y transcurso de tiempo desde el cumplimiento de la condena que son claros reflejos de la pervivencia de los efectos de la pena una vez extinguida la responsabilidad penal.

El hecho de ser concebidas las normas del DL N° 409 como beneficios a otorgarse por la autoridad administrativa, a solicitud de parte, y no como una institución que de pleno derecho le corresponda a quien haya cumplido su condena, y el contemplar dentro de esa misma norma tópicos de reincidencia para determinar el período de tiempo necesario o para acceder a dichos beneficios; en nuestro concepto es un error tanto desde el punto de vista dogmático, al extender más allá de lo razonable los efectos de la pena; como desde el punto de vista práctico, al dejar en poder del sujeto beneficiario del servicio la carga de eliminar sus antecedentes, y la acreditación de las circunstancias que lo hacen acreedor de dicho beneficio.

Si bien el DL N° 409 viene a ser un correctivo de equidad a las normas del DL N° 64, permitiendo acortar los plazos necesarios para obtener la eliminación de antecedentes prontuarios en el caso de haber cumplido la condena; en nuestra opinión, éste no es suficiente en la práctica para lograr los fines señalados en la parte considerativa de la norma. Si se aceptase incluso la necesidad de la institución de reincidencia, ésta iría mucho más allá de lo razonable en la práctica, ya que los sujetos que cumplen su condena no siempre tienen los conocimientos técnicos y los medios económicos para enfrentar los trámites pertinentes a eliminar antecedentes prontuarios. En estos tiempos en que la tecnología facilita que los distintos servicios públicos se encuentren en línea, para compartir información relevante (como es el caso del Servicio de Registro Civil e Identificación) lo menos que se puede exigir dentro del sistema, son mecanismos de eliminación automática de los antecedentes transcurridos los plazos señalados en el DL N° 409, sin mayores condiciones que lo anteriormente señalado.

Es un asunto de política criminal el pasar de una visión de tales normas como beneficio, a las de un derecho que tiene quien ya ha cumplido con la condena conforme la ley. Se extraña voluntad política al respecto para la modificación de las normas relativas tanto a la reincidencia penal, como a la eliminación automática de antecedentes, quedando en nuestra opinión, estériles los esfuerzos por reinsertar al individuo en la sociedad mediante los proyectos de reinserción a cargo de PANAR señalados en este capítulo, y los esfuerzos por humanizar las penas si sus efectos se extienden más allá de lo necesario.

GLOSARIO

ANALISIS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

abrev.	Abreviación
Ad.	adulto
art.	artículo
art. Cit.	artículo citado
bib. o bibliog.	bibliografía
biog.	biografía
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
cap.	Capítulo
CCTV	circuito cerrado de televisión.
cf., cfr.	cinfero, confróntese, compárese
CIDH	Corte interamericana de Derechos Humanos
cit.	citado, citada
cl. o col.	columna
C.O.T	Código Orgánico de Tribunales
C.P.	Código Penal
C.P.C	Código de Procedimiento Civil.
C.P.P	Código de Procedimiento Penal
colec.	colección
comp.	compilador
concl.	conclusión
C.P.R.	Constitución Política de la República de Chile.
correg.	corregido
cuad.	cuadro
def.	definición
dib.	dibujo
D.L	Decreto Ley
doc.	documento
doc. cit.	documento citado
D.S.	Decreto Supremo
D.U.D.H.	Declaración Universal de los Derechos Humanos
. ed. , edic.	Edición
edit.	editor, edición
ej.	ejemplo
etc.	etcétera
Establec./estb.	establecimiento
expr.	expresión
fig., figs.	figuras
abrev.	Abreviación
h., hh.	Hoja, hojas
Hom.	Hombre
ib. o ibid.	Ibídem.
íd.	ídem: lo mismo
imp.	imprensa o impreso
inc.	inciso
incs.	incisos.
intro.	introducción
graf.	gráficos
lib. o l., libs. o ll	libro, libros
L.O.C	Ley Orgánica Constitucional
loc.	locución
loc. Cit	loco citado, locución citada, lugar citado
Mn.	menor
MOP	Ministerio de Obras Públicas
Muj.	Mujer
n.	Nota
N.B.	nota bene, nótese bien
N. del A.	nota del autor

BIBLIOGRAFÍA

AGULEDO BETACOURT, NÓDIER. *Grandes Corrientes del Derecho Penal: Escuela Clásica, El pensamiento jurídico-penal de Francisco Carrara*. Segunda edición. Colombia. Editorial Linotipia Bolívar. 1993. 132 p.

ARANEDA SAGUES, CLAUDIA. *Libertad Vigilada. Memoria de prueba para optar al grado de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales*. Santiago Chile. Universidad Central de Chile. 1996. 175 p.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. *Introducción a la historia del Derecho chileno, i.-derechos propios y derecho común en castilla*. Chile. Ediciones Barroco librerías. 1994. 354 p.

BINDER, ALBERTO. *Política criminal, de la formulación a la praxis*. Argentina. Ediciones Ad-hoc. 1997. 366 p.

BULNES A., LUZ. *Derecho a la Vida, la Igualdad ante la Ley, Igualdad en el Ejercicio de los Derechos e igualdad ante la Justicia*. Santiago Chile. Apuntes de la Cátedra de Derecho Público. **Cátedra y compilación realizada por Luz Bulnes y ayudante A. ATALAH B., EDUARDO** Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1991. 47 p.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona, España. Editorial PPU. 1987. 630 p.

CABRAL C. LUIS. *Ubicación Histórica del principio Nullum crimen Nulla Pena sine Lege*. Buenos Aires, Argentina. Librería jurídica Valerio Abeledo. 1958.

CARNELUTTI, FRANCISCO. *El problema de la pena*. Ediciones jurídicas Europa. Buenos Aires, Argentina. 1947. 77 p.

CARNEVALLI RODRÍGUEZ, R. **Cárceles privadas: ¿es sólo un negocio? Doctrina. [En línea]** http://www.lexisnexis.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_RaulCarnevaliRodriguez01.asp

COSTA, FAUSTO. *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*. México. Unión tipográfica editorial hispano americana. 1953. 298 p.

COYLE ANDREW. *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*. Londres. Reino Unido. International center for prison studies. 2002. 160 p.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. *La Moderna Penología*. Barcelona, España. Bosch casa editorial SA. 1958. 700 p.

CUMPLIDO CERECEDA FRANCISCO; NOGUEIRA ALCALÁ HUMBERTO. *Teoría de la Constitución*. Santiago, Chile. Universidad Nacional Andrés Bello. 1994. 315 p.

CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 1997. Tomo II.

DE LAS PENAS: Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti por BAIGUN DAVID; GARCÍA PABLOS ANTONIO; PIERANGELI JOSE; ZAFFARONI EUGENIO (COORDINADORES). Buenos aires, Argentina. Ediciones De Palma. 1997. 581 p.

DETERMINACIÓN Judicial de la Pena por BELOFF M.; BERTONNI E.; MARGARIÑOS M.; RIOS R.; ROXIN C. Buenos Aires, Argentina. Ediciones del puerto. 1993. 141 p.

D'ORS, ALVARO. Derecho Privado Romano. Tercera edición revisada. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra S.A. 1977. 618 p.

DONZIGER, STEVEN R. La Verdadera Guerra contra el Delito. Santiago, Chile. Nueva York. National Center on Institutions and Alternatives . 1996. 33 p.

DURÁN MENCHACA, CARLOS. ELÍAS MUSALEM ESTEBAN. **La evolución del régimen penitenciario chileno durante el siglo XX (1910-1995)**. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad Central. 1997. 131 p.

ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho Penal, Parte General. Tercera edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1997. Tomo I y II.

FERNÁNDEZ TOMAS-RAMON y GARCÍA ENTERRÍA EDUARDO. **Curso de Derecho administrativo. Séptima edición. Madrid, España. Civitas. 2000.** Tomo I.

FERNÁNDEZ GARCÍA JULIO; PÉREZ CEPEDA, ANA; SANZ MULAS, NIEVES; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. Manual De Derecho Penitenciario. España. Editorial Colex, Universidad de Salamanca. 2001. 436 p.

FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Madrid, España. Editorial Trotta. 1997. 991 p.

FERRAJOLI, LUIGI; Derechos y garantías, la ley del más débil. Segunda edición. Madrid, España. Editorial Trotta. 2001. 180 p.

FERRI, ENRICO. Los hombres y las cárceles. Barcelona, España. Centro editorial presa. [s.a.]. 126 p.

FERRI, ENRICO. Principios de Derecho Criminal: **: delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia** . Editorial Reus. Madrid, España. 1933. 820 p.

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. Modernización del sistema carcelario y colaboración del sector privado. Santiago. FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. 1994. 110 p.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal; Parte General. Tercera edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo blanch libros. 1998. 679 p.

GRACIA MARTÍN LUIS (COORDINADOR). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Segunda edición. Valencia. Editorial Tirant Lo blanch. 2000. 471 p.

GRACIA MARTÍN, LUIS; BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL; ALASTEUY DOBÓN, M. CARMEN. Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español. Valencia. Editorial Tirant lo blanch. 1996. 567 p.

GONZALEZ BERENDIQUE, MARCO AURELIO. Elementos de la Criminología. Santiago. 1998. 421.

GONZALEZ CANO, MARIA ISABEL. La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. Valencia. Editorial Tirant monografías. 1994. 405 p.

HORTVITZ L. MARIA INÉS. SOTO P., MIGUEL. Derecho Penal, La Función del Derecho Penal. **Apuntes del Departamento de ciencias penales. Santiago.** Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2000. 15 p.

INSTITUTO LATINOAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE. CENTRO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA. UNIVERSIDAD ARGENTINA JOHN F. KENNEDY. Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI: Volumen de homenaje al Profesor Doctor Pedro R. David en su 72 aniversario. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma. 2001. 1001 p.

IRURZÚN, VÍCTOR; NEUMAN ELÍAS. La sociedad carcelaria, aspectos penológicos y sociológicos. Tercera edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones de Palma. 1990. 136 p.

JORNADAS DE DERECHO PENITENCIARIO Lecciones de derecho penitenciario: (ponencias presentadas a las I Jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, Facultad de Derecho - ICE, mayo 1984) por DE LA CUESTA ARAZAMENDI, GARRIDO GUZMÁN LUIS, MANZANARES SANONIEGO, MAPELLI CAFFARENA BORJA, segunda edición. España. Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho- ICE, Secretaría General, Servicio de Publicaciones. Colección Aula Abierta. 1989. 206 p.

JUSTE MARIA ANTONIA; MERTZ CATALINA; MERY RAFAEL. Medidas Alternativas a La Reclusión: La Experiencia De Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra. Chile. Edición del Ministerio de Justicia y Fundación Paz Ciudadana. 1998.

KUSENMULLER L, CARLOS; La Reincidencia : **(doctrina y jurisprudencia): apuntes del departamento de ciencias penales** . Santiago. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1998. 20 p.

KUSENMULLER L, CARLOS. Reacción Penal del Estado. **Apuntes del departamento de ciencias penales;** Santiago. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1999. 18 p.

KUSENMULLER L, CARLOS. Derecho Penal I, Parte General. **Apuntes de la cátedra de Derecho penal.** Santiago. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2001. 37 p.

LABATUT G., GUSTAVO. Derecho Penal Parte General. Séptima edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1976. Tomo I.

MINISTERIO DE JUSTICIA REPUBLICA DE CHILE DIVISIÓN DE DEFENSA SOCIAL. ¿Castigar o rehabilitar? Las medidas alternativas a la reclusión en Chile. Chile. Ministerio de Justicia. 1997. 191 p.

MERA FIGUEROA, JORGE. Derechos Humanos en el Derecho penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Conosur. 1998. 227 p.

MOSSÉ, ARMAND. Les prisons et les institutions d'éducation corrective. Paris, Francia. Librairie du recueil sirey. 1929. 456 p.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; VERDUGO MERINKOVIC, MARIO. Derecho Constitucional. Segunda edición actualizada. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999. Tomo I.

NUEVO Proceso Penal por CAROCA, ALEX; DUCE, MAURICIO; RIEGO, CRISTIÁN; BAYTELMAN, ANDRÉS; VARGAS, JUAN ENRIQUE. Santiago, Chile. Editorial Conosur. 2000. 588 p.

- PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO. Teoría del Derecho. Cuarta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1990. 865 p.
- PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO. Los Derechos Humanos, Documentos Básicos. Tercera edición actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2000. Tomo II
- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO. Derecho Penal. Chile. Editorial Conosur. 1997. Tomo I
- RACIONERO CARMONA, FRANCISCO. Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial. Madrid, España. Editorial Dykcinson. 1999. 403 p.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE. Elementos de la Criminología. Editorial Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias jurídicas, económicas y sociales. Valparaíso, Chile. 1982. 290 p.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI. La devaluación de los Derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda clase. Barcelona, España. Editorial José María Bosch editor. 1977. 436 p.
- RIVIERA BEIRAS, IÑAKI (coordinador). Cárcel y Derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona, España. José María Bosch editor. 1992. 262 p.
- ROJAS MALUENDA, JAIME. Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos frente al nuevo sistema procesal penal. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2002. 60 p.
- ROXIN, CLAUS. Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Segunda edición. Madrid, España. Editorial Civitas. 1997. Tomo I
- REYES MUÑOZ, LUIS, SAÉNZ INOSTROZA, ALEJANDRA.. **Aspectos doctrinales, legales y victimológicos en la ejecución de la pena: Estudio sobre la administración penitenciaria chilena.** Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. **1999. 174 p**
- SANZ MULAR, NIEVES. Alternativas a la pena privativa de libertad. España. Editorial Colex. 2000. 494 p.
- SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS. Las consecuencias de la prisionización. [en línea]. Cuadernos de Derecho Penitenciario. Número 8. http://www.icam.es/docs/ficheros/200404130003_6_7.pdf [consulta:5 diciembre de 2003]
- SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA (Editor). Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a CLAUS ROXIN. Barcelona, España. José María Bosch editor. 1997. 470 p.
- SOTO KLOSS, EDUARDO. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Primera edición. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. Tomo I.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. El Debido Proceso Penal. Segunda edición. Colombia. Editorial Universidad externado de Colombia. 2001.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA; SAPENA GRAU, FRANCESC; GARCÍA ALBERO, RAMÓN; Curso De Derecho Penitenciario. Barcelona. Editorial Cedecs. 1996.
- TERRADILLOS BASOCO; JUAN; MAPELLI CAFFARENA; BORJA; Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid, España. Editorial Civitas. 1996. 259 p.
- VON HELING, HANS. La Pena. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe. 1967. Tomo II.

REVISTAS.

Revista chilena de ciencia penitenciaria y de derecho penal. Santiago Chile. (3). Julio a diciembre de 1986.

Cuaderno de análisis jurídico: Sistema penal y seguridad ciudadana. Santiago, Chile. (21). mayo 1992.

Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. Santiago, Chile. (1). Noviembre 2000.

Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. Santiago, Chile. . N° 2.

Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. Santiago, Chile. N° 3.

Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. Santiago, Chile. N° 4.

Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. Santiago, Chile. N° 5.

Revista lus et Praxis, Universidad de Talca, año 2 N° 2, 1997.

Revista lus et Praxis, Universidad de Talca, año 6 N° 2, 2000.

WORLD WIDE WEB.

www.concesioneschile.cl .

www.gendarmeria.cl

www.notfrisco.com

www.pazciudadana.cl.

www.prairieghosts.com

www.ucl.ac.uk.com .

www.microiuris.com

OPINIONES CONSULTIVAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Serie A No. 14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

Serie A No. 6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo 1986.

Serie A No. 1; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos); Opinión Consultiva OC-1/86, del 24 de septiembre de 1982.

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Serie C No. 1. Corte. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

Serie C No. 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Serie C No. 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gódinez Cruz. Sentencia de 20 Enero de 1989.

JURISPRUDENCIA TRIBUNALES NACIONALES.

Sentencia Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda (17 de mayo de 1984), recurso de conociendo de recurso de apelación, causa contra Garay Mardones, Víctor Luis.

LEGISLACIÓN CHILENA.

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Código Penal.

Código Orgánico de Tribunales.

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Penal.

Código Del Trabajo.

Ley N° 18.575: Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 18.834: Estatuto Administrativo.

Ley N° 19.653: Ley de Probidad Administrativa.

Ley N° 19.195: Adscribe al Personal de Gendarmería de Chile al Régimen Provisional de DIPRECA.

Ley N° 19.538: Establece Asignación de Turno para el Personal de Gendarmería de Chile.

Ley 19.296: Normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración Pública.

Ley N° 18.050: Normas Generales para Conceder Indultos Particulares.

Ley 18.216: Establece Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad.

Ley N° 19.806 Normas Adecuatorias Del Sistema Legal Chileno A La Reforma Procesal Penal.

Ley 19.856: Crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta.

DFL N° 1.791: Estatuto Personal de Gendarmería de Chile.

DFL N° 9: Adecua Escalafones de Personal de Gendarmería por el Estatuto Administrativo.

Decreto Supremo N° 518: Reglamentos de establecimientos Penitenciarios.

Decreto Supremo N° 680: Aprueba Instrucciones Para el Establecimiento de Oficinas de Información para el Público Usuario en la Administración Pública.

Decreto Supremo N° 121/96: Reglamento del Servicio de Bienestar Social de Gendarmería de Chile.

Decreto Supremo N° 2442: Reglamento de la Libertad Condicional.

Decreto de Ley N° 2.859: Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

Decreto Ley N° 321: Establece libertad Condicional para penados.

Decreto N° 26: Reglamento de Personal de Gendarmería.

Decreto N° 235: Reglamento de calificaciones del personal de Gendarmería de Chile.

Decreto N° 412: Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros.

Decreto N° 1542: Reglamento sobre Indultos Particulares.

Decreto N° 1595: Reglamenta la Rehabilitación de Reclusos mediante Enseñanza Técnico Profesional y el trabajo en los Establecimientos Penales.

Decreto N° 1120: Establece Reglamento de la Ley 18.216.

DECLARACIONES, TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

Declaración de Protección de Todas las Personas contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1975).

Declaración de los Derechos del Niño.

Convención sobre la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984, entrada en vigor en 1987).

-
- Convención sobre Derechos del Niño.**
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**
- Conjunto de Principios para la protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión.**
- Carta de las Naciones Unidas.**
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.**
- Declaración Universal de Derechos Humanos.**
- Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.**
- Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. (ONU 1979).**
- Principios de Ética Médica Aplicables a la Función Del Personal De Salud, Especialmente Los Médicos, en la Protección De Personas Presa y Detenida Contra la Tortura y otros Tratos O Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.**
- Convención Interamericana Para Prevenir Y Sancionar la Tortura.**
- Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.**
- Convención Sobre Traslado de Personas Condenadas.**
- Convención de Ginebra de 1949.**
- Tratado Modelo Sobre El Traspaso De La Vigilancia De Los Delincuentes Bajo Condena Condicional O En Libertad Condicional.**
- Reglas De Las Naciones Unidas Para La Protección De Los Menores Privados De Libertad.**
- Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia De Menores "Reglas De Beijing".**
- Reglas Mínimas De La Naciones Unidas Sobre Las Medidas No Privativas De Libertad (Reglas de Tokio).**

LEGISLACIÓN COMPARADA.

- Código Penal (España).**
- Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. (España).**
- Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. (España).**
- Reglamento Penitenciario. (España).**
- Ley Orgánica General Penitenciaria. (España).**
- Real Decreto Relación Especial Laboral Penitenciaria. (España).**
- Constitución Política de Colombia de 1991.(Colombia.)**