

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPTO. DE DERECHO PENAL

LA AFECTACIÓN DE LAS LIBERTADES ESPECIFICAS DENTRO DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO.

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

Alumnos:

Oswaldo Artaza Varela.

Marcela Palacios Martínez.

Profesora Guía: Loreley Friedman

Santiago, Junio 2004

INTRODUCCIÓN .	1
CAPÍTULO PRIMERO .	5
<u>I. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.</u>	5
I.1 ORIGENES DEL CONCEPTO . .	5
I.2 INTRODUCCIÓN A LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS. .	6
CAPÍTULO SEGUNDO. . .	11
II. ÁMBITO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .	11
II.1 INTRODUCCIÓN . .	11
II.2 LOS PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN, POSITIVIZACIÓN, GENERALIZACIÓN Y EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .	12
II.3 SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .	14
II.4 EVOLUCIÓN DE LAS LIBERTADES ESPECÍFICAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES .	15
II.5 CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA .	19
II.6 CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN . .	20
CAPÍTULO TERCERO . .	27
III. CONSAGRACIÓN LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LAS LIBERTADES ESPECÍFICAS DE EXPRESIÓN Y CONCIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO .	27
III. 1 LIBERTAD DE EXPRESIÓN . .	27
III.2 LIBERTAD DE CONCIENCIA .	34
CAPÍTULO CUARTO . .	39
IV. SITUACIÓN PENITENCIARIA EN CHILE EN RELACION A LOS DERECHOS HUMANOS .	39
IV.1 ESTADÍSTICAS Y NOCIONES PRELIMINARES .	39
IV. 2 CONSAGRACION DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS. .	41
CAPÍTULO QUINTO .	51
V. FINES RESOCIALIZADORES DE LA PENA Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO .	51

V.1 TRATAMIENTO PENITENCIARIO. ELEMENTOS, FINES Y CARACTERÍSTICAS. .	53
V.2 EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN CHILE.¹⁰¹ . .	56
V.3 CRÍTICA AL TRATAMIENTO PENITENCIARIO .	58
V.4 CONSECUENCIAS DEL IDEAL RESOCIALIZADOR EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES ESPECÍFICAS. .	69
CAPÍTULO SEXTO .	73
VI. EL STATUS JURÍDICO DE LOS RECLUSOS “La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría”¹³⁴ . .	73
VI.1 Concepto . .	73
VI.2 LA DOCTRINA DE LA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL . .	75
VI.3 LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE UN CUIDADANO DE SEGUNDA CATEGORÍA EN EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO CHILENO. .	82
VI.4 La indefensión jurídica de los reclusos . .	90
CAPÍTULO SÉPTIMO .	99
VII. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. .	99
VII.1 Naturaleza jurídica de la ejecución de la Pena Privativa de Libertad. .	99
VII.3 Justificación iusfundamental de la necesidad de Control Jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria. . .	110
CONCLUSIONES FINALES Y VERIFICACIÓN DE LAS HIPOTESIS .	115
I. HIPÓTESIS GENERAL .	115
II. HIPOTESIS ESPECÍFICAS .	115
A) Inconstitucionalidad del Reglamento Penitenciario: . .	116
B) Influencia del objetivo del Régimen Penitenciario de Reinserción Social en la Afectación de las libertades específicas estudiadas. .	117
C) Afectación el principio de igualdad por la discriminación arbitraria de la protección de determinadas libertades de una persona sometida a prisión, comparándola con otra en libertad. . .	118

¹⁰¹ Datos tomados de la página Web de Gendarmería. Readaptación y Reinserción social. www.gendarmeria.cl

¹³⁴ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 333. Optamos por esta clasificación de “ciudadanos de segunda categoría” debido a su precisión en poner sobre al mesa cuales son los principales falencias que presenta la vida al interior de la cárcel, las cuales dicen especial relación con la efectiva posibilidad de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales y del total desconocimiento del principio de igualdad, con respecto al ciudadano no privado de libertad, dentro de los establecimientos penitenciarios.

BIBLIOGRAFÍA .	121
ANEXOS .	125
ANEXO 1. ENTREVISTAS A LOS INTERNOS .	125
ANEXO 2 . .	130
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL . .	130

INTRODUCCIÓN

El problema de esta memoria se nos presenta a partir de ciertos cuestionamientos nuestros frente a la situación actual de los reclusos en Chile. Todo esto debido a que, para empezar, durante al año 2002 fuimos monitores de un taller de teatro efectuado en la calle 5 del Centro de Detención Preventiva (C.D.P) Santiago Sur, por medio del cual nos fuimos interiorizando en a realidad penitenciaria. Este conocimiento fue ampliándose a medida que durante el año 2003 realizamos, en el marco de nuestra investigación, entrevistas y estudio de técnicas indirectas, tales como estadísticas.

Teniendo en consideración que es de vital importancia la no afectación de libertades específicas para el desarrollo de todo ser humano en un Estado de Derecho, es evidente preguntarse bajo qué circunstancias pueden ser ellas afectadas en relación con los internos, siendo que sólo podrían, excepcionalmente hablando, afectarse derechos en virtud del principio de legalidad, siempre y cuando tales restricciones o limitaciones sean necesarias y proporcionales al fin buscado.

Es materia del presente estudio, empezar por introducir la construcción jurídica de los derechos fundamentales de los reclusos y así poder tener claras ciertas premisas, como que la importancia de la sistematización de las normas de derecho fundamental para un sistema jurídico, hace posible que el recluso no necesariamente vea afectado el ejercicio de sus derechos fundamentales por el fallo condenatorio. Así las restricciones a estas normas deben ser justificadas de una manera iusfundamentalmente racional.

Posteriormente, analizaremos el origen y desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos, tomando en consideración que las cartas, convenios y declaraciones

significan para nuestro país la obligación de respetar ciertos derechos que dignifican a la persona humana, consagrados en el ámbito internacional, bajo el seno de distintas organizaciones internacionales.

La tercera parte de esta memoria estará dedicado al estudio del ejercicio de las libertades específicas de expresión y conciencia dentro del régimen penitenciario. Dentro de él estableceremos la teorización, desarrollo y consagración de cada una de estas libertades, además de la realidad fáctica en que se perciben y viven dentro del régimen penitenciario. También se establecerán los fines, principios y bases del tratamiento penitenciario, así como su estrecha relación con el régimen disciplinario y sus críticas.

A continuación, señalaremos las teorías que han buscado fundamentar la afectación de derechos fundamentales, y que aún cuando no han sido admitidas en forma explícita por nuestra jurisprudencia, han sido adoptadas por el propio Reglamento Penitenciario, al sustentar lo que sostendríamos sería la construcción de un ciudadano de segunda categoría; entre estos antecedentes hallamos que en sus disposiciones existen fórmulas abiertas de restricción a libertades fundamentales entregadas en su ejercicio al parecer de la autoridad administrativa y no de los órganos jurisdiccionales. La construcción de ciudadanos de segunda categoría incide de manera directa en la indefensión a que están sujetos los reclusos en cuanto a las posibilidades de ejercer su derecho a defensa.

Para concluir, se estudiará el problema de a quién le pertenece el control de la pena privativa de libertad, la naturaleza de aquélla, llegando a la precisión de que es una labor jurisdiccional y no netamente administrativa, como ocurre en la práctica en nuestro país. Es por ello que tal labor debería entregarse al Poder Judicial, que permitirían que la ejecución de las penas privativas de libertad y las alternativas a ésta se cumplieran en forma legal.

Para reafirmar el propósito de fundamentar nuestra investigación, presentaremos la siguiente Hipótesis General:

Bajo las condiciones actuales de reclusión en nuestro país, serían afectadas las libertades de conciencia, opinión e información, no existiendo autoridad alguna que vele porque esto no ocurra.

Y como Hipótesis Específicas sostendremos:

El Reglamento Penitenciario es inconstitucional Influiría en la afectación a las libertades específicas la finalidad de postular como objetivo del régimen penitenciario la reinserción social c) Se vería afectado el principio de igualdad al discriminarse arbitrariamente la protección de determinadas libertades de una persona sometida a prisión, comparándola con otra, que se encuentre en libertad.

Haremos una breve enunciación de los métodos de obtención de datos que utilizaremos en el marco de este estudio, los cuales tendrán lugar en el C.D.P. Santiago Sur, más conocido como la Ex Penitenciaría.

Método de Observación:

A través de las siguientes unidades de observación:

Participantes: se define del universo C.D.P. Santiago Sur, a ciertos internos a los cuales tuvimos posibilidad de tener acceso (tanto a través del taller antes mencionado, como de las entrevistas).

Presos insertos en comunidades de tratamiento

Presos no insertos en comunidades de tratamiento (población penal), incluyendo a voceros

Presos pertenecientes a los Módulos¹Entrevistas:

En este punto se prefirió realizar entrevista en vez de cuestionarios. La práctica ha llevado a la conclusión de que los cuestionarios masivos no funcionan, por diversas razones: a menudo se les pierden a los reclusos, no entienden el lenguaje en que han sido redactadas las preguntas, las respuestas son influenciadas por otros internos, etc. Es por ello que desde el mes de octubre hasta diciembre del año 2003 hemos realizado entrevistas personales, de aproximadamente 45 minutos cada una, a 20 internos, clasificados de la siguiente manera:

5 internos pertenecientes a módulos

5 internos pertenecientes a comunidades de tratamiento

10 internos de la población penal, dentro de los cuales se encontrarían 4 voceros (estos son, los representantes de los intereses de los reclusos).

Las preguntas y respuestas de estas entrevistas se encontrarán en el Anexo de esta memoria, al referirnos al ejercicio de las libertades específicas dentro del régimen penitenciario.

Informe Estadístico:

Esta técnica indirecta de investigación nos servirá para tener una visión global de cuál será el universo a estudiar y cómo está dividido.

Resoluciones:

Las resoluciones y providencias inciden en cómo percibe la autoridad administrativa cuáles son las libertades específicas de los reclusos, cómo reciben las quejas y peticiones, qué argumentos se utilizan para limitar a o afectar el ejercicio de dichas libertades, etc. Las resoluciones provienen del Jefe Operativo y del Jefe de Unidad.

¹ Los internos se encuentran en los Módulos por razones de seguridad, decretadas ya sea por petición del tribunal, de la administración pública o de órganos policiales. En estos sectores se encuentran principalmente internos por delitos sexuales y tráfico de estupefacientes.

CAPÍTULO PRIMERO

I. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Una construcción jurídica para la protección de las libertades de los reclusos.

I.1 ORIGENES DEL CONCEPTO

Los acontecimientos históricos que suelen mencionarse como los primeros reconocimientos de la existencia de derechos humanos son la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, del 4 de julio de 1776, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano francesa, de 26 de agosto de 1789. Además, suele señalarse que a partir de ese momento y en los dos siglos que vendrán a continuación se produce un proceso de positivización de estos derechos ya sea, tanto en numerosas constituciones de diversos países como en su culminación con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre recién en 1948.²

² Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 9.

A partir de esta nueva concepción, denominada como “derechos fundamentales” o “derechos humanos”, numerosas teorías, de tipo muy diferente, han tratado de explicar su surgimiento a partir de distintos puntos de partida. Es así como la teoría historicista explica el nacimiento de estos derechos, no fundándolo en la naturaleza humana sino que en las necesidades que el ser humano tiene en un determinado momento y contexto histórico. La fundamentación iusnaturalista, parte de la base que existe un “estado de naturaleza” donde existirían ciertos derechos inmanentes a la persona humana. Y la fundamentación ética, que señala que el fundamento de éstos debe ser previo a lo jurídico en donde el derecho tiene la misión de reconocerlos y transformarlos en norma jurídica.

Al mismo tiempo, sobre los derechos fundamentales pueden formularse diversos tipos de teorías: las teorías históricas, que explican el surgimiento de este tipo de derechos, las teorías filosóficas que se ocupan de su construcción y las teorías sociológicas, que se preocupan de la función que cumplen éstos.

I.2 INTRODUCCIÓN A LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS.

I.2.1 La teoría jurídica de los derechos fundamentales.

De lo que se tratará en esta investigación, en lo que respecta a la argumentación de los derechos fundamentales³ y especialmente en lo referido a la libertad de conciencia, de opinión y de información dentro de los establecimientos penitenciarios, surge de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales. Como tal, al ser una teoría del derecho positivo de nuestro orden jurídico, es una teoría dogmática-jurídica de donde distinguiremos tres dimensiones de ella⁴:

La *analítica*, preocupada de la construcción sistemático-conceptual del derecho válido,

La dimensión *empírica*, con un doble significado, el del conocimiento del derecho positivamente válido y el de la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, y;

La dimensión *normativa* preocupada de la orientación y de la praxis jurídica, dándole especial énfasis a la práctica judicial. Para esta dimensión será fundamental la cuestión de saber cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. Sin embargo, con respecto al estudio de esta dimensión nos encontraremos con la primera dificultad de esta investigación, cual es la falta de jurisprudencia con respecto a la afectación de la libertad de expresión y de conciencia dentro de la cárcel, debido, en gran medida, tanto a la indefensión en que se encuentra la

³ Esto será siguiendo a Robert Alexy en su “Teoría de los derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001.

⁴ Ibidem. Pág. 29-34.

gran mayoría de los reclusos como a la exclusión social que genera la reclusión, por lo cual no existe aun en nuestro país una construcción jurisprudencial acabada de estas libertades con respecto a la situación de los presos.

De gran relevancia, dentro de esta investigación será el vincular recíprocamente estas tres dimensiones, condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.

I.2.2 Importancia de las normas de derecho fundamental para el sistema jurídico.

Al señalar cual es la importancia de las normas iusfundamentales para el sistema jurídico estamos adelantando una de nuestras principales intenciones, esta es la de demostrar que con una construcción sistemática de los derechos fundamentales se puede argumentar a favor de una vinculación de la condición de “privado de libertad” con un ejercicio de los derechos fundamentales que no se vean necesariamente afectados por el fallo condenatorio. Ello, en condiciones de igualdad con la de una persona que goza de libertad. Esto se reflejará en que la importancia de las normas que estudiamos resulta de dos cosas: Por una parte de la *fundamentalidad formal*⁵ de las normas de derecho fundamental. Esto es, que este tipo de normas tienen su posición en la cúspide de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, por ende, son vinculantes para la legislación, el poder ejecutivo y el judicial; y por la otra, de su *fundamentalidad material*⁶ lo que dice relación con que la relevancia de las normas de derecho fundamental radica en que con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.

No obstante lo anterior, las normas de derecho fundamental van a tener su mayor importancia en su irradiación en todos los ámbitos del derecho, la que tiene gran alcance para el carácter del sistema jurídico. Entre sus efectos está la limitación de los contenidos posibles del derecho ordinario. La Constitución, debido a su naturaleza mixta material-procedimental no determina, en modo alguno, el contenido de todo el derecho ordinario. Con todo, excluye algunos contenidos como iusfundamentalmente imposibles y exige otros como iusfundamentalmente necesarios. De esta manera, el sistema jurídico, debido a la vigencia de las normas de derecho fundamental, tiene el carácter de un sistema que va a estar materialmente determinado por la Constitución, lo que va a ser especialmente relevante cuando sea el turno de analizar la restricción de las libertades de conciencia y de expresión y la constitucionalidad del Reglamento Penitenciario.

I.2.3 Teoría de los principios.

I.2.3.i) Concepto

⁵ Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Pág. 503.

⁶ Ibidem. Pág. 505.

Con el fin de proporcionar herramientas adecuadas para la construcción de la protección de las libertades de los reclusos, esta investigación se enmarcará dentro de una teoría compuesta por un haz de principios iusfundamentales colocados en un orden blando o flexible, esto es, que si cambian las condiciones o circunstancias las soluciones acerca de qué principio debe preceder puedan ser distintas. Sin embargo en esta teoría se presenta *prima facie* una prioridad de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, lo que significa una carga argumentativa a favor de estos principios, lo que dice especial importancia con respecto a la argumentación de sus restricciones.

I.2.3.ii) Distinción entre Principios y Reglas

Para la teoría de los derechos fundamentales la distinción más importante es entre reglas y principios. Esta constituye la base de la fundamentación iusfundamental por medio de la cual se solucionarán problemas como el de sus límites, los casos de colisión y el papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico ⁷.

Aunque existen muchos criterios para la distinción entre reglas y principios, se diferencian en que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Esto quiere decir que son mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento depende tanto de las posibilidades reales como de las jurídicas, siendo determinado el ámbito de las posibilidades jurídicas por los principios y reglas opuestos.

Por su parte las reglas son normas que sólo pueden cumplirse o no, debido a que si ella es válida debe hacerse exactamente lo que dice, por ende, las reglas contienen determinaciones.

I.2.3.iii) Colisión de principios y conflictos de reglas.

Pese a que la diferencia entre este tipo de normas es clarificada al ver como se solucionan la colisión y el conflicto respectivamente, tienen en común que en ambos casos de lo que se trata es de dos normas, que aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, esto es, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. La diferencia radica principalmente en la forma en que se solucionan el conflicto.

El conflicto de reglas:

Debido a su carácter de razones definitivas el conflicto de reglas sólo puede ser solucionado por medio de una cláusula de excepción dentro de ellas o por medio de la declaración de la invalidez de, a lo menos, una de las reglas que están en conflicto.

b) La colisión de principios:

Si las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, van a ser razones definitivas, los principios van a ser razones *prima facie*, esto quiere decir que cuando dos principios entran en colisión, uno de estos debe ceder ante el otro ya que bajo determinadas circunstancias uno de los principios precede al otro. Vale decir, que la

⁷ Ibidem. Pág. 81.

solución de la colisión tiene lugar en la dimensión del peso y no en el ámbito de la validez como en el conflicto de reglas. Dependerá de la ponderación de cual de los intereses abstractamente del mismo rango posee mayor peso en el caso concreto. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establecería entre los principios una *relación de precedencia condicionada*⁸ indicando cuales serían esas condiciones bajo las cuales un principio precedería al otro. Esto quiere decir que bajo otras condiciones la cuestión de la precedencia podría solucionarse de otra manera a favor del otro principio.

En conclusión: las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Así, como resultado de una ponderación iusfundamentalmente correcta puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta⁹ con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso. Es por esta razón que podemos señalar que las normas de derecho fundamental pueden dividirse en dos grupos:

En las normas directamente estatuidas por la Constitución y;

Las normas de derecho fundamental adscriptas a ellas.

Debido a la apertura estructural que caracteriza a la gran mayoría de las disposiciones de derecho fundamental, especialmente semántica, la praxis jurisdiccional se ocupa de aplicarlas a casos concretos, o si no, no se sabría a cabalidad que es lo que está ordenado, prohibido o permitido, para lo cual crea enunciados que expresan normas que presentan con el texto constitucional tanto una relación de precisión como una relación de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la precisante.¹⁰

En síntesis, es necesario señalar que el motivo de la introducción de esta construcción jurídica de los derechos fundamentales de los reclusos pretende ser un llamado de atención que conduzca a la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones, en la medida de que signifiquen restricciones a derechos fundamentales, requieran ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamentalmente racional que impida que la situación en la cual han vivido los “privados de libertad” hasta ahora en nuestro país continúe. Sobre todo en el entendido que los titulares de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 19 de la Constitución somos todas las personas sin excepción alguna, en especial si tomamos en

⁸ Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Pág. 92. Uno de los fundamentos de la teoría de los principios de donde parte esta investigación será la llamada “ley de colisión” expresada por R. Alexy de la siguiente manera: “Si el principio P^1 , bajo las circunstancias C, precede a otro principio P^2 : $(P^1 \succ P^2)$ C, y si de P^1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica”.

⁹ Ibidem. Págs. 66-73.

¹⁰ Es necesario señalar que la discusión sobre los derechos fundamentales es en gran parte una polémica acerca de cuales normas están adscriptas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. Lo importante será cuáles adscripciones son realizadas conforme a derecho, esto es cuando si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamentalmente correcta. En este caso puede ser catalogada como válida.

cuenta de que dentro de la relación en que se encuentra el “privado de libertad” con el Estado debería ser especialmente importante el tema de los límites a la Soberanía del Estado.

CAPÍTULO SEGUNDO.

II. ÁMBITO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

II.1 INTRODUCCIÓN

Con este capítulo se pretende tomar en consideración el ámbito internacional, en cuanto tratados y convenciones, al cual está adscrito nuestro país a través de la Constitución Política de la República ¹¹, como además toda otra carta o declaración que se refiera al tema de nuestro interés. Asimismo debe atenderse al artículo 4 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios ¹², que señala que la actividad penitenciaria debe desarrollarse “con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución,

¹¹ “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”. Artículo 5 inciso 2.

¹² Decreto N° 518, de 22 de Mayo de 1998.

las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y **los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes**”

La protección internacional de los derechos humanos tuvo como origen el fin de la segunda guerra mundial. El espíritu post guerra como consecuencia de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales, permitió incorporar internacionalmente la idea de que existen derechos humanos universales que deben ser protegidos no sólo por las naciones, sino también por el ordenamiento internacional, ya que la protección de ellos no es exclusivamente un problema interno, sino que afecta directamente a las relaciones internacionales. Es así como comenzó a declinar el principio de soberanía absoluta del Estado, pues con el período de postguerra se echaron las bases de un nuevo orden internacional humanitario. Éste descansa en tres pilares fundamentales: el sistema de los Derechos Humanos, el del Derecho Internacional Humanitario y el del Derecho de los Refugiados. Interesa en particular el desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos que impone obligaciones internacionales a los Estados para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Esta protección también tuvo como punto de partida la creación de las Naciones Unidas. Las potencias aliadas se reunieron en la Conferencia de San Francisco en 1945 y elaboraron la Carta de las Naciones Unidas como modo de asegurar la paz internacional. Desarrollando esta finalidad, el 10 de diciembre de 1948 fue proclamada la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¹³ “consiste en el cuerpo de reglas internacionales, procedimientos e instituciones elaboradas para implementar las ideas de que (i) toda nación tiene la obligación de respetar los derechos humanos de sus ciudadanos y de que (ii) las otras naciones y la comunidad internacional tienen la obligación y el derecho de vigilar el cumplimiento de esa obligación”

II.2 LOS PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN, POSITIVIZACIÓN, GENERALIZACIÓN Y EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

II.2.1 El Proceso de Internacionalización

La internacionalización de la protección de los derechos humanos es un hecho reciente situado a partir de la mitad del siglo XX, cuyas primeras manifestaciones fueron la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948. El proceso de internacionalización permite que estos derechos superen el ámbito nacional o interno, en cuanto a su reconocimiento y protección, y pasen a incorporarse, primero a través de declaraciones, y después a través de pactos y tratados, a lo que podríamos designar como “Derecho positivo internacional de los Derechos Humanos”

II.2.2 El Proceso de Positivización

¹³ Definición dada por Carlos Chipoco. *Antología Básica en Derechos Humanos*. Una aproximación crítica. Profesor de Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. San José de Costa Rica, IIDH. 1994.

El proceso de positivización es aquel en virtud del cual los derechos del hombre, al margen de la discusión acerca de si son derechos naturales, morales, históricos o pragmáticos, se han ido en facto incorporando progresivamente al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de sus Constituciones. Este proceso ha “suministrado a los derechos humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, ha favorecido también su mayor efectividad”¹⁴. Este ciclo comienza, como se ha dicho, en el siglo XVIII y se desarrolla en los siglos siguientes, con lo que hoy se puede hablar de un auténtico *derecho positivo de los derechos humanos*.

Recién con la positivización, ya sea por la legislación o por la constitución, los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad: pues cuando un orden jurídico positivo, nacional o internacional incorpora estos derechos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales.

II.2.3 El Proceso de Generalización

El proceso de generalización tiene como consecuencia el que estos derechos han llegado a pertenecer a todos los seres humanos, por el solo hecho de ser tales, sin distinción de raza, color, sexo, posición social o económica, ideas políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole. La generalización ha sido posible en la medida de que se ha adoptado la premisa de la universalidad de estos derechos¹⁵.

Sin embargo, existen concepciones¹⁶ que señalan que los derechos humanos son relativos, que dependen del contexto cultural, político, o de la protección de la seguridad del Estado. Esta postura es sustentada implícita o explícitamente por quienes sostienen la “necesidad” de violar derechos humanos. Dentro de las principales críticas efectuadas a la concepción relativista, encontramos que ella no toma en cuenta una multiplicidad de factores que hacen que la violación de derechos humanos sea una práctica básicamente política y no cultural.

De todos modos, la conclusión generalizada es que los derechos humanos no sólo forman parte de la tradición occidental, sino que han pasado a ser una herencia de la humanidad, pues la universalidad de estos derechos no es solamente un tema político o filosófico: a partir de la Carta de las Naciones Unidas y el consecuente desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁷, éstos se han demostrado y afirmado

¹⁴ *Denominación, Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos*, en Introducción al Derecho. Agustín Squella N. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

¹⁵ Al hablar de universalidad nos referíamos a que deben ser aplicados a toda persona humana sin distinción.

¹⁶ Dentro de ellas encontramos la representada por Howard Wiarda, *The democratic revolution in Latin America*. University of Massachusetts. Nueva York. 1990.

¹⁷ En el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se señala expresamente: “*Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración*”

como derechos de la humanidad. Sin embargo, existe de igual manera el reto de tomar en cuenta, por parte de la comunidad internacional al desarrollar patrones universales de derechos humanos, las prácticas y valores propios de las diversas culturas existentes en las sociedades actuales. Este reto no se refiere a limitar o relativizar el alcance universal de los derechos humanos, sino que a buscar también vías nacionales de protección, que no se opongan a las propiamente universales.

II.2.4 El Proceso de Expansión

La expansión en la protección universal ha consistido básicamente en el progresivo aumento de catálogos de derechos humanos, lo que ha ocurrido mediante la incorporación de nuevas generaciones de derechos ¹⁸.

En un primer momento, los derechos humanos de *primera generación* aparecieron como una simple limitación al poder de la autoridad pública, en orden a no interferir en determinados ámbitos de la vida y actividad de cada individuo, o a hacerlo bajo determinados supuestos. Estos son los llamados *derechos civiles*, derechos de autonomía y también *derechos personales*, en virtud de los cuales, el Estado asume únicamente obligaciones de carácter pasivo, esto es, de no interferir ilegítimamente en la vida y propiedad de las personas.

En un segundo momento, los derechos humanos no son sólo meros límites al poder, sino que se configuran con la participación de los ciudadanos en el poder político, tanto en la discusión como en la adopción de las decisiones colectivas o de gobierno. Así, con la *segunda generación* de derechos, llamados *derechos políticos* surge la participación de la comunidad en la gestación y ejercicio del poder político dentro de la sociedad.

En un tercer momento del proceso de expansión de los derechos humanos surge la categoría o generación de *derechos económicos, sociales y culturales*, o derechos de promoción, que no tienen por finalidad limitar el poder ni participar en éste, sino que demandar de quienes ejercen el poder un compromiso activo para obtener favorables condiciones materiales de vida para todas las personas. Es así como estos derechos se fundan en el valor de la igualdad, y no en el de la libertad, como sucede en las dos generaciones primarias.

II.3 SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos encontramos:

El sistema universal; y

Los sistemas regionales.

El sistema universal está integrado por las normas y mecanismos de protección que emanan, por una parte de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de

¹⁸ La referencia a la generación de derechos sólo se hace para efectos de señalar su nacimiento para el ámbito de las Naciones Unidas, pero no con el objeto de priorizar ciertos derechos, dejando en claro que no creemos que existan generaciones de derechos, pues todos los derechos humanos son igualmente relevantes.

los Derechos Humanos, que dan lugar a la Comisión de Derechos Humanos y otros órganos especializados de control; y por otra parte de Tratados, de donde surgen órganos específicos de control, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Dentro del marco internacional - aparte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – se han ido elaborando una serie de Convenios con respecto a temas concretos dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, que reseñaremos en detalle más adelante.

Los sistemas regionales, a su vez, comprenden los Tratados regionales de Derechos Humanos; es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dentro del sistema europeo, y la Carta de Bogotá, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros, dentro del sistema interamericano.

Crítica al sistema de protección universal de los derechos humanos.

El sistema de protección universal instituido por las Naciones Unidas adolece de graves defectos, entre ellos la complejidad e inconcreción derivadas de dificultades políticas. Estas trabas han logrado que se exijan fórmulas laxas en la definición de derechos y que los medios de control sean siempre facultativos, por ende ineficaces; es decir, un Estado puede aceptar un determinado Convenio sin aceptar el mecanismo de control internacional que hace posible su protección. Un ejemplo clarificador al respecto es la situación ocurrida en Guantánamo, donde no existe ningún tipo de control internacional con respecto a las violaciones de los derechos humanos de los que ahí se encuentran privados de libertad por el gobiernos de los Estados Unidos de América.

II.4 EVOLUCIÓN DE LAS LIBERTADES ESPECÍFICAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

II.4.1 Instrumentos Internacionales que forman parte del sistema universal de protección de los derechos humanos

La **Carta de las Naciones Unidas** señala en el segundo párrafo de su Preámbulo que una de las principales metas de la ONU es:

“...reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos.”

Posteriormente, en los artículos 55 y 56 ratifica la misión de promoción de los derechos humanos y el compromiso de todos los Estados de actuar acorde con ello. Esas breves reseñas han tenido importantes consecuencias, entre ellas el hecho de que los derechos humanos fueron internacionalizados y que además se confirió a las Naciones Unidas la autoridad para definir, codificar los derechos humanos y establecer mecanismos para vigilar el cumplimiento de la obligación de promoverlos.

Con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas si bien se consignó la

obligación estatal de promover los derechos humanos, no se despejó la duda en torno a la noción misma de dicho concepto. El origen de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** está, entonces en la necesidad de especificar el contenido y alcance de los derechos humanos. Este trabajo fue encargado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

En el Preámbulo de la Declaración se señala que, considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho y que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y que conjuntamente una concepción común de estos derechos y libertades es de vital importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; proclama la Declaración Universal como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto las instituciones como los individuos, promuevan y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación.

Así, la Declaración de 1948 contiene un extenso catálogo de derechos fundamentales y establece además una serie de garantías que tienden a la protección de aquellos. Una de sus premisas básicas reposa en la idea de que el hecho de ser humano es una cualidad que viene definida por la posesión de razón, conciencia y libertad. Este conjunto de cualidades constituye el núcleo de la dignidad de cada persona.

Aún con las esperanzadoras intenciones de la Declaración, la tutela efectiva de los derechos en ella reconocidos han encontrado varias trabas. En primer lugar, la Declaración carece de fuerza obligatoria para los Estados, ya que las declaraciones son una expresión no vinculante de la opinión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En segundo lugar, no contaba con un sistema de protección internacional que pudiese garantizar su cumplimiento. Pese a todo, supuso plasmar toda una serie de derechos fundamentales y garantías, entre los que nos interesa destacar: la prohibición de injerencias arbitrarias en la correspondencia –artículo 12-, derecho a la libertad de conciencia y culto – artículo 18 -, derecho a la libertad de expresión y de opinión y el derecho a recibir información y a difundirla – artículo 19-; derechos y garantías que con el correr de los años, se han ido incorporando en textos normativos tanto internacionales como nacionales. Es así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, según Bobbio¹⁹, supone más una declaración “programática” que un conjunto de disposiciones de aplicación directa y obligatoria.

El **Pacto de Derechos Civiles y Políticos** y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales nacieron como un sistema de protección internacional que asegurase el cumplimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En cada uno de ellos se estableció una modalidad de protección distinta y, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se añadió un Protocolo Facultativo por el cual, los Estados Parte que lo deseen²⁰, reconocen la competencia del Comité de

¹⁹ Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*. Sistema Editorial. Madrid, 1991.

²⁰ Como ya se señaló anteriormente, los medios de control del sistema de protección son facultativos, lo que dificulta la concreción de la protección.

Derechos Humanos ²¹ , órgano de control cuya finalidad es examinar denuncias de personas que estimen vulnerados los derechos que el Pacto les reconoce. Para ser oídas las quejas deben provenir de Estados Partes que hayan reconocido la competencia del Comité. El sistema de protección proveído por el Comité es limitado, pues conduce, en última instancia a la técnica del informe y no a una decisión obligatoria para el Estado contra el cual se ha formulado. A pesar de ello y según señala Amnistía Internacional, la entrada en vigor del Pacto con sus mecanismos de protección han iniciado una nueva era en el ámbito de los derechos humanos, ya que más de un tercio de las naciones del mundo están obligadas, por primera vez, a informar públicamente a una organización internacional encargada de supervisar directamente su actuación, las medidas que están adoptando para asegurar a sus ciudadanos los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Toda normativa sobre derechos civiles y políticos entraña e impone para el Estado tres clases de obligaciones:

La obligación principal de no hacer aquello que viola el respectivo derecho (no matar, no torturar, no censurar, etc), es decir, de respetar tales derechos.

La obligación de garantizar esos derechos, cual es una obligación complementaria y de hacer, pues supone asegurar mediante medidas apropiadas, incluidas las de carácter legislativo, que tales derechos sean respetados. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de garantizar comprende obligaciones más específicas, tales como prevenir las violaciones de derechos humanos, enjuiciar y castigar a quienes las cometan y proveer reparaciones adecuadas a las víctimas.

La normativa sobre derechos civiles y políticos impone a los Estados la obligación de promover estos derechos, la cual también es una obligación complementaria y de hacer. Ella supone principalmente llevar a cabo políticas, como la creación de instituciones, y medidas de educación y difusión.

II.4.2 Instrumentos Internacionales que forman parte del sistema regional de protección de los derechos humanos.

Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales

La protección de los derechos humanos en Europa occidental adquirió caracteres propios debido, por un lado a la homogeneidad sociopolítica y económica existente entre los países que la integran, y por otro, a que esa región fue la más afectada por la Segunda Guerra Mundial, lo que motivó con mayor intensidad a que la defensa y protección de los derechos y libertades fuera esencial. Es así como en el ámbito de la O.N.U. ²² surgió el

²¹ El artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea el Comité de Derechos Humanos.

²² La Carta de las Naciones Unidas en su artículo 52.1 permite la acción regional para alcanzar los fines y principios de respeto y protección a los derechos humanos.

Estatuto por el que se creó el Consejo de Europa en mayo de 1949. Este Consejo elaboró el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales²³ (3-IX-53), en concordancia y en la línea de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aún cuando limitó la tutela a aquellos derechos que encontraban menores dificultades para una eficaz protección internacional.

A partir de ese momento, se permite a los particulares que se considerasen víctimas de una violación de los derechos humanos reconocidos, la legitimación para poder acudir a la Comisión que dicho texto establece. Ello supuso, dentro del ámbito del derecho internacional una novedad sin precedentes, pues hasta ese momento era el Estado, y nunca los particulares, el único sujeto de derecho internacional. Hay que considerar, sin embargo, que el complejo procedimiento establecido para la protección de derechos y libertades no permite que los particulares accedan directamente ante el Tribunal Europeo, pero si ante la Comisión.

Otro interesante aspecto es que, al revestir el Convenio la forma jurídica de un tratado internacional, ya sea directamente, o mediante una ley especial de incorporación, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno, siendo por ende, de aplicación directa por las autoridades y órganos jurisdiccionales de los países miembros²⁴. Así el respeto a los compromisos contraídos mediante el CEDH supone una de las obligaciones básicas de los Estados miembros del Consejo de Europa, por ello su incumplimiento puede llegar a producir la expulsión del Consejo; esta posibilidad constituye la “ultima ratio” de la eficacia de este mecanismo protector. Los resultados de los métodos empleados en Europa deberían influir de modo ejemplificador en el mejor funcionamiento de los órganos competentes de las Naciones Unidas.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de Derechos Fundamentales fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea en el Consejo Europeo de Niza los días 7 a 9 de diciembre del año 2000²⁵.

Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos

Al pasar de los años los Estados Americanos, en ejercicio de su soberanía, han ido

²³ En adelante CEDH

²⁴ En España, su Constitución señala en el artículo 10.2 que ha elevado el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la categoría de fuente primaria de interpretación de la Constitución en materia de derechos humanos.

²⁵ En su Preámbulo señala que los Pueblos de Europa conscientes de su patrimonio cultural y moral, han decidido fundar la Unión Europea sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Para contribuir y fomentar la preservación estos valores es necesario dotarlos de mayor presencia en una Carta, reforzando la protección de los derechos fundamentales al tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. Esta Carta reafirma los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, entre otros.

adoptando una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional ²⁶ de promoción y protección de los derechos humanos. Dicho sistema normativo reconoce y define estos derechos, establece obligaciones y crea órganos destinados a velar por su observancia.

Este sistema interamericano de promoción y protección de derechos fundamentales se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. En este marco se adoptó la Carta de la OEA que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la Organización.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es una organización internacional creada por los Estados pertenecientes al continente americano con el propósito de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia (artículo 1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos).

La Declaración Americana constituye el primer instrumento internacional de su especie, pues fue adoptada con antelación a la Declaración Universal de Derechos Humanos en el seno de las Naciones Unidas. La Declaración estableció en una cláusula introductoria 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”. Es decir, los Estados Americanos admiten que cuando un Estado legisla en esta materia no crea o concede derechos, sino que reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado. En efecto, tales derechos tienen su fundamento en la naturaleza misma de la persona humana.

A pesar de que dicho instrumento ha sido adoptado como una declaración y no como un tratado, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dictaminado que la Declaración Americana en la actualidad constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.

La Declaración garantiza, básicamente, sin gran claridad y sin novedad, el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento y de conciencia. Es por ello que no trataremos en mayor profundidad cada una de sus disposiciones.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) (18-VII-78)

Ella constituyó un gran avance en el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales, pues permitió incrementar la efectividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecer una Corte y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basa la estructura institucional.

II.5 CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD DE

²⁶ La OEA es una organización regional del tipo al que hace alusión el artículo 52 de la Carta de las Naciones Unidas.

CONCIENCIA

El artículo 18 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** consagra tal libertad, señalando:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”

Lo consagrado por el artículo 18 n°1 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** es similar a lo señalado anteriormente por Declaración Universal, lo que demuestra que el Pacto es una forma de dar protección a dicha Declaración. Ahora, en cuanto al n° 2 del mismo artículo agrega:

“Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”.

Por lo que la privación de libertad no puede afectar a los reclusos a tener u adoptar las creencias que estimen como verdaderas de manera personal.

En el n° 3 se añade que la libertad de manifestar la religión estará sujeta únicamente a limitaciones “prescritas por ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Es decir, las limitaciones que se puedan adoptar sobre esta libertad, únicamente podrá estar previstas por ley y no por norma de inferior rango legal, como el reglamento.

Por su parte, el artículo 9 del **Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales** no hace más que repetir el artículo 18 de la Declaración Fundamental de la ONU, al igual que el posterior artículo 10 de la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. Como la Carta tiene el mismo sentido y alcance que el CEDH, posee también las mismas limitaciones²⁷.

En el ámbito latinoamericano, el **Pacto de San José de Costa Rica** se asemeja al Convenio Europeo, sobre todo en cuanto además de señalar lo que abarca la libertad de conciencia, agrega que las limitaciones deben estar previstas por ley y ser necesarias para ciertos objetivos, tales como, la seguridad, el orden o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

II.6 CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 19 de la **Declaración Universal** declara:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

²⁷ Estas limitaciones serán tratadas al hablar de la consagración internacional de la Libertad de Expresión.

Esta norma, aún cuando no contempla la expresión “Derecho a la Información”, contiene las tres facultades que lo integra, cuales son: investigar, recibir y difundir.

A pesar de la consagración de las libertades de expresión y conciencia por la Declaración Universal, en lo que respecta a la privación de libertad, existiría ya una restricción que vendría a ser el primer antecedente de las limitaciones que posteriormente se verificarían en este aspecto. Nos referimos a la disposición contemplada el artículo 29.2, en que trata la posible restricción de los derechos fundamentales en aras a “satisfacer las justas exigencias del orden público”. Si bien esta restricción encuentra, a su vez, un límite cuando se establece que “estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”, no deja de ser un importante precedente, que vendrá a configurar una *devaluación* de toda una serie de derechos y libertades para los privados de libertad, como veremos mas adelante (Capitulo IV, 2.)

En cuanto al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** su artículo 19 proclama:

1.- “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”, aspecto ya mencionado en la Declaración Universal.

2.- “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 o por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” Este norma concuerda con el artículo 19 de la Declaración Universal, ampliándose más en los medios de acceso a la información, dejando una fórmula abierta de conocimiento a través de la frase “o por cualquier otro procedimiento de su elección”. El Pacto trata aún en forma precaria y rudimentaria el derecho a la libertad de expresión, pues expresa como un todo las libertades de expresión e información.

3.- Señala que al entrañar el ejercicio de esta libertad deberes y responsabilidades especiales, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán “estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el debido respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Resumiendo entonces, los elementos centrales del derecho a la libertad de expresión, tanto en la Declaración Universal, la Convención Americana y el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son:

La libertad de opinión: Esta libertad garantiza a las personas su derecho de opinar públicamente (especialmente a través de un medio de comunicación social), sin ser molestadas o perturbadas a causa de ellas. El Pacto si bien reconoce que la libertad de expresión puede ser limitada en ciertos casos, señala que la libertad de opinión no podrá limitarse en caso alguno.

La libertad de expresión (o de información): En los instrumentos internacionales se refiere a la difusión de informaciones por los diversos medios de comunicación. Como señalábamos, no se trata de un derecho absoluto como el anterior y tanto el Pacto, como

la Convención Americana contemplan situaciones en que podría legalmente restringirse su ejercicio.

Libertad de investigación : Se reconoce como el derecho a investigar, buscar y recibir informaciones e ideas.

El **Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales** garantiza en su artículo 10.1 la libertad de expresión, agregándole al texto de la Declaración Universal el que no puede haber injerencia de la autoridad pública en su ejercicio. Relacionándolo con el recién transcrito artículo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, éste último continua siendo más amplio en consagrar los medios de acceso a la información.

Este derecho fundamental para el Convenio Europeo se compone de una serie de libertades: libertad de opinión, de recibir información o ideas y de poder comunicarlas. El reconocimiento de estas libertades en principio no es excluyente (“toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión”) y la circulación de tales opiniones, informaciones o ideas no puede restringirse a ningún ámbito geográfico (“sin consideración de fronteras”). Este amplio reconocimiento tiene, sin embargo, numerosas restricciones y excepciones que aparecen contenidas en las legislaciones de numerosos países:

Una genérica, al establecerse que “el presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”

Este “régimen de autorización previa” está dirigido a ciertas empresas dedicadas a comunicación de masas: radio, cine, televisión. No sucede lo mismo con la prensa escrita, que no podrá estar sujeta a ningún régimen semejante.

Otras limitaciones que puedan someterse a “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para:

la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública

la defensa del orden y la prevención del delito

la protección de la salud o de la moral

la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial” (artículo 10.2)

Cualquier excepción al libre ejercicio de estas libertades ha de estar “prevista por ley”, lo cual rechaza las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos y es una consecuencia más del principio de legalidad en la actividad administrativa. La previsión legal se exige para toda excepción al ejercicio de estas libertades, es decir, para las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones; y además se exige que las limitaciones sean “necesarias en una sociedad democrática”²⁸. Las restricciones

²⁸ La explicación de lo que debe entenderse por “necesarias para una sociedad democrática” será dada más adelante, cuando se hable del derecho a la inviolabilidad a la correspondencia.

impuestas por el CEDH no están señaladas en el artículo 19 de la Declaración Universal, donde tampoco se menciona ningún tipo de autorización previa a los medios de comunicación de masas.

En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ²⁹, se señala que, en cuanto a la configuración del ámbito de la libertad de expresión, las normas que establecen excepciones a los derechos contemplados y garantizados por el Convenio deben interpretarse restrictivamente. “El TEDH ³⁰ tiene competencia para comprobar, a la vista de los hechos y de las circunstancias del caso, si una sanción se concilia con la libertad de expresión” ³¹. Estas limitaciones son las mismas que pueden ser impuestas para la garantía del artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por otro lado, El Pacto de San José de Costa Rica, aclara lo que debe entenderse por informaciones e ideas. La palabra “Informaciones” comprende noticias y otros datos cuya veracidad es en principio susceptible de confirmación. “Ideas” debe ser entendida en un sentido amplio, incluyendo opiniones, creencias, proposiciones, peticiones, juicios valorativos, críticas, etc. Esta distinción tiene importancia debido a que las informaciones falsas o inexactas pueden dar lugar a responsabilidades ulteriores o derechos especiales.

Los dos aspectos del derecho a la libertad de expresión, “buscar y recibir”, así como “expresar y difundir” informaciones e ideas, están íntimamente vinculados. Sin embargo, el derecho de buscar y recibir información, según expresa el Relator Especial para la Promoción y protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, es un derecho separado y no supone necesariamente la difusión de la información encontrada o recibida. Por su parte, la Corte Interamericana ha declarado que la “expresión” y la “difusión” del pensamiento y la información son indivisibles, por lo que una restricción a la divulgación representa directamente un límite al derecho a expresarse libremente.

El Pacto de San José de Costa Rica ha influido en las legislaciones latinoamericanas, entre ellas en la de nuestro país, lo que resulta evidente al observar que en ambos ordenamientos, por un lado se prohíbe la censura previa, pero a la vez se acepta en resguardo de la integridad moral de los menores, con relación a los espectáculos públicos. Este Pacto, tomando en cuenta los otros pactos y convenios que le sirvieron de sustento, no abunda en detalles acerca del concepto de las libertades de pensamiento y expresión, sino que prefiere establecer, a título de garantía, las restricciones que son plausibles, excluyendo cualquiera otra.

Prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia

Relacionamos este derecho con la libertad de expresión en cuanto, dentro de ésta última

²⁹ Caso Silver y otros, sentencia del 25 de marzo de 1983.

³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos

³¹ Iñaki Rivera Beiras, *La devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos*, página 119. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997.

se engloba el concepto de recibir información.

Con respecto al reconocimiento internacional de este derecho, la Declaración Universal establece en su artículo 12 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su (...) correspondencia. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Pareciera que este derecho no admite excepciones, pero al incluirse el término arbitrarias, hace suponer la permisión de aquellas injerencias o ataques que no revistan tal carácter, no dejándose claro que debe entenderse por arbitrarias.

Esta garantía se encuentra reconocida con claridad en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 números 1 y 2. Se destaca la protección de este derecho debido a la “profunda importancia que tiene la correspondencia en el interior de una institución de reclusión”³². El número 2 de este precepto añade, además que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques”, por lo que no limita su ámbito de protección.

Por otra parte, aún cuando el CEDH reconoce el derecho al respeto de la correspondencia en su artículo 8.1, ha sido devaluado por el TEDH en el ámbito penitenciario. En principio, la consagración de este derecho no excluye a nadie de su ejercicio. Sin embargo, el número 2 del mismo artículo enumera una serie de excepciones:

que la “injerencia” en la correspondencia sea “necesaria para las seguridad nacional”;

o para la “seguridad pública”;

o para el “bienestar económico del país”;

o para la “defensa del orden y la prevención del delito”;

o para la “protección de la salud o de la moral”

o para la “protección de los derechos y libertades de los demás”

Ahora bien, tales excepciones han de observar dos requisitos:

que la injerencia de la autoridad pública esté prevista por ley. Este presupuesto de previsión legal supone una aplicación del principio de legalidad, en que la actividad de la administración debe desarrollarse conforme a derecho.

que la injerencia sea justificable como necesaria en una sociedad democrática. El CEDH no precisa que entienda por sociedad democrática, pero sí el TEDH³³

El TEDH manifestó³⁴ que “El Tribunal entiende, que la necesidad de interferir en el ejercicio del derecho de un condenado recluso respecto a su correspondencia debe apreciarse en función de las exigencias normales y razonables de la detención. La

³² Ibidem

³³ Caso Silver y otros, sentencia de 25 de marzo de 1983.

³⁴ Caso Golder, sentencia de 21 de febrero de 1975.

defensa del orden y la prevención de infracciones penales, puede justificar interferencias más amplias en relación con un recluso que con una persona en libertad”. En esa medida, pero sólo en esa medida, una privación de libertad no deja de repercutir en la aplicación del artículo 8.

Posteriormente, el TEDH afirmó que ³⁵ para realizar una correcta interpretación del artículo 8 del CEDH han de tomarse en consideración una serie de principios. El primero se refiere a que la “interferencia” debe basarse en el Derecho interno. En este caso, el gobierno inglés considera a la Ley de Prisiones y a su Reglamento, pero no a las Instrucciones y Circulares, por no tener fuerza de ley. Además se requiere que la ley pueda conocerse, es decir, el ciudadano debe disponer de información suficiente, dadas las circunstancias sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso. La Ley y el Reglamento de Prisiones cumplen este requisito, no así las Instrucciones y Circulares, pues no han sido publicados. También, en cuanto a este punto, establece que sólo podrá considerarse como ley una norma estipulada con precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta, y pueda ser capaz de prever razonablemente según las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un determinado acto. El TEDH ha señalado al respecto, la imposibilidad de llegar a una certeza absoluta en la redacción de las leyes, y su preocupación de que por lograrla se llegue a una rigidez excesiva. Se considera como una segunda premisa básica el que, como ya señalamos, las injerencias, además de estar previstas por ley, deben realizarse en una sociedad democrática ³⁶.

En una nueva Sentencia ³⁷ el TEDH afirmó que la censura de una carta meramente personal de un recluso viola el artículo 8 del CEDH; pese a ello, posteriormente declara “las reglas sobre el franqueo de la correspondencia no le parecen faltas de razón”, e incluso que “es aconsejable alguna fiscalización de la correspondencia de los presos y que ello no se opone en sí al Convenio”.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra la inviolabilidad de la correspondencia en su artículo 7, repitiendo el texto del CEDH, salvo en cuanto sustituye la palabra correspondencia por comunicaciones, debido a la evolución técnica del tema. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido, alcance y limitaciones que el artículo correspondiente del CEDH.

³⁵ Ibidem cita 33.

³⁶ Este fallo precisa lo que debe entenderse por tal, al declarar que el adjetivo “necesaria” no es sinónimo de “indispensable”; tampoco tiene la flexibilidad de términos como “admisible”, “normal”, “útil”, “razonable” u “oportuno”. “Necesaria en una sociedad democrática” significa que, para estar de acuerdo con el Convenio, la intervención debe corresponder especialmente a “una necesidad social imperiosa” y ser “proporcionada a la finalidad legítima perseguida” (Página 22-23, apartados 48-49.)

³⁷ Caso Boyle & Rice, sentencia de 27 de abril de 1988.

CAPÍTULO TERCERO

III. CONSAGRACIÓN LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LAS LIBERTADES ESPECÍFICAS DE EXPRESIÓN Y CONCIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

III. 1 LIBERTAD DE EXPRESIÓN

III. 1 .1 CONCEPTO Y BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El valor de la libertad no opera sólo en el ámbito privado de la conciencia subjetiva de cada persona, debido a que somos seres humanos y nos constituimos por el diálogo y la comunicación. Es por esto que el respeto de la libertad se relaciona también y fundamentalmente, con el hacer público el pensar, con la posibilidad de opinar, ser informado y hacer circular las ideas sin las limitaciones previas o arbitrarias de la autoridad. Este derecho se fundamenta en la libertad esencial del ser humano para expresar sus ideas, sea cuales fueren, sin ningún tipo de censura.

La libertad de expresión supone tanto el derecho de comunicar como de recibir información o ideas de toda índole y por cualquier medio. Este concepto dual abarca tanto la libertad de opinión, como la de información. Esta última, alude al derecho, principalmente de los medios de comunicación social, de difundir informaciones; y por consiguiente también, al derecho de toda persona a recibir dichas informaciones.

El derecho a la información es entendido como aquel conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto la tutela, reglamentación y delimitación del derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos noticiables, por fuentes propias o a través de los medios de comunicación social u otros que pudiera el hombre inventar.

Por su parte, la libertad de opinión es aquel derecho que tiene cada persona de manifestar públicamente o expresar sus pensamientos, parecer, opiniones, ideas, creencias y juicios de valor sin censura previa, en cualquier forma y a través de cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio.

La libertad de opinión es un derecho personalísimo y está encuadrada dentro de los derechos civiles; es decir, acompaña a toda persona humana, independiente de cual sea su condición.

La libertad de expresión es la base de las libertades públicas y del sistema democrático. La Asamblea General de Naciones Unidas, en la resolución 59, de 14 de junio de 1946 ha declarado que es un derecho fundamental, calificándolo como “la piedra angular de todas las libertades a las cuales las Naciones Unidas está consagrada” y como “un factor esencial de cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso en el mundo”.

La libertad de expresión, tal como hoy se conoce, tiene sus raíces en la Ilustración. Los filósofos y pensadores de dicha época inspiraron los instrumentos de las revoluciones liberales, tales como la Constitución de Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El pensamiento liberal radicaba su confianza en la fuerza creativa de la libertad individual y de la libre interrelación de ideas y opiniones. Es así como reconocía la vital importancia de la libertad de expresión, entendida como el núcleo de un sistema de libertades que englobaba la libertad de conciencia, es decir, el derecho a sostener opiniones o creencias religiosas o de otro tipo. Además de ser concebida en su dimensión creativa, la libertad de expresión es considerada en su papel cautelar, debido a su naturaleza irradiante, como herramienta indispensable para mantener los poderes del Estado bajo el control de los ciudadanos.

La protección de la libertad especial de expresión no está dada solamente por las Constituciones, leyes, convenciones y reglamentos en que se contempla y garantiza, sino que además, genéricamente existe la protección dada por el **derecho general de libertad**. Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán³⁸, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es entendido como “el derecho a la libertad de acción humana en el más amplio sentido”. Esta tesis, que postula que dicho artículo contiene un derecho fundamental *independiente* que garantiza la libertad general de la acción

³⁸ Al interpretar el artículo 2 párrafo 1de la Ley Fundamental. Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales. Capítulo séptimo, páginas 331 y ss. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

humana, por tanto, la protección de la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera tiene importantes consecuencias:

significa, por una parte, que a toda persona, en caso de que no existan restricciones, le está permitido *prima facie*, hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva)

y, por otra parte, que toda persona, en caso que no intervengan restricciones, tiene *prima facie* un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)

Lo anterior se ve aplicado en que la libertad de expresión se exterioriza también en la libertad que tiene cada cual de decir, opinar, escribir, publicar y recibir informaciones, y todo ello también en forma omisiva; es decir, de omitir lo que se quiera, eligiendo entre distintas alternativas de acción, en lo que se conoce como libertad negativa en sentido amplio. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que sus alternativas de acción no estén obstaculizadas. Visto desde el punto de vista de la *libertad jurídica*³⁹, está permitido tanto hacer como no hacer, lo que corresponde al caso de cuando algo no está ordenado ni prohibido. En la libertad de expresión, aparte de lo señalado por la Ley 19.733 referida más que nada a la libertad de prensa, es poco lo que se ha estipulado legalmente, lo que implica que de otra manera se podría hacer todo aquello que no esté ordenado ni prohibido, situación que como iremos mostrando a continuación no ocurre en la práctica dentro de los establecimientos penitenciarios.

III.1.2 CONSAGRACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980

La Constitución de 1980 garantiza en el Capítulo III, denominado “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, específicamente en el artículo 19 número 12 la libertad de expresión:

Art. 19. “La Constitución asegura a todas las personas:

12° La libertad de emitir opinión y la de informarse, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado...”

El primer elemento que encontramos en esta garantía lo constituye “la libertad de opinión y de información”. Dar opinión consiste en la posibilidad de transmitir ideas, opiniones y pensamientos que se tengan a otros, siendo básico que la transmisión emane de quien opina. La libertad de información, por su parte, es la difusión de una opinión o información de que se ha tenido conocimiento.

III.1.2.i) Actas Constitucionales

Para arribar a la consagración del contenido de esta libertad en la Carta, es necesario conocer las actas oficiales del Constituyente. Con esta finalidad se designó una Comisión

³⁹ Según Alexy, la libertad jurídica es el caso más claro de la libertad negativa en sentido estricto o libertad liberal, que tiene lugar cuando los obstáculos a la acción son actos positivos de impedimento de parte de otros, en especial del Estado.

para la elaboración de un anteproyecto para la nueva Constitución ⁴⁰. A su vez, la Comisión designó Subcomisiones para facilitar la labor y una de éstas fue la encargada de tratar todo lo relacionado con la libertad de opinión e información. Para ella la libertad de opinión es la “facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree” y la libertad de información “tiene por objeto hacer partícipe a los demás ese pensamiento y dar a conocer hechos del acontecer nacional o internacional” ⁴¹.

a) Sesiones principales:

Entre las más importantes intervenciones al respecto, encontramos:

a.1) En la Sesión 91º (celebrada en 28/11/74) se expresa que en esta libertad hay dos bienes jurídicos tutelados por la autoridad, el legislador y el constituyente; el derecho a expresar una opinión a través de cualquier medio de comunicación social y el derecho a exigir que las informaciones que se dan en el ejercicio sean objetivas, veraces y oportunas. Se agrega que en las naciones democráticas la esencia de la libertad de expresión es su ejercicio sin censura previa, lo que implica que “ninguna autoridad puede decidir anticipadamente sobre qué puede opinarse y qué no puede opinarse” ⁴².

a.2) Del informe emanado de la Subcomisión encargada de redactar el Estatuto Jurídico de los Medios de Comunicación Social y que se incluye como anexo de la sesión 91º, se destacan las siguientes ideas: la libertad de expresión vista como un derecho individual, debe considerarse como uno de los pilares del sistema democrático, y cabe adecuar este concepto a la realidad del mundo moderno, de tal modo que ya no podamos hablar sólo de un derecho individual de opinión, sino que, además, de un derecho social, representado por el derecho de la comunidad a recibir las informaciones que son el resultado de la libre expresión de las ideas. La libertad de opinión ha tenido que ser profundizada y sobre todo redefinida por la amplitud alcanzada por las comunicaciones.

a.3) Se estima conveniente distinguir entre los conceptos de libertad de opinión, entendida como la facultad de toda persona para exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción lo que piensa o cree; y la libertad de información como complemento de la primera. Para que dichas libertades sean reales no puede existir censura previa y deben, por tanto, estar insertas en un régimen de carácter exclusivamente represivo.

b) Bienes jurídicos presentes en la garantía constitucional:

En la garantía constitucional en estudio existen distintos bienes jurídicos: dos derechos propiamente individuales y un derecho colectivo o social. Dentro de los derechos individuales encontramos los derechos de opinar e informar. El derecho de opinar es la

⁴⁰ Dicha Comisión fue creada a través del Decreto Supremo N° 1.064 del Ministerio de Justicia publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1973.

⁴¹ Enrique Evans, *Los Derechos Constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1986

⁴² Ibidem

consecuencia de la capacidad de raciocinio y de la libertad de conciencia; el derecho de informar es el ejercicio, casi fundamental, pero no exclusivo de los periodistas, de la gente dedicada a dar a conocer a los demás el desarrollo de los fenómenos políticos, sociales económicos o naturales, configurando lo que tradicionalmente se conoce como libertad de prensa. El derecho a ser informado o derecho a informarse es un derecho social, que corresponde a la facultad que tiene la colectividad⁴³ de recibir las opiniones, conceptos, investigaciones y trabajos que la inteligencia humana sea capaz de producir y de recibir, pudiendo accederse a la noticia libremente, independiente de la fuente de donde emane la noticia. Para aclarar el problema de “donde” informarse, la Subcomisión de Reforma Constitucional adoptó una frase de la Constitución alemana, que habla del derecho de informarse “en las fuentes accesibles a todos”.

En Sesión 230 se estima que estamos en presencia de dos valores jurídicos distintos. El derecho de informar es un derecho inalienable, pero informar verazmente es una obligación ineludible cuando corresponde informar. Por su parte, el derecho a opinar es inalienable, pero al opinar puede perfectamente equivocarse, porque que no es obligación opinar acertadamente; el raciocinio y el talento humano son los que tienen que demostrar el error o la verdad en una determinada afirmación. Es por ello que estos derechos deben ser tratados de modo distinto: ser muy exigentes respecto del derecho y la libertad de informar y ser más amplios respecto del derecho a opinar.

c) Naturaleza de las normas que regulan la garantía constitucional:

En cuanto a la naturaleza de las normas que regulan esta garantía constitucional se mantiene el criterio de que debe ser regida por normas de carácter represivo⁴⁴ y no preventivo; en otras palabras debe ejercerse **sin censura previa**⁴⁵, pero sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley. La práctica de las libertades de opinión e información están regidas por el “principio de responsabilidad”, de modo que quienes al exteriorizar o difundir opiniones o informaciones incurran en delitos o abusos deberán afrontar las consecuencias que establezca una ley de quórum calificado.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define censura previa como “Examen y aprobación que anticipadamente hace el censor gubernativo (entendido

⁴³ El señor Schweitzer, en la Sesión 228 celebrada el 1° de julio de 1976, respecto al derecho a la información, señala que le corresponde primero a la persona individual; luego al profesional, que por la naturaleza de su actividad debe estar informado, para que a su vez, pueda ejercer su misión informativa; y en tercer lugar a la comunidad toda, que tiene el derecho a ser y estar permanentemente informada, de manera veraz, oportuna y objetiva.

⁴⁴ “La Constitución contempla un sistema de responsabilidad *ex post* o posterior al ejercicio de dichas libertades. Si hubiera admitido el sistema preventivo, entonces tendríamos lo que puede ser censura previa”. José Luis Cea Egaña, *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II. Página 206.

⁴⁵ Es decir, según las palabras del Profesor José Luis Cea: “...para opinar e informar no se precisa del permiso que, con antelación a la difusión de la opinión o información debe dar la autoridad de Estado”. José Luis Cea Egaña, *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II. Página 204.

como la autoridad correspondiente) de ciertos escritos antes de darse a la imprenta”. Este concepto apunta a que se trata de un control previo; extendiéndose la palabra “escritos” a todo otro medio de expresión ⁴⁶.

El Tribunal Constitucional al respecto señala que como para el constituyente son tan importantes las libertades de opinión e información, sólo contempla la afectación de su ejercicio a través de la suspensión o restricción que pueda decretar el órgano constitucional habilitado, en caso de que ocurran los estado de excepción constitucional de los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política ⁴⁷.

Aunque nuestra Constitución prohíbe la censura previa, contiene en el inciso final del artículo 19 n° 12 una excepción concreta para la censura cinematográfica, labor de una agencia del Ministerio de Educación llamada el Consejo de Calificación Cinematográfica (CCC).

En la práctica en Chile la censura previa emana de decisiones judiciales que, por ejemplo, prohíben la publicación de un libro o la emisión de una película ⁴⁸, fruto de las demandas presentadas por particulares contra los editores o autores por considerar la publicación o emisión contraria al derecho constitucional del honor. Es en estos casos cuando entran en conflicto dos derechos de índole constitucional.

III.1.3 LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 19 n° 12 de la Carta Fundamental asegura la libertad de expresión, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de ella. No obstante no deja en claro con que motivo se puede limitar el derecho, sólo dispone que dichos motivos deben establecerse por ley. Toda limitación debe ser entendida como un instrumento de restricción que actúa a posteriori.

Nuestro país al haber suscrito la Convención Americana, debe atender a las causales de restricción establecidas en el número segundo del artículo 13, causales parecidas a las de otros instrumentos internacionales ⁴⁹. Sin embargo es original ya que

⁴⁶ La Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso “Impunidad Diplomática”, causa Rol 983-93, “A.L.C con F.M.” sostuvo que “...en sentido técnico y estricto consiste en el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicado por agentes administrativos que operan como vigilantes respecto de las ideas – no sobre conductas – religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernantes o para el control que éstos ejercen sobre la sociedad... ...la censura previa en los términos expuestos es inaceptable y contraria al régimen democrático, lo que no significa que en determinados casos o circunstancias, ciertamente excepcionales y amparando el bien común – al que se refiere el artículo 1° de la Constitución – ésta sea permitida como ocurre por ejemplo en el propio artículo 19 n° 12 inciso final”.

⁴⁷ Considerando 19° de la sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciada el día 22 de noviembre de 1993, rol n° 176.

⁴⁸ Casos, como por ejemplo: “Impunidad Diplomática” y la “Última Tentación de Cristo”.

⁴⁹ Dichas causales son: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

prevé un caso en que permite la censura previa ⁵⁰. Las restricciones deben estar **establecidas por ley** y deben ser **necesarias** para la consecución de los objetivos mencionados en el numeral segundo; este requisito está calificado en las convenciones en la referencia que se hace a una “sociedad democrática”. Necesaria no es lo mismo que indispensable, pero se atiende a que “la restricción debe responder a una apremiante necesidad social, debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados” ⁵¹. Además las limitaciones al ejercicio de este derecho deben ser **proporcionales** al fin buscado, es decir, no deben ir más allá de lo estrictamente requerido para la protección del interés público o los derechos de los otros.

El derecho al honor también es considerado como límite de la libertad de expresión, por lo que en esta situación nos encontramos frente a una colisión de derechos fundamentales, ya que están en pugna diferentes bienes jurídicos ⁵². El honor al tener como fuente a la virtud es esencialmente variable. Constitucionalmente aparece recogido en el artículo 19 n° 4:

“La Constitución asegura a todas las personas: el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”

Para dar solución a la colisión de derechos fundamentales, es preciso recordar ciertas nociones de la teoría de los derechos fundamentales ⁵³. Así es como la manera en que se solucionan las posibles contradicciones o conflictos entre reglas y principios son distintas. Cuando dos reglas entran en conflicto, indefectiblemente una de ellas desplazará a la otra, debido a que su condición bivalente sólo permite que una de ellas se cumpla, y por ende, la otra que resulta ser contraria sea eliminada; a menos que la regla tenga una excepción, caso en que no hay conflicto ⁵⁴. Ahora, cuando dos principios entran en colisión, la solución es más compleja, ya que si reconocemos que los principios tienen una aplicación gradual, entonces en una situación de antinomia, dos principios opuestos pueden coexistir en grados distintos. Es por ello que Alexy sostiene que frente a una colisión entre dos principios, uno de ellos cede a favor del otro, sin que ello implique

⁵⁰ En su numeral cuarto: “los espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia”

⁵¹ *Los límites de la Tolerancia: Libertad de expresión y debate público en Chile*. Human Rights Watch. José Zalaquett. Páginas 41-42.

⁵² Caso también aplicable al derecho fundamental y constitucionalmente garantizado de la intimidad.

⁵³ Esta teoría, en relación con la estructura de las normas, distingue entre reglas y principios. Reglas son las normas que ordenan que algo debe ser cumplido de manera definitiva o cerrada; respecto a ellas sólo caben dos posibilidades en cuanto a su eficacia: o se cumplen o son inobservadas (cumplimiento binario: sí/no): Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de suerte que su eficacia o cumplimiento es diversa y gradual (lógica ordinal: mejor/peor).

⁵⁴ Para determinar la regla que es válida, la teoría general del derecho contempla distintos criterios de solución, entre ellos: el criterio de temporalidad (la regla posterior deroga la anterior), el criterio de especialidad (la regla particular antes que la regla genérica) y el criterio de jerarquía (prevalece la regla jerárquicamente superior)

que éste desaparezca, como sucede con las reglas ⁵⁵. La importancia o peso de cada principio no tiene un carácter objetivo o cerrado, sino que estará condicionado por las circunstancias que reclaman su intervención, a las que Alexy llama “las condiciones fácticas y jurídicas” del caso que demandan la aplicación del principio ⁵⁶.

Teniendo ya estos antecedentes, cabe concluir que, al tener las normas de derechos fundamentales como objeto de regulación la positivización de valores comunes y esenciales a toda la comunidad y siendo los valores categorías axiológicas comprendidas como directrices para el orden social, corresponden estructuralmente a principios jurídicos. Siendo tal categoría de normas, en caso de tensión entre ellas, se debe considerar cuál de los derechos exhibe un mayor peso relativo en frente del otro: en este caso la colisión existe entre la libre expresión de las ideas y el derecho a la honra.

Lo que sí está claro es que el ejercicio del derecho debe ser legítimo para no caer en el abuso del derecho. Es el juez quien, a posteriori, debe valorar y ponderar la legitimidad de la información, decretando si afecta o no el honor, y si así fuera, si es justificado o no por el ordenamiento. En todo caso, en nuestro país generalmente la jurisprudencia se ha limitado a realizar un examen exegético de la Constitución, sea que se considere que ella misma contemple una solución, sea que las oficiales o la historia fidedigna la consigne ⁵⁷.

III.2 LIBERTAD DE CONCIENCIA

III.2.1 CONCEPTO

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *conciencia*, en su primera acepción significa “la propiedad del espíritu humano de reconocerse en todos sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que experimenta”.

Así, pues, la conciencia es la capacidad o facultad para percibir la propia esencia como persona y como radical libertad, para percibir la propia identidad y, por tanto, para percibirse como distinto de “lo otro” y de “los otros” en razón de sus características singulares y como sujeto único al que han de referirse todos los cambios,

⁵⁵ Esta idea se entiende con el postulado dworkiniano del “peso de los principios”; en que en un caso determinado, uno de éstos será digno de mayor protección por tener mayor peso o importancia relativo que el otro. Ronald Dworkin, *Los Derechos en serio*. Ariel. Barcelona, 1984, páginas 70 y ss.

⁵⁶ De tal manera que es posible que en un caso, bajo determinadas circunstancias, un principio preceda en su aplicación a otro, y que dadas otras condiciones, sea éste último el que se aplique, precediendo al primero. No puede establecerse de antemano la relación de prioridad entre los principios, a su respecto sólo se puede fijar un procedimiento de “ponderación racional”, que establece como es posible decidir entre principios frente a un caso determinado.

⁵⁷ Este peligroso estado de cosas ha causado, según el Profesor Fernando Atria, “el efecto esterilizante” en la doctrina y jurisprudencia chilena, según el cual, las motivaciones e impresiones de una determinada generación siguen inspirando las razones aducidas para justificar determinadas decisiones constitucionales. Fernando Atria, *Los Peligros de la Constitución*. Cuaderno de Análisis Jurídico 36. Universidad Diego Portales. Santiago, 1997.

transformaciones y acciones, dando así unidad a la propia historia ⁵⁸ .

La determinación de la diferenciación frente a “lo otro” y “los otros”, viene dada tanto por la percepción de la propia identidad como de la propia historia. Es esa percepción la que nos dictamina que debemos hacer y que no, qué es correcto y que no; tomando en cuenta que la coherencia entre convicciones y conducta externa es la base de la “dignidad personal”, entendida por el Tribunal Constitucional español como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”

La percepción es un acto interno intangible ⁵⁹ y no controlable por el derecho, hasta el momento en que se exterioriza, voluntaria o involuntariamente de forma unívoca; en ese caso la expresión es jurídicamente relevante (al menos para los derechos estatales o seculares, pero no para los derechos confesionales)

El término libertad de conciencia también es comprendido cuando se habla de libertad ideológica o libertad de pensamiento. Postularemos que todos estos casos se refieren a un fenómeno interno que cuando se exterioriza tiene relevancia jurídica; sin embargo, los conceptos idea, pensamiento y conciencia no significan inicialmente lo mismo, sólo por extensión pueden llegar a tener parcialmente un significado similar. Se entiende que las ideas “se tienen”, y se elaboran por cada uno de nosotros sobre la base de percepciones sensibles, son producto del razonamiento y por ende, racionales. Las creencias, por otro lado, “nos tienen”, son nuestro sustento, por ello la duda no es consustancial con las creencias, pero sí con las ideas, porque al ser ellas la explicación de un problema con conciencia de provisionalidad, son permanentemente sometidas a revisión; las creencias, por otra parte, al explicar un problema lo hacen al margen de todo error, tratando de que sea definitiva.

Podemos así afirmar que conciencia menciona al sujeto, pensamiento a la acción e idea a su resultado. Sólo por extensión pensamiento hace referencia también al resultado, idea a la acción y conciencia a las tres cosas: sujeto, acción y resultado.

Teniendo claras las precisiones anteriores, podemos definir la libertad de conciencia en cuanto derecho subjetivo, como el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas ⁶⁰ . Incluiría entonces esta libertad tres aspectos:

⁵⁸ Dionisio Llamares Fernández, *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Tomo I “Libertad de conciencia y laicidad”. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

⁵⁹ Según el Instituto de Estudio para América Latina y África, la libertad de conciencia o pensamiento es un derecho de exclusión, pues el derecho no hace referencia a la interioridad de la persona. Lo que se pretende regulándolo es poner barreras a las injerencias ilícitas sobre la acción del pensamiento, de tal manera que la persona pueda actuar conforma a sus propias creencias, opiniones e ideología.

⁶⁰ Ibidem

Libertad para tener unas u otras convicciones, creencias e ideas, opiniones y, por tanto una u otra cosmovisión, teológica o no. Aún cuando los fenómenos de conciencia internos son jurídicamente irrelevantes, tienen un aspecto jurídicamente controlable y exigible, cual es el derecho a formar libremente la propia conciencia.

Libertad para expresar y manifestar, o no esas convicciones (creencias, ideas u opiniones) para transmitir las, propagarlas y enseñarlas, haciendo al resto partícipe de ellas. En este nivel tienen su razón de ser los derechos de libertad de enseñanza y de libertad de expresión. De hecho ésta última tiene su fundamento en la libertad de conciencia, siendo una prolongación de ella.

Libertad para comportarse de acuerdo a esas convicciones, así como a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas. Tienen su fundamento en este nivel, por ejemplo, tanto el derecho a la objeción de conciencia, cuando exista contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica, como el derecho a que sólo fundamentamente la norma jurídica coarte la libertad de conciencia, ya que el derecho es una herramienta para la libertad y no contra ella.

El derecho a no ser obligado a comportarse en contra de las propias convicciones no está protegido por el ordenamiento jurídico cuando implique una violación a un mandato legal; en caso de contradicción entre ley y opinión, prevalece la primera. Esta es la base de la objeción de conciencia por contradicción de la ley con las opiniones propias. El derecho de objeción deberá ser reconocido por la ley cuando la conducta o comportamiento sea tan contrario a ciertas convicciones arraigadas a la identidad de la persona, que una infidelidad a ellas sea como una traición a si mismo.

El derecho a la libertad de conciencia es considerado como el pilar de los demás derechos fundamentales y como base de los sistemas democráticos, ya que enfatiza la individualidad del ser humano en la sociedad y da cuenta de la necesidad de cada persona de autopercebirse como un sujeto único e irrepetible, reconocido y respetado como distinto a otro. En la distinción entre seres humanos encontramos una fuente de riqueza y creatividad, debido a que es imposible que todos piensen, opinen y deseen igual. Es por esto que la libertad de conciencia se confunde con la identidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, de hecho la conciencia no es más que la percepción que se tiene de sí mismo desarrollada en el único medio posible: en libertad.

Dentro de los derechos de la personalidad, encontramos el **derecho a la integridad**, que se relaciona directamente con la libertad de conciencia. Este derecho comprende la protección de la imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores. La Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en el párrafo 1 del artículo 5: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". El derecho a la integridad personal se entiende como el conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permitan al ser humano su existencia. En este ámbito nos interesa la integridad psíquica y moral; "la inviolabilidad de la integridad psíquica se relaciona con el derecho a no ser obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad"⁶¹. La integridad moral es el derecho a la identidad individual, el

⁶¹ María Isabel Afanador, *El Derecho a la Integridad Personal. Elementos para su análisis*. Reflexión Política Año 4 N° 3 ISSN, UNAB Colombia. Convergencia n° 30, 2002.

equilibrio psicofísico, el derecho a vivir como el ser humano que se es. Incluye, por tanto, a la libertad ideológica, religiosa y a poder expresar libremente sus opiniones. El derecho a la integridad moral da unicidad a las personas, es decir, les permite poder desarrollar su personalidad y ser un individuo único e irrepetible.

El hecho de que la conciencia, los pensamientos y creencias se desarrollen en un medio social y tiendan a manifestarse públicamente, requiere que se aseguren jurídicamente ciertas condiciones por parte de los Estados, sobre todo tomando en cuenta de que el proceso de socialización conlleva siempre riesgos para la integridad e identidad personal. Por ello las instituciones de la sociedad, los poderes y las formas de convivencia deben respetar el que cada persona pueda forjar su libertad de conciencia, a través de un pensamiento o una determinada creencia.

La libertad de conciencia es el género de la especie libertad religiosa o de culto, lo cual quiere decir que las creencias, convicciones, ideas o meras opiniones pueden ser o no religiosas; es por ello que toda cosmovisión o sistema de ideas y creencias puede ser o no teológicas. El derecho a la libertad religiosa se entiende como el derecho para tener fe religiosa y para no tenerla, es decir, incluye aparte de poder tener creencias religiosas la pura negatividad: a no tener creencias religiosas y no ser obligado a tenerlas. La facultad de tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias no está abarcado dentro del contenido del derecho a la libertad religiosa, sino que pertenece al ámbito de la libertad de conciencia.

III.2.2. COSMOVISION Y ORDEN VALORICO INTERNO

Según el Diccionario de la Real Academia Española cosmovisión es la “manera de ver e interpretar el mundo”⁶². Por otra parte, valor, en la acepción tercera del mismo diccionario es el “alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase; y valorar, en su acepción segunda es “reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo”⁶³. Orden valórico, deduciéndose de estas palabras y de lo señalado por George Orwell constituye una manera propia de pensar y de crear, es tener una visión personal del mundo⁶⁴. En un estado democrático la función del derecho es orientar conductas, nunca imponer; es la propia voluntad la que debe guiar nuestros actos conforme a un orden valórico constituido propiamente. De otra forma no seríamos verdaderamente libres.

El poder ejercitar la razón y la fe liberadas de tuteladas externas ha sido uno de los logros más importantes de la era moderna, con esto se reconoce la autonomía moral de las personas y el derecho a crear en su fuero interno, pensamientos y creencias, que

⁶² Es equivalente al alemán “*Weltanschauung*”, que significa ideología, filosofía, concepción del mundo.

⁶³ Las palabras valor como valorar son definidas por el Diccionario de la Real Academia Española.

⁶⁴ George Orwell, en su libro “1984” describe un tipo de sociedad categóricamente represiva, en la cual se le restringen al hombre sus derechos en función de un orden cuya legitimidad es del todo dudosa. Sólo existe una verdad y esta es oficial, el derecho es un instrumento de dominación que exige a los sujetos imperados no sólo el acatamiento a la conducta prescrita por la norma, sino la adhesión en su interioridad a la misma. Arturo Zegarra Williamson, Defensor Regional I Región Tarapacá.

forman lo que denominamos como el orden valórico propio y la cosmovisión que se tenga acerca de lo que lo rodea. Por cosmovisión también se entiende el sistema que complementa ideas y creencias, y según el grado de certeza que tengas unas y otras, también podrían pasar a denominarse convicciones.

III.2.3 CONSAGRACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980

Nuestra Constitución, en el Capítulo III, artículo 19 número 6, establece:

Art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

6° La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público...”⁶⁵

Pueden distinguirse en el primer inciso de esta garantía, los siguientes aspectos:

La libertad de conciencia: Esta disposición protege toda creencia, fe, ideología, filosofía que una persona pudiera tener, “las que no pueden ser objeto de control, sanción, prohibición o restricción por el ordenamiento jurídico, mientras permanecen en el plano de la pura adhesión intelectual”⁶⁶. Es decir, reconoce que el pensamiento y la reflexión tienen un ámbito interno, que es inviolable.

La manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos: La constitución protege la exteriorización de toda creencia, religión o culto, por cualquier medio. Consagra así un régimen de pluralismo religioso; sin embargo, es este aspecto de la garantía el que puede limitarse, según el propio texto constitucional, en razón de “la moral, las buenas costumbres y el orden público”.

Esta garantía constitucional, en términos generales, circunscribe o limita el ámbito que corresponde a la libertad de conciencia, al contenido de la libertad de culto. Es así como no expresa mayormente que debe entenderse y protegerse a través de esta libertad, lo que debe deducirse de los conceptos anteriores ya señalados⁶⁷.

⁶⁵ Sólo nos atañe el primer inciso de este artículo, pues los otros incisos atienden al reconocimiento de derechos específicos que se les otorgan a los credos religiosos en cuanto a sus bienes.

⁶⁶ Ibidem cita 41.

⁶⁷ ver capítulo III.2.1

CAPÍTULO CUARTO

IV. SITUACIÓN PENITENCIARIA EN CHILE EN RELACION A LOS DERECHOS HUMANOS

IV.1 ESTADÍSTICAS Y NOCIONES PRELIMINARES

En la actualidad existen en nuestro país un total de 119 recintos penitenciarios, repartidos entre las XII regiones y al área metropolitana. Contando ambos sexos, a los reclusos pertenecientes tanto al sistema cerrado, semi-abierto y abierto, como a los sometidos a medidas alternativas y beneficios de reinserción ⁶⁸, en Chile el total de la población penal, tanto condenados como presos preventivos, atendidos por Gendarmería de Chile asciende a 67.404 personas.

Por su parte, en el establecimiento penitenciario C.D.P. Santiago Sur ⁶⁹, el estado

⁶⁸ Sistema cerrado es aquel que atiende a aquellos internos reclusos en los establecimientos penales del país. Sistema semi abierto es aquel que desde el cumplimiento de la condena se realiza en un Centro de Educación y Trabajo que puede ser de carácter rural (colonias agrícolas) o de carácter urbano (talleres industriales). Sistema abierto es el lugar donde el cumplimiento total o parcial de la pena se realiza en el medio libre. www.gendarmeria.cl/estadisticas

diario de la población penal del día 28 de agosto del año 2003, corresponde al siguiente esquema:

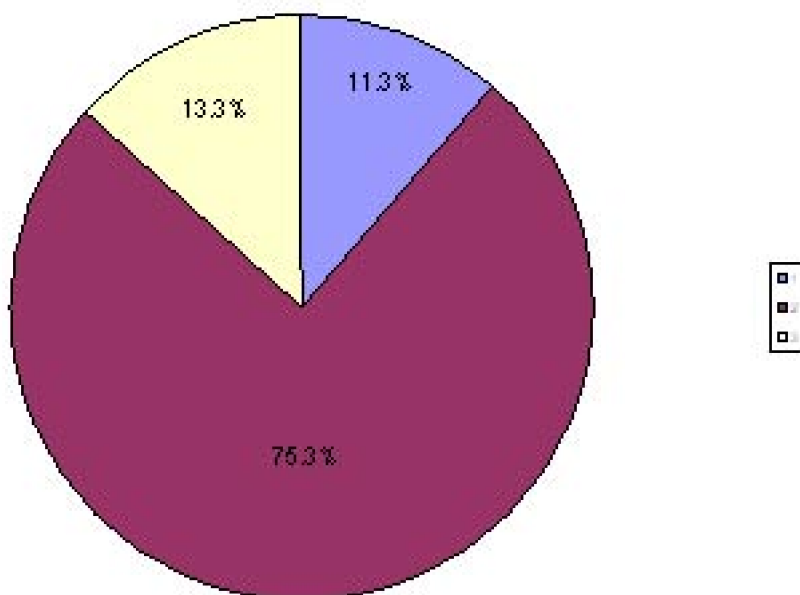


El punto 1 nos muestra la cantidad de detenidos en el recinto a la fecha, que corresponde a 454, lo que representa el 8,8% del total, que son 5136 internos. El punto 2 ilustra el número de procesados, que asciende a 3565, que representa el 69,4% del total. Por su parte, el punto 3 nos muestra los rematados, que son 1030 internos, comprendiendo aproximadamente al 20% del total. El punto 4, 5 y 6 corresponden, respectivamente, a los internos en fiscalía (13), en tránsito (68) y a los incomunicados (6), que representan un 0,25%, 1,32% y un 0,11%.

En la Ex Penitenciaría los internos viven distintas realidades, las cuales evidencian que la gran mayoría de ellos (alrededor de 3842 internos⁷⁰) se encuentran en la población penal o población común, no teniendo por ende acceso al tratamiento penitenciario. Por otro lado, existen sólo 3 comunidades de tratamiento, las cuales corresponden a las Calles nº 5, 11 y 13, con un total de aproximadamente de 577 internos. Finalmente encontramos los Módulos A, B, C y D, que como ya señalábamos reciben a internos principalmente por razones de seguridad. En el gráfico que mostramos a continuación se entiende con mayor precisión estas distintas realidades, representadas en el punto 1 por las comunidades de tratamiento, que abarcan tan sólo el 11,3% de la población total; el punto 2 comprende a la población común con el 75,3%; por último los Módulos representan el punto 3 con un 13,3% del total de los internos de dicho establecimiento penitenciario.

⁶⁹ Lugar en que se realizó nuestra investigación.

⁷⁰ Estas cifras corresponden al estado diario del día 28 de agosto del año 2003.



Las distintas realidades inciden directamente en las posibilidades en que pueden ser ejercidas las libertades específicas:

Es así como notamos de manera evidente que en las comunidades de tratamiento es más fácil poder acceder a la información, pero es limitada la libertad de opinión, ya que existe la amenaza latente de ser llevado a la población penal.

En la población penal, la libertad de expresión en sus dos vertientes es pobrísima, ya que, por una parte el nivel cultural es muy bajo, y por otra el temor a las represalias y seguimientos es muy elevado.

En los módulos, en general, se limita cierta clase de información, sobre todo, aquella de connotación sexual; y el temor a las represalias o traslados es un punto clave a la hora de poder expresar libremente su opinión.

En estos tres sectores, existen tres puntos de convergencia; en primer lugar, la información jurídica es restringida, no permitiéndose ni la tenencia ni el ingreso de textos legales; en segundo lugar, normalmente no hay mayores problemas en el acceso a un determinado culto ni a su observancia; finalmente, en tercer lugar, el ejercicio de la libertad de conciencia, separada de la libertad de culto, es un concepto teórico, porque gran parte de las conductas realizadas por los internos son fingidas para obtener ciertos beneficios por parte de la autoridad administrativa y no se condicen con su orden valórico propio.

IV. 2 CONSAGRACION DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS.

La Constitución Política no excluye a los internos del catálogo de garantías y derechos del artículo 19, pues éste señala: “La Constitución asegura a todas las personas...”. Pero

como en esta materia hay un claro divorcio entre lo normativo y lo fáctico, existe la percepción de que pueden ser restringidos ciertos derechos, aparte de la libertad ambulatoria, por lo que los reclusos sufrirían de *capiti diminutio*⁷¹ o capacidad disminuida.

A partir de 1990, la Cámara de Diputados creó una Comisión especial investigadora de los problemas carcelarios en Chile, con el objeto de que informara acerca de la situación penitenciaria nacional y a la vez propusiera medidas y políticas. Dentro de las conclusiones de esta investigación, se reconoce que los sujetos privados de libertad deben ser objeto de especial preocupación, pues se encuentran en una posición vulnerable frente a la posibilidad de que su dignidad se vea menoscabada; además se nombran como problemas la falta de infraestructura física, lo que provoca hacinamiento, carencia de personal de Gendarmería, insuficiencia de material para cumplir eficazmente sus funciones e inexistencia de una política criminal claramente definida. Las proposiciones para atenuar dichos problemas van desde reducir las privaciones de libertad de corta duración hasta dictar una Ley General Penitenciaria. Es en este punto donde se deben hacer ciertas precisiones.

No existe en Chile una Ley de Ejecución Penitenciaria, lo que demuestra la poca preocupación por parte de las autoridades con respecto a esta materia⁷², al contenerla en un reglamento y no en una ley. La legislación que rige el conjunto de actividades vinculadas a la ejecución penitenciaria adolece de una serie de problemas, tales como ser contradictoria y fragmentaria. Todo esto aconseja dictar una Ley General Penitenciaria, un cuerpo unitario, moderno que aborde los múltiples problemas implicados en este tema y que reduzca el ámbito de vulnerabilidad a que están sujetos los internos frente a sus derechos.

IV.2.1 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos

El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955, adoptó un conjunto de normas de protección a las personas sometidas a detención y prisión preventiva denominadas “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”. Estas reglas representan las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas para “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”⁷³. A este respecto cabe agregar que según esta concepción la pena privativa de libertad

⁷¹ María Inés Horvitz, Profesora Derecho Penal, Universidad de Chile. Exposición Inaugural: “*Normativa Chilena en el Ámbito Carcelario desde la perspectiva de los tratados y convenios de protección a los derechos humanos*”. Seminario Internacional de Protección Jurídica en el Ámbito Penitenciario. 21 y 22 de agosto 2003. Universidad de Chile

⁷² Patricia Villagra, Jefa (S) División Social, Ministerio de Justicia. Seminario Internacional de Protección Jurídica en el Ámbito Penitenciario. 21 y 22 de agosto 2003. Universidad de Chile.

⁷³ Observación Preliminar nº 1, Reglas Mínimas

no sólo busca un fin retributivo, es decir castigo por el hecho cometido, sino que también persigue la reinserción del recluso en el ámbito familiar, social y laboral, pretendiendo devolver al medio un individuo apto educacionalmente que pueda ocupar un sitio como ciudadano respetuoso del marco legal. Es decir, tienen por objeto establecer las bases de “una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos”⁷⁴. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, para las Reglas Mínimas, proteger a la sociedad contra el crimen. Esta finalidad sólo será alcanzada 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.⁷⁵ Ello ha de lograrse, según la Regla 59, mediante un tratamiento individual de los reclusos condenados que ha de utilizar todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza y todas las formas de asistencia que pueda disponerse.

Las Reglas Mínimas regulan las condiciones de las personas condenadas, aquellas que aún no han sido sentenciadas, como de aquellas detenidas o encarceladas sin que existan cargos en su contra. Esta normativa reconoce una serie de derechos a los reclusos, lo que reviste gran importancia, ya que en la práctica acontece con frecuencia que estos individuos, junto con perder su libertad, pierden gran cantidad de otros derechos y garantías por el hecho de estar reclusos. Los Derechos Humanos son igualitarios para todas las personas, por lo que los internos, tienen también la dignidad correspondiente dentro del sistema democrático, con las limitaciones propias de un régimen penitenciario. Así las Reglas Mínimas reconocen, en cuanto al tema tratado, los siguientes derechos:

Derecho a ser informado: La regla 35 n°1 consagra el derecho de cada recluso de recibir, al momento de ingresar al establecimiento penitenciario, información escrita sobre el régimen al cual está sometido, las reglas disciplinarias, los medios autorizados para informarse y formular quejas; y cualquier otra información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones, lo que le permitirá su adaptación a la vida del establecimiento.

Derecho a contactarse con el mundo exterior: Esta garantía está establecida en las reglas n° 37, 38 y 39, y comprende tanto la posibilidad de comunicarse periódicamente con sus familiares y amigos, por correspondencia y visitas, como el derecho a estar informado de lo que ocurre en el exterior mediante diarios, revistas, emisiones de radio, o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración. Este derecho es de suma importancia pues le permite al recluso, no obstante haber sido segregado de la sociedad, mantenerse vinculado a ella, facilitando así el proceso de reinserción social.

Libertad de conciencia y culto: Dentro de las reglas de aplicación general, existe un principio fundamental en la regla 6 n° 2, que establece el respeto por “las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso”. Esta

⁷⁴ Pacheco G, Máximo, *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1987, página 425.

⁷⁵ Así considerada la pena privativa de libertad, las Naciones Unidas adhieren a la Teoría Preventiva Especial de la función de las penas.

disposición conlleva una clara protección a la libertad de conciencia o ideológica, que importa el respeto al fuero interno de los reclusos.

Por su parte, la regla 41 n°s 1 y 2 establecen que si el recinto penitenciario “contiene un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una misma religión, se nombrará o admitirá un representante autorizado de ese culto”. Este representante “deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar visitas...”

La regla 41 n° 3 parte de la premisa del “absoluto” respeto por la “actitud” que el recluso observe en este tema. Es entonces como se ha de permitir siempre la comunicación del interno con el representante autorizado de una religión, así como a la inversa, el recluso no puede ser obligado a entrevistarse o ser visitado por aquél si no lo desea. De lo recién expuesto se concluye que la asistencia religiosa es voluntaria.

IV.2.2 Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos

Estos principios fueron adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990. Tienen como objetivo complementar tanto el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, como las Reglas Mínimas Uniformes para el Tratamiento de los reclusos, para salvaguardar de manera más completa, los derechos de los detenidos o encarcelados, con 11 estándares. El contenido de estos tres instrumentos constituye la base para la organización de un régimen penitenciario.

El principio n° 2 señala que no habrá discriminación por motivos de “...religión, opinión política o de otra índole...”. A su vez el principio n° 3 repite lo afirmado por la regla 6 n° 2, de las Reglas Mínimas.

Para concluir, el principio n° 5, nos señala la premisa básica en esta materia, al decir: “Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas”

IV.2.3 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios

El actual Reglamento Penitenciario, aprobado por el Ministerio de Justicia el 22 de mayo de 1998, establece en su artículo 2 el principio rector de la actividad penitenciaria, al señalar “...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”. Pero aún cuando el artículo 5 de dicha norma declare que: “La Administración Penitenciaria procurará una realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno”, la verdad es que Chile, “en diversos aspectos de sus leyes, instituciones y prácticas se encuentra por debajo de normas y estándares internacionales que se ha comprometido jurídicamente a respetar”⁷⁶. Uno de los aspectos más evidentes de esta

afirmación es que en todos los instrumentos internacionales al respecto, en los que Chile forma parte, se señala claramente que, toda restricción o limitación a los derechos fundamentales debe estar establecida por ley, lo que no se cumple en el ámbito penitenciario, pues sólo están contempladas en el reglamento.

Aún mas, cuando ya se han afectado ciertos derechos fundamentales, el artículo 9 del reglamento, que se refiere al derecho a efectuar peticiones y reclamos no es suficiente. En primer lugar, como debe interponerse ante la propia autoridad penitenciaria no asegura los derechos del condenado, pues no existe el principio de separación de poderes; un ejemplo de que el derecho de petición no funciona correctamente, es que a pesar de lo que señala el propio artículo 58 del reglamento “...En ningún caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones”, en la práctica, de acuerdo con lo manifestado por los reclusos, aún cuando hay posibilidades de efectuar reclamos o peticiones, no hay respuestas formales ni resultados; en caso de castigo no se atienden razones ni se investiga, con lo que no existe el derecho a defensa dentro del régimen penitenciario; la tramitación no es clara, no se sabe si se cursa o no, pues las respuestas casi nunca llegan; e incluso si se reclama por ciertas cosas que la autoridad administrativa considerase conflictivas, se traslada a Colina o a la población penal⁷⁷ (En C.D.P. Santiago Sur corresponde al Óvalo).

En segundo lugar, siendo procedente el recurso de protección⁷⁸, es indudable que no cubre gran parte de las afectaciones, ya que el interno se encuentra en un estado de indefensión absoluta que será explicado más adelante. Los internos no tienen acceso a la información judicial referente a sus causas (más que nada en la población penal), así como tampoco a información jurídica; es decir, la mayoría de ellos no conoce el Reglamento Penitenciario, no tiene acceso ni en las bibliotecas del establecimiento, ni a través de la entrada de libros a textos legales, tales como leyes y códigos. Esta falta de información incide directamente en que los internos no sepan a ciencia cierta cuales son las instancias de reclamo⁷⁹.

En tercer lugar, los jueces penales ven en primer lugar a los internos como autores de un delito o condenados y no como parte demandante contra la administración pública o querellantes a los que no les han sido reconocidos ciertos derechos. En este ámbito, es muy característico, por ejemplo, que las resoluciones de muchos tribunales en Alemania no mencionen el objeto del procedimiento (por ejemplo, afectación a la libertad de opinión), sino el delito (robo con intimidación)⁸⁰.

El Reglamento Penitenciario en su artículo 6 establece un catálogo de ciertas garantías a las que tienen derecho los reclusos, dentro de las cuales interesa mencionar:

⁷⁶ Ibidem cita 51.

⁷⁷ Esta información es recogida de las entrevistas efectuadas a internos los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2003.

⁷⁸ E incluso también el recurso de amparo y el amparo preventivo. Ibidem cita 71.

⁷⁹ Ibidem cita 14

“...Se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho a...la información”. Las comunicaciones se coartan en el mismo Reglamento, específicamente en el artículo 29 inciso tercero, que señala que “Por razones de seguridad, podrán ser intervenidas o restringidas las comunicaciones orales y escritas”, lo que se relaciona con lo establecido en el artículo 43: “De toda correspondencia enviada por los internos o recibida por éstos se llevará un control estricto, con el fin de detectar cualquier irregularidad...”⁸¹. En la práctica estas disposiciones se traducen en que las comunicaciones orales o escritas son intervenidas, específicamente la correspondencia se revisa por parte del funcionario encargado de Gendarmería, el cual avisa de cualquier irregularidad al Jefe del Establecimiento.

Esta norma reglamentaria de restricción del secreto de correspondencia afecta al artículo 19 n° 5 de la Constitución⁸². Para que fuera iusfundamentalmente válida, podría basarse, como lo que ocurre en Alemania, en que se señala que los internos pueden acogerse a todos los derechos humanos y civiles previstos en la Constitución; nombrando la Ley Penitenciaria sólo dos excepciones que implica la privación de libertad: la restricción de la libertad personal y la restricción del secreto de correspondencia. Por tanto, los internos gozan de libertad de opinión, libertad de información, libertad de culto, etc.

Con todo, el legislador puede restringir alguno de estos derechos, como por ejemplo la libertad de información, porque si bien, el recinto penitenciario debe otorgarles el acceso a revistas y libros, tiene la posibilidad de prohibir el acceso de revistas pornográficas ya que ponen en peligro el objetivo de la ejecución o seguridad y el orden en el establecimiento⁸³. En Chile también se prohíbe el acceso a este tipo de revistas, pero esta prohibición sólo es parte de una práctica generalizada que nació de una resolución de la autoridad administrativa, por lo que no tiene esta restricción un fundamento legal, como debiera ser.

IV.2.3 i) Tratamiento de la Libertad de Expresión a nivel reglamentario

En el Título Tercero: “De los derechos y obligaciones de los internos”, específicamente en el Párrafo 3° : “De las comunicaciones e informaciones”, el artículo 40 consagra el derecho a la información (el haz colectivo del derecho de expresión), al decir:

⁸⁰ Profesor Dr. Johannes Fest., Universidad de Bremen. Exposición: “*La protección jurídica en el ámbito carcelario alemán: derechos y procedimientos según la ley y su aplicación en la práctica*”. Seminario Internacional de Protección Jurídica en el Ámbito Penitenciario. 21 y 22 de agosto 2003. Universidad de Chile

⁸¹ Continúa la disposición señalando “la obligación de comunicar irregularidades se refiere...a la presencia de claves o la referencia de 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”

⁸² Esta garantía constitucional asegura la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y señala que las comunicaciones y documentos privados sólo podrán interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley.

⁸³ Ibidem

“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”⁸⁴

El Reglamento Penitenciario establece dentro de los límites al ejercicio de la libertad de expresión, específicamente en el artículo 40 inciso 2, que el derecho a la información debe ejercerse “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”. En esta disposición se ve la Convención Americana suscrita por Chile, en cuanto al respeto a los derechos de los terceros que vendrían siendo los demás internos; pero es difícil entender cómo puede ser perturbador de derechos de otros el que algún interno desee obtener información proveniente del exterior, a través de los limitados medios de información a los que se tiene acceso (la televisión y algunos periódicos).

En segundo lugar, este artículo señala que el derecho a la información “...podrá limitarse mediante una Resolución Fundada del Jefe de 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”. Esta norma se relaciona con la situación expuesta por el profesor Dr. Johannes Feest⁸⁵, quien señala que se puede restringir el acceso a ciertos medios de comunicación por ley (lo que no ocurre en esta situación) cuando afectan la seguridad y el orden del establecimiento. Pero si la finalidad del régimen penitenciario es, además de la asistencia y custodia, la reinserción social de los reclusos, es claro que ello no se logra aislando el sujeto de la realidad exterior, sino a través de la garantía que, mediante la libertad a la información y el acceso a la cultura se procure el desarrollo integral de su personalidad. Además se observa en la segunda parte del inciso segundo del artículo 40 una intencionalidad de censurar previamente ciertos medios de comunicación social, por parte de la autoridad administrativa, si éstos se refieren a temas que puedan afectar “gravemente” la seguridad o las actividades normales del establecimiento. La censura previa, como ya se ha analizado previamente, no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico por el mandato constitucional del artículo 19 n° 12; reafirma la inconstitucionalidad de dicho precepto reglamentario el hecho que la posible restricción del derecho fundamental está en manos de la autoridad administrativa.

El artículo 75 del Reglamento establece una fórmula general de restricción a los derechos de los internos, señalando “Los derechos de 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...”. Esta disposición nos muestra un concepto abierto de lo que debe entenderse por la palabra seguridad, lo que puede dar lugar a amplias y arbitrarias interpretaciones en forma general para los derechos de los internos. A su vez, el artículo 40 inciso segundo,

⁸⁴ Esta disposición está basada en las reglas n°s 37, 38 y 39 de las Reglas Mínimas, ya nombradas anteriormente, al hablar en la página 66 del derecho a contactarse con el mundo exterior.

⁸⁵ Ibidem cita 80.

segunda parte, permite a la autoridad administrativa restringir, en forma explícita el derecho a la información. Es por ello que consideramos que ambos artículos apuntan a lo mismo, pero en el caso del artículo 40, se trata de una posible restricción ya no general, sino que específica.

Al interpretar las restricciones, debe ser primordial que exista una carga argumentativa a favor de la libertad de expresión, para que sean vistas como algo “excepcional”, de acuerdo a las exigencias de una sociedad democrática.

La libertades de opinión, información y el derecho a la información se aseguran sin censura previa; ello no obsta, a que en la práctica exista la autocensura. Esta realidad también debe ser considerada como un límite al ejercicio de la libertad de expresión, limitación que se auto impone quien va a informar o a opinar, por tener razones de conciencia, oportunidad y prudencia. Cabe preguntarse hasta qué punto la autocensura proviene de una decisión personal de quien emite la opinión o información, o si proviene de un temor frente a la reacción que pueda tener la autoridad. Este último caso se considera como censura, dentro de las posibilidades fácticas. Es fundamental para la libertad de expresión el que las opiniones vertidas sean independientes del parecer de la autoridad.

Habiendo ya revisado la libertad de expresión, podemos concluir en primer lugar que, el Reglamento Penitenciario no hace alusión a la libertad de opinión. Esta omisión (al no hacer explícita ni prohibir) tal libertad, no significa en medida alguna que los internos no gocen de ella, pues se trata ante todo de una garantía constitucional. En segundo lugar, las condiciones reales en que se ejercita la libertad de información dentro del recinto penitenciario son deficientes, pues aún cuando se mantiene contacto con el mundo exterior a través de medios no problemáticos, tales como la televisión y los diarios, en cuanto a los libros y revistas, existe discrecionalidad de parte del funcionario administrativo que está a cargo de su ingreso. Esta deficiencia también puede apreciarse en la falta de información jurídica, ya que no solamente no es entregada por la autoridad administrativa, sino que además no se permite ni el acceso ni la tenencia de textos legales, por lo que los internos simplemente desconocen con claridad cuáles son sus derechos y cuáles son las formas de hacerlos valer.

IV.2.3 ii) Tratamiento de la Libertad de Conciencia a nivel reglamentario

El Reglamento Penitenciario consagra escuetamente esta libertad al señalar en su artículo 6: “...Se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos...”. Por ello debemos remitirnos a lo consagrado por la constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

El artículo 75, que establece una fórmula general de restricción a los derechos de los internos, “...como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia de el establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina o faltas...”, también es aplicable al derecho a la libertad de conciencia (como a todo otro derecho que gocen los internos), por razones de seguridad. Como se señaló al hablar de la libertad de expresión, esta restricción debería provenir de una ley y no de un reglamento (principio de legalidad).

Como ejemplo de que los internos podrán cumplir lo requerido por su religión, El Jefe

de Unidad ⁸⁶, en providencias de 1 y 7 de julio del presente año, declara respectivamente que, “se autoriza de acuerdo a lo solicitado por el Capellán católico realizar un trabajo de pastoral como apoyo espiritual a los internos de la calle 1” y; por otra parte que, “de acuerdo a lo solicitado por el Capellán evangélico, Sr. Roberto Yépez, se autoriza a 6 internos a participar en actividades religiosas en la sala multiuso los domingos de 14:00 a 16:30 hrs”. En ambos casos, tomándose las medidas de seguridad correspondiente al establecimiento penitenciario.

En cuanto a la visita de los ministros, el Jefe de Unidad del C.D.P. Stgo. Sur, en la providencia n° 243 de 17 de mayo del año 2002, expresa que “de acuerdo a lo solicitado por la Vicecónsul de Suiza, Sra. Edith Salamanca, mediante carta n° 211.1 del 16 de mayo del año 2002, esta jefatura autoriza el ingreso a la unidad al pastor evangélico luterano, Sr. Enno Haaks, para que visite al interno John Robert Ahrens, habitante del módulo C, una vez al mes”.

IV.2.4 Reglamento Interno de Asistencia Religiosa

El Director Nacional de Gendarmería de Chile, Sr. Juan Carlos Pérez Contreras dictó la resolución n° 250 el 24 de enero del año 2003, que aprueba el Reglamento Interno de Asistencia Religiosa para los establecimientos penitenciarios.

Dicho reglamento señala en su artículo 1, que “Todo interno, cualquiera sea su nacionalidad, sexo, edad y condición procesal (detenido, procesado, imputado o condenado) **tiene derecho a profesar y practicar la creencia religiosa que libremente elija**. También puede participar de los actos públicos de cualquier iglesia...”

El artículo 13 establece que se podrá restringir el ejercicio de la asistencia religiosa, en casos graves y calificados en que se encuentre en peligro la seguridad del recinto, tales como alteraciones al régimen interno, motines, intentos de fuga u otros que supongan un peligro para la integridad física de los asistentes religiosos.

Teniendo ya claras ciertas nociones acerca de la libertad de conciencia, podemos concluir que, todo interno tiene la capacidad y debería, por tanto tener la libertad de poder percibirse como un ser distinto a otro capaz de tener ideas, convicciones y creencias propias. Asimismo, debería tener la libertad de poder comportarse de acuerdo a esas convicciones, sin que se le exija por parte de la autoridad administrativa que tenga un conducta adecuada a las lógicas del “buen comportamiento” (en la mayoría de los casos fingido) del régimen disciplinario, para poder acceder, supuestamente de una manera voluntaria a ciertos beneficios que sólo se obtienen a través del tratamiento penitenciario; es por ello que los internos tienen por lo general una doble personalidad. En la práctica hemos podido percatarnos que todas estas buenas intenciones sólo se quedan en eso: que en realidad el orden valórico de cada interno es escondido, con lo que casi no es posible ser auténtico; por un lado, detrás de una fachada de complacencia y cambio de actitud para no ser considerados problemáticos frente a la autoridad y así obtener beneficios; y por otro lado, existe miedo a exteriorizar lo que verdaderamente se piensa, debido a la imagen y al status que se tenga de ellos entre sus pares.

⁸⁶ El Jefe de Unidad referido es la máxima autoridad del recinto penitenciario de la Ex Penitenciaría (C.D.P. Stgo Sur)

CAPÍTULO QUINTO

V. FINES RESOCIALIZADORES DE LA PENA Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO

El artículo 1º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala que el fin primordial de la pena, junto con la custodia y asistencia de los detenidos, es la acción educativa necesaria para la reinserción social⁸⁷. Por lo tanto, nuestro ordenamiento penitenciario muestra claramente una intención resocializadora. Esto también se puede observar en el artículo 1º de la Ley Orgánica de Gendarmería⁸⁸.

Asimismo se puede construir esta concepción a través del concepto de “fin del Estado” tomando en cuenta que la Constitución chilena en su artículo primero señala que el Estado está al servicio de la persona humana para lo cual debe contribuir a crear las

⁸⁷ “La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento 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 reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”.

⁸⁸ Gendarmería de Chile(...) 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 las demás funciones que le señale la ley.

condiciones sociales necesarias para la realización de los individuos, por lo que perfectamente se puede incluir la intención reeducadora dentro de esta finalidad.

Por último, también deben ser tomados en cuenta una serie de principios y reglas específicas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile; como ya se dijo, entre otros: la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, o algunos instrumentos de organismos internacionales como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Naciones Unidas.⁸⁹

Es por todo esto que la intención resocializadora de la pena sería aparentemente positiva, debido a que no parece conveniente desconocer el avance que ésta ha logrado sobre todo a nivel de la llamada “Humanización de la pena”⁹⁰, comparándola con el sistema retributivo de la pena.

Es a partir de esta primera consideración que se debe analizar el sistema de tratamiento penitenciario, lo cual servirá para poder sostener que el sistema de reinserción social surge como una forma de evitar las consecuencias de considerar la pena como un fin en sí mismo, para pasar a ser un medio para mantener el orden interno de los establecimientos penitenciarios.

Para esto debemos considerar los fundamentos de la prevención especial tanto positiva como negativa, en la medida de que trata de influir en la personalidad concreta del sujeto con el fin de modificar su actitud ante la ley y promover una adecuada integración social.

La principal ventaja de esta concepción es que no instrumentaliza al infractor como lo hacían las teorías preventivo-generales, sino, que trata de ajustarse a la medida de las necesidades de la persona que sufre la pena. Luego veremos que prácticamente esto sólo existe a nivel teórico.

Una de las bases de esta teoría es su componente social democrático que asume una cuota de responsabilidad en los factores que han generado la conducta delictual del infractor, lo que es propio del paradigma etiológico que ha tenido gran influencia en la concepción correctiva de la resocialización. Según Michel Foucault: “La observación del delincuente debe remontar no sólo a las circunstancias sino a las causas del delito; buscarlas en la historia de su vida, bajo el triple punto de vista de la organización, la posición social y de la educación.”⁹¹

Es por esta razón que una de las principales críticas en contra de esta teoría dice

⁸⁹ Esta convención señala en el artículo 58 lo siguiente: “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”. Por su parte el artículo 59 se refiere directamente al tema del tratamiento penitenciario: “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”.

⁹⁰ Cesare Beccaria señala en “De los delitos y de las penas”: “Es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido.” Alianza Editorial. Pág. 51.

relación con su incompatibilidad con la dignidad de la persona humana ⁹², en el entendido de que el principio de la dignidad humana se compone de un haz de principios y condiciones que la configuran, uno de los cuales es el de la libertad, tomada acá como libertad negativa, o lo que es lo mismo como derecho de defensa frente a la intervención de otros, ya sea el Estado o particulares. Esta es una libertad de carácter externo que consiste en que no se impida al individuo, mediante la coacción externa, la elección entre diversas alternativas de decisión, ya que de otra manera sería imposible hablar, dentro de un contexto jurídico, de la independencia de la persona. Es por esta razón que podemos afirmar que sin libertad jurídica negativa no existe la dignidad de la persona en un sentido jurídicamente relevante. Además de la incompatibilidad con el derecho a una esfera de intimidad ya que importa invadir el campo valórico de quien se somete al tratamiento rehabilitador para así poder modificar su sistema de valores, lo que se aleja de la noción del ámbito de injerencia legítimo del derecho en un estado liberal el cual termina con el ámbito de actuación interna del individuo. Esto quiere decir que no se puede entrar a sancionar ni intervenir punitivamente en lo que el individuo cree o siente, lo que tendrá especiales consecuencias en la afectación de la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad. Contra este argumento se señala la supuesta voluntariedad del tratamiento penitenciario; sin embargo, se verá que esto no es efectivo en la medida de que las condiciones fácticas, e incluso las normativas, del régimen penitenciario lo impiden.

Es necesario señalar que, por el contrario, uno de los efectos propios de la pena es, por el posible contagio, la desocialización, vale decir, la pérdida más o menos permanente de las condiciones que hacen posible la participación de la vida en sociedad, además del proceso de criminalización que se vive dentro de los establecimientos penitenciarios. Todo esto lleva a los críticos de esta teoría a llamarla como “ideología, mito o el eufemismo resocializador” ⁹³

Antes de realizar la crítica a la concepción de tratamiento penitenciario, se debe tomar en cuenta cuales son los propósitos, objetivos y principales características de éste para así poder demostrar que, sin perjuicio de las buenas intenciones que pudiera tener, sus consecuencias están, en general, muy lejos de sus pretensiones teóricas, y que incluso podemos llegar a sostener que en verdad sus objetivos no son los mismos que dice tener, tomando especialmente en consideración cuales van a ser los efectos que va a tener en el legítimo ejercicio de las libertades de expresión y conciencia objetos de este estudio. Vale decir, detrás de este aparente humanitarismo se esconde la posibilidad de restringir derechos fundamentales más allá de los límites que coloca el Estado de Derecho, más allá de la igualdad formal ante la ley.

V.1 TRATAMIENTO PENITENCIARIO. ELEMENTOS, FINES Y

⁹¹ Michel Foucault. En *vigilar y castigar*, Siglo Veintiuno de España Editores S.A, Madrid. Pág. 255.

⁹² Robert Alexy, “Teoría de los Derechos fundamentales” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Pag. 346.

⁹³ Materiales de la cátedra del profesor Miguel Soto Piñeiro. Derecho Penal parte general.

CARACTERÍSTICAS.

El sistema propio de nuestro régimen penitenciario con respecto al tratamiento y al modelo de cumplimiento de la pena es el de “Sistema Progresivo”⁹⁴ el cual se caracteriza por ir disminuyendo la intensidad de la pena, estableciendo grados (cada uno con un distinto régimen de vida) que van evolucionando hacia estadios más próximos a la libertad⁹⁵. Se diferencia del sistema de “individualización científica”, propio del sistema penitenciario español, por cuanto el sistema progresivo se basa en criterios más rígidos que exigen el transcurso de un tiempo mínimo para el acceso de una fase a otra.

El sistema de individualización científica no está en función de las fases sino que de la personalidad del interno.

Clarificador de este punto es el siguiente esquema de la ejecución de la pena privativa de libertad:

Podemos definir el tratamiento penitenciario como el “conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”⁹⁶. Asimismo, el artículo 24 del reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala: “El régimen de los establecimientos o centros penitenciarios tendrá 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.” Por lo tanto, menciona expresamente que una de las finalidades del régimen penitenciario es conseguir una convivencia adecuada para poder llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados. Lo que resalta, sin duda alguna, el carácter positivo o activo de las “instituciones penitenciarias” en este tratamiento.

Es fácil notar el carácter “correctivo” del tratamiento en la medida que busca desarrollar en los internos una **actitud** de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, el prójimo y a la sociedad en general.⁹⁷,⁹⁸

Los principios rectores del tratamiento penitenciario son:

1) Principio de Voluntariedad;

⁹⁴ Con respecto a este tema, artículo 93 del Reglamento penitenciario. “Las actividades y acciones, tendrán como referente el carácter progresivo del proceso de reinserción del interno y en su programación deberá atenderse a las necesidades específicas de cada persona a quien se dirigen”

⁹⁵ “La postura garante de la Administración Penitenciaria” Javier Nistal Burón. www.fiscalia.org. Pág. 10. Esto en contraposición con el sistema celular y el de Auburn propios de los sistemas primitivos de ejecución de la pena privativa de libertad en Norteamérica, los cuales se caracterizaban por no tener ninguna organización específica debido a la inmediatez que tenían los castigos corporales.

⁹⁶ Artículo 59 Ley Orgánica General penitenciaria española. Elegimos este concepto por su similitud con las características de el tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico.

⁹⁷ Eleuterio González Campos. “Clasificación y tratamiento penitenciario”. www.fiscalia.org. Pág. 32

2) Principio de la coordinación con las funciones regimentales;**3) Principio de la Discrecionalidad Administrativa.**

I.- En primer lugar, su voluntariedad, el que busca que el interno colabore en su propio tratamiento, además de tratar de salvar una de las principales críticas que se le han hecho a estas teorías resocializadoras. Es por eso que, de manera explícita el artículo 92 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios sostiene que es el privado de libertad quien, por su propia voluntad debe aprender a vivir en sociedad: “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 libertad 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.” Además el artículo 94 del Reglamento señala: “(...) se propenderá a que la persona privada de libertad o que se encuentre en el medio libre, participe en la programación de estas actividades. Podrá, sin embargo, rehusarse a esto último sin que ello le reporte consecuencias disciplinarias”. Más adelante se verá en que medida este principio goza de poca efectividad⁹⁹.

II.- Otros de los principios generales que configuran el tratamiento penitenciario es el de su imprescindible coordinación con las funciones regimentales, por lo tanto éstas deben ser consideradas como medios y no finalidades en sí mismas. Con respecto a este punto es claro lo señalado por el artículo 24 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios ya citado con anterioridad. Luego se verá que, al parecer, la relación de medio a fin es distinta en la medida de que el tratamiento penitenciario sólo se justifica al ser un mero cómplice del régimen penitenciario.

III.- Por último debemos señalar que el tratamiento penitenciario se basa en el principio de la “discrecionalidad administrativa” debido a que la asignación de beneficios penitenciarios depende prácticamente de la soberanía absoluta de la autoridad. Principio que en innumerables ocasiones vulnerará otro principio de mayor relevancia por estar consagrado en la Constitución como derecho fundamental, vale decir, el principio de igualdad. Sin embargo muchos consideran que es muy difícil configurar una afectación al principio de igualdad dentro del régimen penitenciario debido a la supuesta “relación de sujeción especial”¹⁰⁰ en la que se encontraría el recluso frente a la administración. Pese a que es un tema que se tratará más adelante, se debe señalar que no es posible fundamentar una relación de sujeción especial en forma sólida por lo cual, esta teoría,

⁹⁸ Los elementos mediante los cuales la administración realiza el fin resocializador son: Programas formativos, los que buscan desarrollar aptitudes; Programas y técnicas de carácter psicosocial, que buscan los problemas específicos que han influido en el comportamiento delictivo; Contactos con el exterior; Programas de actuación especializada para ciertos sectores de criminalidad (toxicómanos y delincuentes sexuales); Actividad laboral; Actividades de carácter socioeducativo, cultural, deportivo, etc.

⁹⁹ Junto con el principio anterior nos encontramos, en el sistema progresivo con los siguientes criterios de intervención: Estudio “científico” de la personalidad Diagnóstico de personalidad y pronóstico de conducta Este sistema, además, responde a las características de ser: individualizado, complejo, programado y dinámico. Con respecto a estos criterios el que se encuentra con mayor claridad en nuestro sistema progresivo es el de “diagnóstico y pronóstico de conducta”, ya que éste será uno de los medios para decidir si un determinado sujeto obtiene ciertos beneficios penitenciarios.

debe ser desechada, manteniéndose, entonces, la obligatoriedad del mismo régimen de igualdad tanto para los reclusos como para la generalidad, enmarcada dentro de la teoría de los principios de derecho fundamental ya presentada.

V.2 EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN CHILE. ¹⁰¹

La política institucional en materia de readaptación está orientada y sustentada en el marco teórico-técnico denominado “Modelo General de Tratamiento”, y su principal característica es que se dirige y se enfoca a aquellos condenados a quienes les reste poco tiempo para postular a beneficios de salida al medio libre, o bien cumplir su condena. En principio se señala que el fin de este modelo es entregarles las herramientas necesarias para vivir en sociedad sin tener que volver a delinquir. ¹⁰²

Las Fases del modelo son las siguientes:

Una vez que se ha detenido a un individuo la administración penitenciaria está en la obligación de cautelar su integridad física. Esto se llevará a cabo, principalmente, por medio de su clasificación y segmentación en virtud al compromiso delictual de éste, con el fin de evitar el eventual “contagio” delictivo entre los reclusos. Los criterios para esta clasificación no sólo pasan por la gravedad asignada a la pena sino que, por ejemplo, se basan en la condición social y preferencia sexual.

Se ingresa a la población objetivo para aplicar un tratamiento penitenciario luego de la sentencia condenatoria, en virtud del principio de inocencia, por lo tanto, la relación que va a existir con aquellos sometidos a prisión preventiva va a ser supuestamente distinta debido a que no se puede rehabilitar a quien todavía no ha sido considerado culpable. Sin embargo, no cabe duda que socialmente quien entra a un establecimiento penitenciario ya es presumido culpable y más aún si se toma en cuenta los irremediables efectos que va a tener su estadía en el recinto, ya sean de criminalización, y si no es así, de inevitable estigmatización y exclusión.

Al ser declarado reo, y ser sometido a proceso, la administración penitenciaria busca dar cumplimiento a la función de atender y asistir al sujeto a fin de disminuir el impacto que provocaría en las personas la privación de libertad, siendo paradójico este objetivo debido al gran efecto desocializador.

Una vez que el interno es condenado, se efectúa por el área técnica de las unidades penales un diagnóstico inicial incorporando el análisis de variables laborales, educacionales, sociales y psicológicas. Con éste comienza el “Circuito de Reinserción

¹⁰⁰ Para más información sobre las relaciones especiales de sujeción ver: “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos” Iñaki Rivera Beiras. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001.

¹⁰¹ Datos tomados de la página Web de Gendarmería. Readaptación y Reinserción social. www.gendarmeria.cl

¹⁰² Es necesario dejar en claro que acá no se duda de la buena voluntad de los funcionarios del área técnica encargados de la rehabilitación de los internos, sino que del sistema que creemos que es inútil. Por lo que lo más probable es que el problema no diga relación con la “rehabilitación” sino que se deba resolver dentro del ámbito de las posibilidades una vez en libertad.

Social” que se define como el proceso que debe realizar un condenado para alcanzar la meta de la “rehabilitación”. Luego del diagnóstico se determina las eventuales áreas deficitarias del individuo y la génesis de la conducta criminal.

Con posterioridad, luego de la aplicación de una serie de requisitos establecidos en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, puede el interno postular progresivamente a Beneficios Penitenciarios.

Estos beneficios forman parte de las actividades de reinserción social y confieren, gradualmente, mayores grados de libertad.

Es de gran relevancia señalar que la concesión de estos beneficios dependerá de los siguientes factores: i) necesidades de reinserción social del interno; ii) evaluación de su participación en actividades de reinserción; iii) presunción que respetará las normas que lo rigen; y; iv) que no continuará su actividad delictiva ¹⁰³.

Se puede observar como la concesión de estos beneficios depende en gran medida de datos indemostrables, algunos de carácter subjetivo y otros que se basan en la pura discrecionalidad de la autoridad administrativa, lo que afectará el principio de igualdad en caso de que esta decisión sea arbitraria ¹⁰⁴. Sin embargo, ¿qué medios existen para reclamar de estas arbitrariedades?, sabido es que en el derecho comparado existe la institución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Debido a la carencia de éstos en nuestro ordenamiento debemos basarnos en las reglas comunes, como puede ser el recurso de protección. No obstante lo anterior, no podemos desconocer las circunstancias fácticas propias de los establecimientos penitenciarios, en los cuales la gran mayoría de los internos se encuentran en una situación de indefensión absoluta ¹⁰⁵. Tanto porque no cuentan con asistencia letrada (lo que llamaremos “indefensión exterior”), como porque los mecanismos existentes, de carácter administrativo (“indefensión interior”) adolecen de absoluta ineficacia debido a la parcialidad de quien decide o las dificultades, que incluso llegan a ser de carácter coercitivas, para acceder a

¹⁰³ Al respecto, Art. 110 reglamento Establecimientos Penitenciarios “*“Tratándose de los permisos contemplados en las letras b), c), y d) del artículo 96° serán considerados los internos que cumplan los siguientes requisitos: a) 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 intrapenitenciaria a fin de constatar si, con anterioridad a los tres bimestres referidos, registra infracciones disciplinarias graves a considerar antes de conceder el beneficio; b) Haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento, según conste del informe emanado del Director de la escuela, salvo que el postulante acredite dificultades de aprendizaje o estudios superiores a los que brinda el establecimiento; c) 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, y d) 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 deberán tenerse presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento”*,”

¹⁰⁴ Esto no significa que reduzca la máxima de igualdad a una mera prohibición general de arbitrariedad. Por eso, siguiendo a Robert Alexy sería más adecuado una vinculación del examen de arbitrariedad con disposiciones particulares de derecho fundamental. Vamos a entender en todo caso a la arbitrariedad como a la falta de razones suficientes para el tratamiento desigual.

¹⁰⁵ Con respecto al Derecho a Defensa de los reclusos ver capítulo “Status jurídico de los reclusos”.

las instancias adecuadas para reclamar.

Luego de haber observado lo anterior se ve que lo que se exige, por un lado, es una actitud del individuo hacia las actividades resocializadoras lo que va a configurar uno de los principales defectos de este sistema, el de la “complacencia fingida” de los reclusos. Además se puede notar la exigencia material de medios suficientes para no volver a delinquir lo que acarrea una desigualdad aberrante con respecto a aquellos que no tienen los medios necesarios. Los cuales, dentro de esta valoración discrecional de la autoridad, estarán en una gran desventaja con respecto a quienes si cuentan con medios económicos adecuados para subsistir.

Para poder postular al beneficio siguiente deberá cumplir una serie de obligaciones correspondiente a un correcto y satisfactorio uso del beneficio en goce, dentro de las que se incluye el no realizar actos que constituyan atentados en contra de la moral y las buenas costumbres.

A continuación puede postular al beneficio de Libertad Condicional y cuando cumple su condena, puede acogerse en forma voluntaria al Decreto Ley N° 409 que elimina los antecedentes penales, controlándose, para estos efectos, en los Patronatos Locales de Reos, por dos años los condenados primerizos y por cinco los reincidentes.

Este método, sin embargo, como cualquier otro que se base en el correctivismo positivista, lo único que podría llegar a lograr, en general, sería un adecuado orden interno, pero nada más. Sin perjuicio de las consecuencias nefastas que puede tener en la personalidad del recluso.¹⁰⁶

V.3 CRÍTICA AL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

V.3.1 Origen histórico del concepto:

Lo primero que se debe tomar en cuenta al analizar el concepto de tratamiento penitenciario es que su origen pasa por dar respuesta a la pregunta de cómo tratar a los detenidos, vale decir, cómo lograr que el comportamiento de estos estuviese de acuerdo a las exigencias internas de cada establecimiento de control y de disciplina¹⁰⁷. Siguiendo a Michel Foucault, en esta nueva concepción del castigo ya no es lo importante el suplicio o la expiación física que sufre el delincuente, sino que los efectos que se causen en el alma: “debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones”.¹⁰⁸ Por lo tanto, el afán de corregir dice

¹⁰⁶ En este sentido Michel Foucault en “Vigilar y Castigar” pág.134: “Y finalmente lo que se trata de reconstituir en esta técnica de corrección, no es tanto el sujeto de derecho, que se encuentra prendido de los intereses fundamentales del pacto social; es el sujeto obediente, el individuo sometido a hábitos, a reglas, a órdenes, a una autoridad que se ejerce continuamente en torno suyo y sobre él” por lo cual no sólo no se podrían ejercer las libertades sino que, según este autor, se perderían al crear estos cuerpos dóciles.

¹⁰⁷ Paradojas y antinomias del concepto de tratamiento. Prof. Dr. Giuseppe Mosconi. Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales. J.M. Bosh Editor, 1994. Pág. 157.

mayor relación con una homologación del comportamiento a las lógicas de seguridad y de orden de la institución. O de una forma similar, el concepto jurídico de resocialización responde a la necesidad del Estado Moderno de justificar el control de las conductas llamadas anormales, vale decir, aquellas que se alejan de la norma jurídica. Por lo tanto la resocialización no podría ser ajena a una intención correctiva del individuo, esto es, que adquiriera hábitos de obediencia y de disciplina ¹⁰⁹ dentro del establecimiento penitenciario para que así pueda vivir, ordenadamente, en sociedad. Esto, sin duda alguna, está en contra de la libertad personal desde el punto de vista de hacer u omitir sin mediar coacción de por medio. Aunque se ha señalado la voluntariedad de este tratamiento en la práctica no resulta ser así, ya que, al ser éste necesario para mantener el orden interno, se logra que debido a determinadas circunstancias, relacionadas con la obtención de beneficios, sea prácticamente obligatorio adquirir, aunque sea por medio de fingir conductas, estos hábitos disciplinarios.

Desde el siglo XVIII, desde los inicios del modelo jurídico hegemónico nacido de la utopía liberal, aparece esta finalidad. ¹¹⁰

V.3.2 Influencia del Paradigma Etiológico en la concepción de Tratamiento.

Es necesario darle importancia a este punto para demostrar que el concepto de tratamiento se construye a partir de un discurso presuntamente cientificista propio del paradigma etiológico de la cultura criminológica, que como es bien sabido se basa en el estudio del comportamiento criminal y en el control de ésta. Es por eso que podemos señalar, junto a Alessandro Baratta ¹¹¹, que las características comunes de las teorías que se basan en este paradigma serían:

Se pone el acento sobre las características que distinguen la socialización y los defectos de la socialización a los cuales estarían expuestos muchos de los individuos que llegan a ser delincuentes.

Esta exposición no reside tanto en la disponibilidad a delinquir del individuo como en la diferenciación de los contactos sociales y en la participación en subculturas.

Éstas dependen, a su vez, en su influjo sobre la socialización del individuo según el contenido específico de los valores (positivos o negativos), de las formas y técnicas que las caracterizan, de los fenómenos de estratificación, desorganización y conflictividad ligados a la estructura social.

¹⁰⁸ Michel Foucault. En vigilar y castigar, Siglo Veintiuno de España Editores S.A, Madrid, Pág. 24.

¹⁰⁹ Con respecto a la importancia de la disciplina en nuestro ordenamiento penitenciario, DL N° 409 "Sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad" En su considerando: "(...) 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(...)"

¹¹⁰ En el Panóptico de Bentham: "Toda casa penitenciaria debe ser una escuela. Esto es necesario para los jóvenes encerrados en ella: por qué se negaría el beneficio de la instrucción a unos hombres ignorantes que pueden hacerse miembros útiles de la sociedad con una nueva educación."

¹¹¹ Alessandro Baratta. Criminología crítica y crítica del derecho penal, Siglo XXI. México, 1985.

Muestran que, al menos dentro de ciertos límites, la adhesión a valores, normas y definiciones, y el uso de técnicas que motivan y hacen posible un comportamiento “criminal”, no son fenómenos diversos de los que se encuentran en el caso del comportamiento conforme a la ley.

Sin embargo, la distinción entre los dos tipos de comportamiento dependería mucho menos de una actitud interior intrínsecamente buena o mala, social o asocial, que de la definición legal que distingue, en un momento dado y en una sociedad dada, el comportamiento criminal del lícito. Tras el problema de la legitimidad del sistema de valores acogido por el sistema penal como criterio de orientación para un comportamiento socialmente adecuado, se revela como determinante el problema de la definición del delito (tema que no será tratado acá ya que sería objeto de otro estudio pero que vale tener en consideración).

Incluso luego del cambio de paradigma al de “control” que se preocupa por las formas de definición del comportamiento criminal, las instituciones penitenciarias siguen con la idea de que la prevención del delito o su erradicación debe llevarse a cabo mediante el estudio y reconocimiento de la personalidad de su autor.¹¹² Esta postura sólo puede partir de la concepción del infractor de la norma penal como una ser “enfermo” o “anormal” que debe ser corregido. Para esto basta recordar el artículo 92 de nuestro reglamento penitenciario el cual, de suyo, nos demuestra la influencia del paradigma etiológico positivista en la concepción de Tratamiento Penitenciario: “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 libertad 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.”

De esta manera, la similitud entre el punto de vista etiológico, que considera los factores subjetivos como los determinantes de la conducta del sujeto, y el sociológico, atento a los factores socio-ambientales y su correspondencia entre dirigir la intervención específicamente al sujeto y actuar en el contexto ambiental, se repite en variadas ocasiones en las disposiciones de nuestro ordenamiento penitenciario. Esto quedó claramente demostrado al ver que uno de los aspectos tomados en cuenta en el otorgamiento de beneficios era la presunción de ciertas conductas del sujeto junto con la observación del medio al que estaba destinado a volver.

En conclusión, este sistema fracasa al necesitar de ciertos indicadores relacionados con parámetros culturales y de comportamiento de referencia que deberían transmitirse e interiorizarse a través de la intervención educativa. En la medida de que no es posible una verdadera verificación de esta interiorización, este sistema fracasaría a partir de sus propias bases, sobretodo al no poder comprobarse en forma alguna.

Con todo, algunos pretenden resolver el conflicto en aras de la dignidad, sosteniendo

¹¹² Roberto Bergalli, Pánico social y fragilidad del Estado de derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria). Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales. J.M. Bosh Editor, 1994 Pág. 99.

que no se buscaría un cambio moral de los “internos-intervenidos”. Sin embargo, ya estaría demostrado que la intervención sería de la esencia de esta ideología, por lo que sostener lo contrario estaría en contra de los propios fundamentos de ésta, los cuales ya hemos visto.

V.3.3 Fracaso de la ideología del tratamiento penitenciario.

Uno de los principales motivos por el que fracasa esta intención resocializadora está dado por la siguiente pregunta: ¿Puede, en algún caso, ser la pena privativa de libertad una sanción penal compatible con el respeto al resto de los derechos y libertades que conserva el recluso como persona cuando se encuentra en situación de libertad, o, por el contrario, se instrumentalizan estos derechos con fines disciplinarios?¹¹³

A partir de esta pregunta se debe señalar que el tratamiento penitenciario es, principalmente, un medio, un instrumento para garantizar la custodia y vigilancia en la prisiones.

Esto dice relación con que las funciones de tipo formal, legislativo, definidas por el ordenamiento jurídico, ocultan la realidad de los establecimientos penitenciarios la que tiene que ver más con otro tipo de funciones como la de “función social”, de definición por parte de la sociedad de quienes son delincuentes. No podemos olvidar que sólo un grupo de delincuentes deben ser supuestamente rehabilitados; estos son los que pasan por la actividad de los órganos institucionales que tienen a su cargo combatir la delincuencia, y una “función política” que dice relación con la neutralización de conflictos sociales. Todo esto por medio de un trabajo llevado a cabo por la tecnología disciplinaria¹¹⁴, característica del “matrimonio feliz” entre régimen disciplinario y tratamiento penitenciario.

Fundamental para entender cual es esta relación entre Régimen y Tratamiento Penitenciario es comprender qué significan cada uno de los dos. Es por eso que debemos detenernos brevemente en el primer concepto.

V.3.4 El Régimen Penitenciario.

Debemos recordar que la actividad Penitenciaria se configura como aquella que despliega la Administración Penitenciaria para la consecución de los fines de la pena, que como se dijo en un comienzo eran dos: la custodia y retención de los reclusos, esto con independencia de su condición procesal, y la reinserción de los penados y a los sentenciados sometidos a medidas de seguridad. Hasta el momento nos hemos preocupado bastante, y lo volveremos a hacer, del Tratamiento Penitenciario, por lo que es necesario darle importancia al área de la actividad penitenciaria que tiene, sin duda alguna, la mayor trascendencia dentro de la vida en prisión, incluso más que cualquier declaración bien intencionada que pudiera tener el legislador: el régimen penitenciario.

¹¹³ César Manzanos Bilbao. Reproducción de lo carcelario: El caso de las ideologías resocializadoras. Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales. I. Rivera coordinador. J.M. Bosh Editor. 1994. Pág. 122.

¹¹⁴ Michel Foucault. En vigilar y castigar: “La cárcel es un microsistema de poder destinado a la dominación y domesticación para la disciplina social del internado”. Pág. 238.

Cuando una persona ingresa, sin importar su condición procesal, en un centro penitenciario lo hace en virtud de una orden o mandato en cuya virtud se encomienda a la administración su retención y custodia, por lo tanto también le corresponde el deber de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro penitenciario. Vale decir, velar por la convivencia ordenada, establecer sistemas de control y vigilancia así como de corregir las infracciones disciplinarias de los reclusos. Podemos definir así el Régimen Penitenciario como “el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden de los centros penitenciarios, determinando los derechos y las prestaciones que corresponden al recluso en general”. El Reglamento Penitenciario lo regula en su título segundo, en el artículo 24.

Los principios inspiradores del régimen penitenciario son aquellas características básicas del mismo que determinan su papel de marco, dentro del cual se desarrolla la ejecución de la pena privativa de libertad.¹¹⁵ Estos son:

- 1) Principio de Legalidad;
- 2) Principio de la Subordinación;
- 3) Principio de la Coordinación;
- 4) Principio de Especialización.

1. Principio de Legalidad:

Consagrado en el artículo 25 del Reglamento Penitenciario, el cual señala: “El régimen general de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se ajustará a lo establecido en la Constitución Política de la República, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes relacionadas con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”, este principio debe ser construido junto a la normativa general, tanto Constitucional como la establecida por la Administrativa. Al ser un imperativo de carácter constitucional establecido entre los principios informadores del ordenamiento jurídico, es un principio de garantía ante la actuación de la administración penitenciaria. Su principal dificultad va a ser, sin duda alguna, la amplitud de la actuación discrecional de la administración penitenciaria y además el casi inexistente control adecuado por órganos que ejerzan jurisdicción de esta actividad.

2. Principio de la Subordinación:

Este principio dice relación con que el régimen penitenciario no es un fin en sí mismo sino que tiene el carácter de medio, ya que su finalidad es velar para que se cumplan las condiciones de convivencia necesarias para el éxito del tratamiento. Veremos que este es uno de los principios que tiene menor aplicación en la práctica ya que bajo las condiciones actuales, y por qué no decirlo, históricas de la reclusión, la relación medio-fin es inversa, vale decir, el tratamiento se ha transformado, si es que no fue creado con ese

¹¹⁵ El Régimen Penitenciario. El procedimiento sancionador: Sus principios constitucionales y penales. Angel Estévez Jimeno. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria, España. www.fiscalia.org. Pág. 7.

propósito, como el medio para una situación disciplinaria adecuada para los fines de retención de la administración penitenciaria.

3. Principio de Coordinación:

Este principio dice relación con que aunque las actividades integrantes del régimen y de tratamiento sean diferentes entre sí, deberán estar debidamente coordinadas.¹¹⁶

4. Principio de Especialización:

Como se dijo en un momento la intención del legislador era establecer la relación de medio-fin entre el régimen y el tratamiento; sin embargo este supuesto medio tiene diversos objetivos que se diferencian de acuerdo con la situación procesal de los reclusos, sea que, se encuentren en condición de procesados o se trate de personas condenadas. Así, para los primeros, los objetivos son los de retención y custodia, en virtud del principio de inocencia y, para los internos penados, el tratamiento penitenciario junto con la retención y custodia. Además, tanto para los unos como para los otros, la Administración Penitenciaria debe prestarles asistencia.

En síntesis; el conocimiento de los principios que inspiran el régimen penitenciario, no obstante la letra de la ley, se alejan bastante de la realidad carcelaria, ya sea porque, como veremos a continuación, el tratamiento penitenciario se ha instrumentalizado en aras del mantenimiento de una determinada tecnología disciplinaria, ya sea por los iguales efectos criminológicos y estigmatizadores que conlleva la cárcel tanto como para procesados como para condenados y por sobre todo, como ya se dijo, por la falta de un adecuado control jurisdiccional de la actividad penitenciaria que hace difícil un respeto al principio de legalidad.

Para analizar la primera crítica a la irrealidad fáctica de estos principios hay que señalar que el régimen penitenciario cuenta con un “conjunto de normas que definen los comportamientos infractores de la seguridad, las faltas disciplinarias, así como las sanciones que corresponden a tales infracciones, y que regulan además el procedimiento a través del cual se determina las reglas de aplicación de las sanciones y las reglas de su cumplimiento”¹¹⁷, conocido como Régimen Disciplinario, potestad que se asocia a la finalidad de retención y custodia y por sobretodo a la exigencia del orden interno y una adecuada convivencia de los establecimientos penitenciarios, y por ende, a la exigencia

¹¹⁶ Señala con respecto a este punto el artículo 29 del reglamento: “En los establecimientos de régimen cerrado los principios de seguridad, orden y disciplina, serán los propios de un internado. Estos principios deberán armonizar, en su caso, con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos(...)”. Así como también el artículo 27 de éste: “La Administración Penitenciaria, por resolución del Director Regional respectivo, establecerá el horario que regirá las actividades de los establecimientos penitenciarios, que fomente hábitos similares al del medio libre, tales como horas de inicio y término de la jornada diaria, y de alimentación, garantizando al menos ocho horas diarias para el descanso. El resto del horario deberán atenderse las necesidades espirituales y físicas, las actividades de tratamiento, formativas y culturales de los internos”.

¹¹⁷ Constitución y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Luis Fernández Arévalo. Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla. www.fiscalia.org. Pág. 40.

de establecer una pronta corrección de aquellas conductas que supuestamente infrinjan esta custodia y a la convivencia ordenada. Sin duda alguna ésta va a ser la principal característica de la vida al interior de la cárcel, una eterna intención por disciplinar a los internos por medio de la constante vigilancia, sanciones disciplinarias y el tratamiento penitenciario. Es así como el conjunto de la población penal va a recibir una educación distinta, esta es, la de ser un “buen detenido”, aceptando tanto las normas formales del establecimiento como también las informales (impuestas por el personal de la institución),¹¹⁸ por medio de las cuales los reclusos adoptarían modelos de comportamientos ficticios (o fingidos) que tenderían a un desenvolvimiento ordenado de la vida en prisión. Sin perjuicio de la vulneración que esto conlleva al libre desarrollo de la personalidad.

Siguiendo a M. Foucault nos enfrentamos a la cárcel como una institución creadora no de sujetos de derecho sino que de sujetos obedientes, sometidos a hábitos, a reglas, a ordenes, a una autoridad que se ejerce continuamente sobre los reclusos. Lográndose este objetivo tanto por medio de técnicas de carácter correctivas de la personalidad (tema que ser tratado más adelante), como por medio de la técnica disciplinaria, llamada por este autor como una “Tecnología política del cuerpo”:

“...El cuerpo sólo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido”¹¹⁹

Esto dice relación con la función política de la cárcel en el entendido de neutralizar el conflicto social; sin embargo, no sólo va a procurar la neutralización de tal conflicto, sino que va a terminar buscando la eliminación de ese espacio de libre albedrío del supuesto delincuente, procurando la destrucción física y mental de los reclusos. En este sentido nos encontramos con uno de los principales obstáculos fácticos existentes en la vida cotidiana de los establecimientos penitenciarios para el ejercicio tanto de la libertad de expresión en su vertiente opinión, que prácticamente no existe en la relación recluso funcionario o técnico, como de la libertad de conciencia en el sentido de tener un orden valórico propio y no impuesto. Este obstáculo sería la construcción de “cuerpos dóciles”¹²⁰ que van a actuar día a día bajo esquemas de coacciones aparentemente aceptados por los internos. El método por medio del cual se va a llegar a este resultado son “las disciplinas” que permiten el “control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantiza la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad”,¹²¹ siendo su principal consecuencia la construcción de un individuo mejorado, tanto para la sociedad, pero en primer lugar, y lo que es más importante, para la misma actividad penitenciaria y quienes la llevan a cabo.

La disciplina, entendida como el “procedimiento técnico unitario por el cual la fuerza del cuerpo está con el menor gasto reducida como fuerza política y maximizada como

¹¹⁸ Ibidem cita 111. Pág 196.

¹¹⁹ Michel Foucault. En vigilar y castigar, Siglo Veintiuno de España Editores S.A, Madrid, Pág. 32-33.

¹²⁰ Ibidem, Págs 139- 174.

¹²¹ Ibidem. Pág. 141.

fuerza útil”¹²² actúa en primer lugar por medio de la distribución espacial de los internos, tanto por su clausura y consecuente desconocimiento de lo que sucede con ellos por el resto de las personas, como por medio de su distribución analítica, en grupos observables por medio de la clasificación. Ésta, además, actúa por medio del control de la actividad, el empleo del tiempo, estableciendo ritmos, ocupaciones determinadas, regulando ciclos de repetición, como por medio de la elaboración temporal del acto estableciendo ritmos colectivos y obligatorios como, por último, la utilización exhaustiva, vale decir, el principio de no ociosidad¹²³.

La importancia práctica que adquiere la disciplina en los establecimientos penitenciarios es que intenta fabricar individuos “objetos”, primer síntoma de la relación entre régimen penitenciario y tratamiento, llevada a cabo por el régimen disciplinario. Esto en la medida de que lo que le compete a la penalidad disciplinaria es la inobservancia, de todo lo que no se ajusta a la regla, lo que se aleja de ella, vale decir, lucha contra la desviación, ya que en la cárcel, castigar es ejercitar hasta corregir los “defectos”, como son definidos por el reglamento y la práctica institucional.

En síntesis, a lo que apunta el régimen disciplinario, y después veremos que en igual medida el tratamiento penitenciario, es hacia la “normalización”, entendida como la penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias como es la cárcel, que compara, diferencia, jerarquiza, homogeniza y excluye.¹²⁴

Vemos así como se gesta un conjunto complejo dentro del cual se enfrentan tanto la necesidad, por parte de la Administración Penitenciaria, de ser fieles a un mandato del legislador de rehabilitar, y del deber de mantener el orden y la disciplina de un grupo de personas que aparentemente presentan características de desadaptación y peligrosidad, más aún si hablamos de personas que presentan un alto grado de marginación y estigmatización. Por todo esto, el mejor método será, sin duda alguna, la neutralización y la creación de estos cuerpos dóciles y obedientes de que hemos hablado. Sin embargo, resultó que el principal aliado de esta segunda finalidad va a ser el mismo tratamiento penitenciario (incluso más que el mismo régimen disciplinario) esto es, el medio ideal para que se produzca el efecto de neutralización requerido para una vida en prisión adecuada.

Cómo se hace posible esta instrumentalización del tratamiento con fines disciplinarios. A eso nos dedicaremos a continuación.

V.3.5 La Dinámica Premio-Castigo en el Tratamiento Penitenciario.

Este tema dice especial relevancia con el supuesto carácter voluntario del tratamiento penitenciario en pos de no afectar la libertad individual del recluso. Es el artículo 94 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, ya citado, el que señala que el rehusarse a las actividades propuestas no reportará, en caso alguno, consecuencias

¹²² Ibidem. Pág. 224.

¹²³ Ibidem. Pág. 157.

disciplinarias. Sin embargo, sabemos que uno de los requisitos para obtener beneficios penitenciarios es el de participar en cuanta actividad se les proponga a este grupo de personas, llegando incluso al absurdo de considerar si el interno participa o no en actividades de tipo recreativo, sin perjuicio de la importancia que puedan tener este tipo de actividades en la vida de los seres humanos. No hay ninguna razón que permita justificar que sean necesarias para obtener estos beneficios. Por lo tanto, en la medida de que “si participo puedo irme antes del régimen penitenciario” están irremediable e indisolublemente unidas. Es por esto que la unión régimen-tratamiento hacen a esta “voluntariedad” una falacia. En consecuencia, si bien la no participación en tales actividades no producirían consecuencias disciplinarias o regimentales, ya que en caso contrario estaríamos en frente a una contravención al principio de legalidad, tendría efectos en el ámbito del tratamiento.

Un comportamiento adaptado a la vida disciplinaria genera modos de vidas más blandos por medio de la obtención de recompensas (tendemos acá a hacer la comparación con el caballo que en el circo recibe el terrón de azúcar por una conducta aprendida satisfactoriamente para su amo, que por fuerte que puede sonar esto no deja de estar cerca de la realidad). En cambio un comportamiento desadaptado, que pasa obviamente por la actitud del recluso a su propia rehabilitación, en la medida de que la observación valorativa de las autoridades correspondientes lo tomarán en cuenta, genera una gran dosis de exclusión. Esto es lo que va a diferenciar el tratamiento de tipo rehabilitador al tratamiento de tipo inhabilitador aplicado a la categoría de los peligrosos o incorregibles, en donde nuevamente nos vemos en presencia de vulneración del principio

¹²⁴ Michel Foucault. En vigilar y castigar, Siglo Veintiuno de España Editores S.A, Madrid. Pág. 188. Refleja esta realidad de manera notable al señalar en que a la cárcel se le exige que tenga una utilidad en el sentido de que la pena privativa de libertad ha tendido desde sus orígenes a ejercer un papel técnico positivo, y operar transformaciones sobre los individuos ocupando, según este autor, tres grandes esquemas; el esquema político-moral del aislamiento individual y de la jerarquía; el modelo económico de la fuerza aplicada a un trabajo obligatorio; el modelo técnico-médico de la curación y de la normalización, lo que transforma a la cárcel en una institución social creada con un fin claro y dotada de auxiliares y técnicos encargados de lograr esta meta. Esta va a ser la principal unión entre régimen y tratamiento en la medida de que aquellos que llevan a cabo este último son parte de una institución de fines comunes y, por ende, éstos deben responder a aquellos. Por último debemos señalar, siguiendo nuevamente a Michel Foucault, cuales son las máximas universales de una buena “condición penitenciaria” con las cuales podremos entender cabalmente cuales son las características que históricamente han estado presente en el proyecto correctivo propio de los establecimientos peniteciarios: 1) La detención penal debe tener como función esencial la transformación de comportamiento del individuo. Este será llamado como “**principio de corrección**”. 2) Los reclusos deben estar separados y aislados en grupos que puedan ser observados por el equipo técnico, el cual va a ser llamado “**principio de clasificación**”. 3) Se deberá aplicar un régimen progresivo con el fin de adaptar el tratamiento del preso a “su actitud y grado de enmienda”. Este es el “**principio de la modulación de las penas**” . 4) El trabajo deberá ser uno de los elementos esenciales de esta corrección y de la socialización progresiva de los internos. Este es el “**principio del trabajo como obligación y como derecho**” . 5) La educación que debe otorgarle la Administración Penitenciaria al detenido es un deber tanto frente a la sociedad entera como frente al recluso. Este es el “**principio de la educación penitenciaria**”. 6) El régimen de la prisión debe ser, por lo menos en una parte, esta es la del tratamiento, controlada y tomada a cargo por un personal especializado que “posea la capacidad moral y técnica para velar por la buena formación de los individuos”. Este será llamado “**principio del control técnico de la detención**”. 7) La prisión debe ir seguida de medidas de control y de asistencia hasta la readaptación definitiva del ex detenido, esto es, después de la pena privativa de la libertad. Estos será conocido como el “**principio de las instituciones anexas**”.

de igualdad. Debido a lo anteriormente expuesto, y a un deseo razonable de todo recluso de terminar luego su condena, a lo más que pueden aspirar las autoridades penitenciarias es a llegar a convertir al interno en alguien meramente no problemático para el propio orden carcelario, en donde las actividades de tratamiento sólo fomentarán una actitud cínica, que llamaremos de “complacencia fingida”, de pretendida asimilación de ciertos valores y actitudes a cambio de un menor rigor en la represión propia de la pena privativa de libertad.¹²⁵

Adelantado Gimeno señala lo siguiente:

“(...) el objetivo manifiesto de la institución es cumplir el mandato legal resocializador, aunque el objetivo latente es el mantenimiento del orden interior. En ambos casos, la estrategia de la organización a corto plazo consiste en modificar las pautas de comportamiento de los internos forzando una adaptación mediante una combinación de castigo y persuasión. En este proceso se acaba produciendo una selección entre los internos, a través de la cual los más proclives a exhibir un cambio de actitud son recompensados. La conformidad aparece como una forma de negociación ente el interno y la institución a propósito sobre la forma de definir la realidad; pero frente a la distribución asimétrica del poder, y de la definición sobre la necesidad y condiciones de la reeducación, los internos se defienden con la desidia frente a las actividades propuestas que no responden a sus intereses, o bien, manteniendo sus hábitos de conducta y su moral de forma clandestina(...)”¹²⁶

Volvemos al problema de que este sistema fracasa en la medida de que sólo lograría en apariencia, en la mayoría de las veces, sus propósitos teniendo que confiar en la sinceridad del sujeto, lo que, demás está decirlo, es indemostrable.

Es indudable lo que se ha expuesto cuando se cae en cuenta que la observación de las autoridades termina haciendo referencia principalmente a la regularidad de la conducta, por lo que es obvio que el tratamiento encuentra su núcleo esencial en el respeto de la disciplina. Son tres los principales aspectos que están inevitablemente relacionados con la necesidad, demandada de manera sistemática, de que se verifique el presupuesto de la “regularidad”, como condición para la concesión de ciertos beneficios

127 :

Un aumento en el nivel de tolerabilidad de las condiciones internas, por lo tanto un empeoramiento de las condiciones de vida debido a la escasez de demandas reivindicativas por parte de los reclusos.

Un desinterés en las condiciones externas a las que se enfrentará el interno una vez en libertad, en la medida en que éstas siguen siendo fiables sobre la valoración del

¹²⁵ Dentro de un análisis económico, estamos en presencia de un problema de “costo de oportunidad” en donde el recluso pierde un poco de dignidad por un menor tiempo en condiciones deplorables de vida. Nada más conveniente.

¹²⁶ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997.

¹²⁷ Ibidem cita 107. Pág. 165.

comportamiento interno “científicamente observado”, y no sobre el ámbito de las posibilidades a las que tendrá acceso en el medio libre.

El deterioro del rol de los operadores, entendiéndose por éstos al área encargada de llevar a cabo las actividades de tratamiento como sus participantes, convirtiéndose en “meros contables de la regularidad”.

Estos tres aspectos se anudan en torno a un único aspecto, este es, la preeminencia de las razones de la institución por encima del sujeto, lo que termina demostrando lo que se señaló en un comienzo, vale decir que se ha instrumentalizado el tratamiento en pos de la eficacia del régimen disciplinario, tornándose la ideología resocializadora, aparte de una falacia, en un arma de la disciplina que encubre su verdadero propósito por medio de una buena intención.

V.3.6 La toma de decisiones en el sistema progresivo.

Al concretizarse el tratamiento mediante una estrategia de naturaleza premial, hay que preguntarse cuáles son los procesos que avalan la toma de decisiones. Procesos cuyos efectos serán la progresión o la regresión del interno en esta evolución que se espera que lleve a cabo, dándole especial relevancia al tema de la presunción o al pronóstico que se efectúa una vez que el interno ingresa al tratamiento por medio de un diagnóstico, y que seguirá efectuándose cada vez que se deba tomar una decisión relevante, en el ámbito del tratamiento, para la vida del interno.

El primer problema al que se ve enfrentada la administración penitenciaria dice relación con los medios disponibles para que se lleve a cabo esta observación y evaluación de los reclusos propias del sistema de pronósticos. Por ende, es probable que el pronóstico se base en el expediente, la conducta disciplinaria. Esto puede terminar en que el pronóstico sólo se base en valoraciones arbitrarias, que tomará en cuenta estereotipos respecto del delito cometido, de la pertenencia a una determinada clase, del carácter del interno, lo cual vulnera, una vez más, el principio de igualdad¹²⁸. En este caso por la manifiesta discriminación arbitraria llevada a cabo por la autoridad administrativa.

Criterios para la evaluación de los internos.

Los criterios tomados en cuenta para la evaluación de los internos, junto con lo anterior, son:

La “conducta observable”, con respecto a la cual ya se señaló que tropieza con el problema de la “complacencia fingida” del recluso, por lo que pierde así su validez como criterio razonable para evaluar, llegando incluso a tomar aspectos irrelevantes como indicadores de la evolución del sujeto, los que llamaremos tipo “Jardín Infantil”, como son el que haga su cama o se lave los dientes.

El segundo de los criterios dice relación con la participación en las actividades del

¹²⁸ Según Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”. Pág. 395.

tratamiento, en que debido al sistema premial, sólo se podría evaluar la disposición del interno a soportar la presión de tener que participar en cuanta actividad se le proponga.

Otro criterio ocupado es el de disponer de mejor o peores habilidades sociales, lo que no puede influir en el otorgamiento de beneficios, junto con el criterio de “autoatribución de las causas del delito” lo que vulnera el derecho de no confesarse culpable o a no declarar contra sí mismo.

Por último, uno de los criterios más ocupados el del “apoyo exterior”, afectando, como ya se ha señalado el principio de igualdad.

En concreto, esta toma de decisiones o se basa en indicadores que vulneran derechos fundamentales o en indicadores que no se sostienen, lo que, tomando en cuenta la deficiencia de medios, constituye una gran irresponsabilidad de aquellos que siguen defendiendo este sistema, debido a la enorme influencia en la vida de los internos.

Una vez conocida cuales son las características principales del régimen, tratamiento y de la toma de decisiones dentro del sistema progresivo debemos señalar que la acción de la pretensión punitiva del Estado va a actuar, no buscando un respeto externo hacia la ley, ni tampoco va a ser el solo temor al castigo lo que va obrar sobre el recluso. Nos enfrentamos a un trabajo complejo sobre la conciencia de los individuos.

V.4 CONSECUENCIAS DEL IDEAL RESOCIALIZADOR EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES ESPECÍFICAS.

Cuáles son los efectos, dentro de las libertades de conciencia y de expresión objeto de este estudio, de la unión entre régimen y tratamiento penitenciario y la relación de la que hemos hablado.

El primer efecto, dentro de una teoría de los derechos fundamentales que distingue entre principios y reglas (y que entiende estos principios, dentro de los cuales se encuentran las libertades en cuestión, como mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la mayor medida posible de acuerdo a la existencia o no de otros principios o bienes jurídicos de peso mayor), es que este mandato exige que la realización de este supuesto de hecho se realice tanto dentro de las posibilidades jurídicas, como dentro de las posibilidades reales. Esto dice especial relevancia con la vida en prisión ya que de nada sirve el mandato del legislador de respeto a los derechos fundamentales si las condiciones fácticas de los establecimientos penitenciarios hacen prácticamente imposible el ejercicio de estos mismos.

De acuerdo con lo anterior, la conducta generada al interior de la cárcel con el sistema de premio-castigo, así como la transformación de los individuos por medio de la tecnología disciplinaria hacen prácticamente ilusorio hablar de la posibilidad de ejercicio de la libertad de expresión, especialmente en su vertiente de la opinión, y de la libertad de conciencia.

Al hablar del derecho general de libertad señalamos que el derecho general a la personalidad se adscribe a éste que, además del elemento activo que hace referencia al ámbito del hacer, protege un elemento de carácter pasivo del desarrollo de la

personalidad al garantizar un derecho al respeto del ámbito protegido referido al “ser”. Esto hace referencia a la teoría formal-material donde el principio de la libertad negativa, en tanto principio referido también a situaciones y no sólo a acciones, interviene conjuntamente con otros principios. Una protección seria de la libertad dentro de una sociedad que se aprecie de respetar los derechos fundamentales debe velar para que el ejercicio de éstos se pueda realizar en la mayor medida posible, y por sobre todo que las restricciones e intervenciones a este ejercicio sean debidamente fundamentadas por su carácter esencialmente excepcional. Por ende, es de suyo inconstitucional que se produzca esta afectación de la libertad de expresión y de conciencia en su esencia, tomando en cuenta la normativa constitucional del artículo 19 n° 26.

Son las propias condiciones de la reclusión, tanto las normativas en la medida de que consagra el sistema de tratamiento correctivo unido al régimen penitenciario, como las fácticas, vale decir, *a* es, con respecto a una alternativa de acción jurídicamente libre y fácticamente libre en la medida en que tiene la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido, las que impiden el ejercicio de estas libertades. Entendiendo por impedimento de una acción de *a* por parte de *b* cuando este último crea circunstancias que hacen prácticamente imposible para *a* realizar la acción ¹²⁹, y neutralizan la oportunidad e incluso los deseos legítimos de ejercicio por parte de sus titulares. Sin duda alguna, el tema de la neutralización de los deseos de ejercicio de las libertades en comento va a ser de especial relevancia para el entendimiento de la restricción a éstas. Como ejemplo vamos a señalar que en varias oportunidades los internos, dentro de las entrevistas personales, respondieron frente a la pregunta de “cuales creían ellos que eran sus derechos dentro del establecimiento penitenciario” que sólo era “un pan y tres comidas”. Por ende, se produce el efecto dentro de sus personalidades de que deja de tener relevancia el tema del ejercicio de ciertas libertades si la constante lucha reivindicativa de éstos están encaminadas a lograr ciertos estadios de vida más dignos en lo que respecta a derechos que aparentemente son de, suyo, más básicos, como puede ser el de la alimentación y las condiciones de vida más dignas frente al problema del hacinamiento y la falta de higiene, por ejemplo.

El tema es de especial gravedad si aseguramos que de acuerdo a la política de la administración penitenciaria, pese a que no se realiza el proceso adecuado de ponderación ya visto ¹³⁰, se está constantemente dando mayor importancia al principio de orden interno o el principio de la neutralización de la personalidad, configurando una especie de regla en su favor, lo que sin duda alguna, es de extrema gravedad en un orden constitucional democrático.

Al tratar la teoría de los derechos fundamentales que seguimos para construir una protección adecuada de las libertades en cuestión de los reclusos, señalamos que de la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, esto es el postulado de ponderación, se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades

¹²⁹ Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”.

¹³⁰ Ver Capítulo referido a “Teoría de los derechos Fundamentales, una construcción jurídica para la protección de las libertades de los reclusos”.

jurídicas. En cambio las máximas de adecuación y de la necesidad, entendida como el postulado del medio más benigno, se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.¹³¹ Esto quiere decir que en la prosecución de determinado fin, en este caso el de orden interno, y una adecuada convivencia, fundamentado con un determinado principio (que llamaremos P^1), este es el del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado de manera eficaz, existen diversos medios por los cuales se puede llegar a este resultado¹³². Sin embargo el medio utilizado por la Administración Penitenciaria (llamado M^1) afecta en una mayor medida que si se optara por otro medio, la realización de aquello que exige una norma de derecho fundamental con carácter de principio (llamado P^2), en este caso la libertad de conciencia y la libertad de expresión¹³³.

Lo relevante es que para el primer principio da lo mismo si se elige otro medio, que en todo caso tiene que ser igualmente eficaz que el medio anterior. Sin embargo, para la realización de P^2 no lo es ya que se ve afectado en menor medida con la adopción del segundo medio. No obstante lo anterior, la decisión entre las alternativas que pueden ser elegidas no es una cuestión que esté dentro del marco de la máxima de necesidad, vale decir, no es una cuestión fáctica, sino una cuestión de posibilidades jurídicas, es decir, una cuestión entre la ponderación entre ambos principios en colisión, esto es dentro del marco de la proporcionalidad en sentido estricto. Esto dice sólo cual debe ser el método para llegar a la solución adecuada dentro de una teoría de los derechos fundamentales que respete la libertad personal, esto es donde están prohibidas las intervenciones del Estado en la libertad de la persona cuando no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos que, debido a las circunstancias en el caso concreto, tienen precedencia frente al principio de la libertad de la persona.

Conclusión:

Nada se ha dicho todavía con respecto a la realidad de los establecimientos

¹³¹ Robert Alexy en "Teoría de los Derechos Fundamentales". Pág. 112.

¹³² Nosotros propondremos en el capítulo relativo al control jurisdiccional de la actividad penitenciaria el medio mas adecuado al equilibrio entre el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado y las libertades de los individuos, lo que dice relación con la prohibición del establecimiento de reglas que impidan *prima facie* el ejercicio de determinadas libertades.

¹³³ En este sentido señala Robert Alexy en una notable explicación: " La constelación más simple está caracterizada porque en ella están en juego sólo dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ ciudadano). Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin F con el principio P^1 o F es idéntico a P^1 . Existen, por lo menos, dos medios, M^1 y M^2 , que son igualmente adecuados para lograr o promover F. M^2 afecta menos intensamente que M^1 , o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio P^2 . Bajo estos supuestos, para P^1 es igual que se elija M^1 o M^2 . P^1 no exige que se elija M^1 en lugar de M^2 o M^2 en lugar de M^1 . Para P^2 , no es igual el que se elija M^1 o M^2 . En tanto principio, P^2 impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fácticas, P^2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M^2 y no M^1 . Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de la validez tanto de P^1 como de P^2 , sólo M^2 está permitido y M^1 está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines y medios."

penitenciarios que, en todo caso, dista mucho de esta solución ideal por cuanto el proceso anterior de ponderación no se lleva a cabo, estando la Administración Penitenciaria en un nivel de independencia y discrecionalidad que deja a la gran mayoría de los reclusos en un estado de indefensión prácticamente absoluto. Sin embargo este tema será tratado más adelante, por ahora basta señalar que, dentro de la vida en prisión, se produce una afectación, tanto de la libertad de conciencia como de la libertad de expresión por la imposibilidad fáctica de ejercerlos, sobretodo por las consecuencias disciplinarias de carácter informal (e ilegal) que conlleva en las personas de los internos el ejercicio de éstas cuando eso significa enfrentar de algún modo a los funcionarios encargados de la custodia de los internos, vale decir, el personal de Gendarmería de Chile.

Lo anterior se vio reflejado de clara manera principalmente en las entrevistas personales realizadas a los internos, los cuales, en la mayoría de los casos manifestaron que dentro del establecimiento penitenciario no existían posibilidades reales de ser “auténticos” o “verdaderos” debido a los problemas que eso les podía traer, especialmente porque debían vivir permanentemente cuidando lo que hacían o decían para que no los “ficharan”, es decir, no fueran considerados como “peligrosos” para el orden interno por personal de Gendarmería, por lo que, para la mayoría de ellos, era más conveniente simplemente “fingir” y “callar”.

CAPÍTULO SEXTO

VI. EL STATUS JURÍDICO DE LOS RECLUSOS “La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría”¹³⁴

VI.1 Concepto

134

Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 333. Optamos por esta clasificación de “ciudadanos de segunda categoría” debido a su precisión en poner sobre el mesa cuales son los principales falencias que presenta la vida al interior de la cárcel, las cuales dicen especial relación con la efectiva posibilidad de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales y del total desconocimiento del principio de igualdad, con respecto al ciudadano no privado de libertad, dentro de los establecimientos penitenciarios.

Hasta el momento hemos querido dejar claro que dentro del régimen penitenciario se afectarían derechos fundamentales, dándole especial énfasis a lo ocurrido con la libertad de expresión y la libertad de conciencia, sin una justificación adecuada propia de la restricción de estos mismos derechos de un ciudadano común que viva en libertad. Es por esta razón que nos toca dedicarnos a aquellas teorías que se han preocupado de fundamentar esta situación en que viven los reclusos. Ninguna de éstas ha sido recogida en forma directa por la jurisprudencia de nuestro país, tomando en cuenta que no hay una construcción jurisprudencial suficiente con respecto a la situación de afectación de las libertades de los reclusos. No obstante lo anterior, se intentará demostrar, que dentro de nuestro ordenamiento penitenciario, LA CONSTRUCCIÓN DE UN CIUDADANO DE SEGUNDA CATEGORÍA, pese a que no ha sido realizada, como lo veremos más adelante, por la jurisprudencia como en el caso de países como España y Alemania, queda consagrada dentro del propio Reglamento Penitenciario lo que va a ser decisivo al momento de señalar la inconstitucionalidad de este reglamento.

Relacionando el capítulo dedicado al tratamiento penitenciario, al régimen penitenciario y a sus consecuencias en la normalización de los individuos desviados coincidimos con Michel Foucault cuando señala que “la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos ni del aparato judicial” lo que quiere decir que existe una zona de no-derecho característica de la cárcel en donde la administración actúa por medio de la oscuridad de sus decisiones y casi una absoluta discrecionalidad, problema que ha sido medianamente solucionado en algunos países por medio del establecimiento de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (asunto que será tratado más adelante). Sin embargo nuestro país se encuentra aún muy lejos de tomar medidas como la anterior debido a que no hay ni preocupación ni voluntad por un compromiso serio con los derechos fundamentales.

Es por eso que Michel Foucault señala también que el efecto más importante del sistema carcelario y de su extensión, mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar y rebaja al menos el umbral de tolerancia a la penalidad. Tiende a borrar lo que puede haber de exorbitante en el ejercicio del castigo

135 .

Cuando hablamos de Status Jurídico de los reclusos nos referimos al grado de reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales que no han sido afectados por el fallo condenatorio, como al grado de vigencia de la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad. Además, dentro de una caracterización de este status jurídico va a ser de gran importancia el nivel de efectiva protección al que puede acceder un recluso en caso de estar frente a una afectación arbitraria de sus libertades lo que dice relación, sin duda alguna, con el derecho a defensa y las posibilidades fácticas dentro de los establecimientos penitenciarios a reclamar y defenderse. Vamos a ver que en cierta medida la existencia de ciudadanos de segunda categoría es real en cuanto la vigencia de estos derechos fundamentales y que esta diferenciación con el ciudadano libre pasa más por el sólo hecho de encontrarse privado de libertad y en una situación especial con respecto a la Administración Penitenciaria que por un criterio de ponderación en donde

¹³⁵ Michel Foucault. En vigilar y castigar, Siglo Veintiuno de España Editores S.A, Madrid. Pág. 308.

claramente van a influir ciertos criterios como el mantenimiento de un orden interno dentro de la afectación de ciertos derechos fundamentales. Sin embargo, creemos que esto debe resolverse caso a caso y no estableciendo un sistema duro en donde la Administración puede restringir derechos fundamentales sólo en virtud de un norma reglamentaria.

Es necesario señalar que el tema del Status Jurídico de quienes se hayan privado de libertad es un tema al cual no se le ha dado gran relevancia en las ciencias penales. Sin embargo se han creado ciertas categorías tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que buscan fundamentar las importantes restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos.

VI.2 LA DOCTRINA DE LA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL

Esta doctrina nace en Alemania en el siglo XIX, con el nombre de *relaciones de poder especial*, como una zona del no-derecho que, con el tiempo, ha delimitado las relaciones entre ciudadano-Administración en muy diversos ámbitos, siendo uno de estos la relación del recluso con la Administración Penitenciaria. Esto quiere decir que junto con la relación de sujeción general derivada de la propia existencia del Estado, más que sujeción nos referiremos al concepto de soberanía. La doctrina administrativista alemana configuró otro tipo de relación con la Administración que justificó la restricción y la menor protección de los derechos fundamentales de ciertos grupos de individuos como fueron los funcionarios públicos, los estudiantes, los reclusos, etc.

Lasagabaster, autor que ha realizado uno de los estudios más completos de las relaciones de sujeción especial en España, da el siguiente concepto de éstas: “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, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor el ciudadano afectado por tal institución”¹³⁶. A partir de esta definición general de las relaciones de sujeción especial se puede notar que las instituciones jurídicas más afectadas serían el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial de éstos.

La consecuencia principal de esta teoría, en sus inicios, fue que el ciudadano enmarcado dentro de ésta era incluido dentro del ámbito de la Administración la cual tenía la facultad para regular las relaciones dentro de tales situaciones, regulación mediante prescripciones administrativas, en las cuales se cuentan los reglamentos de los centros penitenciarios, lo que significó que los derechos fundamentales y la reserva de ley no tenían validez, o la tuviera en menor escala.^{137 138}

Con respecto a la sujeción general a la que están sometidos los ciudadanos sólo

¹³⁶ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 335.

significa la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico. No es consecuencia de una relación jurídica concreta existente entre dos sujetos. Por el contrario, las relaciones de sujeción especial sólo pueden ejercerse sobre quienes están en una situación determinada de subordinación derivada de un título concreto.

VI.2.1 Recepción de la teoría de la relación de sujeción especial en el Derecho Penitenciario.

Fue en Alemania, a diferencia de otros países, donde hubo una preocupación por justificar y construir una teorización para explicar la desprotección jurídica de los reclusos¹³⁹. Tanto doctrina como jurisprudencia coincidieron en considerar a los reclusos como individuos sometidos a una relación especial de sujeción de la que derivaba un modelo de ejecución de la pena no regulado jurídicamente. Su principal consecuencia era que frente a numerosas obligaciones de los internos, cuyo fin era alcanzar cuotas elevadas de seguridad interna y orden, se hacía prácticamente imposible esgrimir derechos. Esto hizo posible un tremendo abandono jurídico, ya que por otra parte los internos tampoco se beneficiaron de los principios del Derecho Administrativo y llegó a transformarse en la idea central que inspiraba la ejecución de la pena¹⁴⁰.

La ejecución penal constituía (y sigue constituyendo) una especial relación de poder, en cuyo ámbito la administración está justificada para tomar o regular, en forma general o especial, todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena en el sentido de sus finalidades jurídicamente reconocidas, siendo su función más singular la de que exista la autorización de límites inmanentes de derechos fundamentales. Y lo que es más grave aún, esta limitación se hacía en un marco ajeno al derecho en el que la Administración Penitenciaria podía actuar con absoluta discrecionalidad. Esto quiere

¹³⁷ Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Pág. 162 y ss. Garrido Falla ha señalado que la relación de sujeción especial es la traducción de la institución del derecho Administrativo conocida como "policía administrativa" vale decir, aquella actividad que la administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos."

¹³⁸ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 337. Esta doctrina también fue conocida en Italia, es por esto que Santi Romano señala que las relaciones Estado-súbditos se resuelven en un derecho general de supremacía ejercido por el primero sobre aquellos que se encuentren en su territorio. Esta supremacía incluye distintas clases o categorías de acuerdo a su origen y extensión. La primera deriva de la soberanía general del Estado y la segunda clase sería configurada por los derechos de soberanía que el Estado ejerce en "*speciali rapporti di sudditanza*" fundadas individualmente, mediante un acto dirigido a una persona determinada taxativamente.

¹³⁹ Borja Mapelli Caffarena. El Sistema Penitenciario, Los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional. Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. J.M. Bosch. Barcelona, 1994. Pág. 18.

¹⁴⁰ Ibidem. Pág. 18.

decir, que este tipo de relación supone una restricción de los derechos fundamentales por vía puramente administrativa sin precisar de ley formal. Por ello los derechos fundamentales de los reclusos quedarían en manos de la Administración Penitenciaria.

Es importante señalar que el régimen disciplinario, no se deriva, en ningún sentido, de una relación de sujeción especial como muchos podrían sostener para justificar la restricción de derechos a favor de un orden o seguridad al interior de los establecimientos penitenciarios, sino que existe en virtud del cumplimiento de un fallo condenatorio y, no obstante la importancia que puedan tener bienes jurídicos colectivos como podría ser el cumplimiento de la pretensión punitiva del Estado, o la seguridad del establecimiento, la afectación de derechos fundamentales a favor de los principios anteriores, como se ha ido reiterando, no puede quedar en manos de la pura discrecionalidad de la Administración Penitenciaria, sobretodo si las reclamaciones que se pueden interponer por estas valoraciones deben realizarse ante la misma administración que resolvió.

Clarificador con respecto a cómo ha sido la recepción de esta teoría en el ámbito del Derecho Penitenciario es la utilización que ha hecho de ésta el Tribunal Constitucional Español, la cual ha sido bastante profusa demostrando que no ha habido un intento serio, como lo hubo en Alemania, por, a lo menos, justificar la excesivas restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos.

La primera materia que ha sido recurrentemente analizada desde el punto de vista de las relaciones de sujeción especial por el tribunal constitucional Español es la restricción de derechos fundamentales de los reclusos en virtud de la potestad sancionadora derivada del régimen disciplinario. Es por medio de esta interpretación jurisprudencial que se considera dicha potestad de la Administración como una de las más importantes consecuencias de la relación de sujeción especial que vincula al interno con la Administración Penitenciaria, al reconocer que el recluso es un sujeto de derecho frente a la Institución Penitenciaria, le somete a un poder administrativo más intenso que el ejercido en términos generales sobre todos los ciudadanos, poder que es de carácter autónomo y legitimado por su propia necesidad.

Ejemplo de lo anterior es lo señalado por la sentencia del Tribunal Constitucional español 2/87: “el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común 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”.¹⁴¹

La sentencia anterior cae en el error de considerar que la potestad sancionadora, deriva de este tipo de relación siendo que sólo debería derivar del cumplimiento de un fallo condenatorio y del principio de legalidad.

Con respecto a la facultad de imponer sanciones señala esta sentencia: “es normal y aún necesario que cuando la Administración actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto de los cuales no es exigible esa neutralidad e imparcialidad de su composición que el recurrente reclama” por

¹⁴¹ Cristina Loma Martínez. Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria. Jurisprudencia Constitucional Penitenciaria en España. www.fiscalia.org . Pág. 12.

lo tanto el órgano competente para imponer sanciones es un órgano administrativo y no judicial. Recordemos que esto no significa que se esté en desacuerdo con la existencia de un régimen disciplinario, sólo se quiere dar a entender que cuando el ejercicio de esta potestad signifique afectación de derechos fundamentales debe hacerse con la ponderación de principios que no puede realizarse por la Administración Penitenciaria sino que por la Jurisdicción autorizada Constitucionalmente para tal efecto.

Otra de las materias en que se ha resuelto el conflicto a favor de la Administración Penitenciaria, basándose el Tribunal en la supuesta relación de sujeción especial, es con motivo de las huelgas de hambre que se han realizado en España en la lucha por reivindicaciones de los reclusos. En este caso han argumentado que es esta relación la que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre Administración e internos. Entre ellos se destaca el deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del recluso, los cuales serían valores consagrados constitucionalmente y permitirían en determinadas situaciones imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos que se colocan en peligro de muerte. Con respecto a la invocación, por parte de los huelguistas, del derecho a la vida, integridad física y moral, el Tribunal Constitucional vuelve a señalar que, de acuerdo con la relación de sujeción especial, la Administración tiene el deber de velar por la vida e integridad de los reclusos, mandato que también afecta, en este caso, la libertad de conciencia y el principio de la dignidad de la persona. Señala este tribunal que la Constitución no garantiza el derecho a la propia muerte, careciendo de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a “ese derecho constitucionalmente inexistente”, decisión que sería una manifestación de la libertad general de la persona y que la decisión de oponerse a la asistencia médica en la situación de relación especial penitenciaria no puede exigir a la Administración que no actúe en beneficio del bien jurídico vida consagrado en la constitución. Vemos con claridad que, en modo alguno, el tribunal necesite ocupar este tipo de relación ya que lo que debe hacer acá, y en cierta medida lo que está haciendo, independientemente de la plausibilidad que podamos encontrar en su decisión, es un ejercicio de ponderación en sentido estricto en donde se sigue la “ley de ponderación”, vale decir: “Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁴², recordando que para estos efectos usamos la “ley de colisión” en virtud de la cual uno de los principios, que en este caso según el tribunal es el derecho a la vida, precede al segundo principio que es el de la libertad de conciencia bajo determinadas circunstancias que corresponden al caso en particular. Aquí está en juego el cumplimiento de un fallo condenatorio, el impacto social que significa la muerte de un grupo de reclusos por una opción reivindicativa y el deber, de acuerdo con el reglamento penitenciario, de velar por la vida de los reclusos. No obstante la construcción sistemática de la regla por medio de la cual los reclusos, en este caso en particular, no pueden disponer de su propia vida debido a las circunstancias del caso, no dejaremos de señalar que acá es típica la diferencia que existe por el hecho de estar los huelguistas privados de libertad. Esto quiere decir que en el caso de la reclusión se hacen presente otras circunstancias, como

¹⁴² Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Pág. 161.

el cumplimiento de un fallo condenatorio, y no una relación de sujeción especial, que hacen que se fundamente a favor de una afectación de la libertad de conciencia o de la dignidad de la persona.¹⁴³

Con respecto a nuestro país, ya señalamos que la jurisprudencia no ha tenido la oportunidad de realizar un trabajo serio y minucioso con respecto al tema en cuestión, sobre todo por un factor de gran relevancia dentro de nuestra realidad penitenciaria, cual es el de la grave indefensión en la que se encuentran los internos de los centros penitenciarios. Sin embargo se puede deducir de la siguiente sentencia que no estamos muy lejos de la realidad analizada anteriormente. Esta sentencia corresponde a un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago el 9 de mayo de 1983 caratulado como “Vargas Morales, Raquel con Gendarmería de Chile” en el cual se alega principalmente por las pésimas condiciones en la que se encuentran reclusos los internos y a la negativa de entregar los materiales para el trabajo artesanal que los mismos familiares facilitaban a Gendarmería para los reclusos, además de otro tipo de afectaciones tanto a la libertad de expresión como al derecho a la integridad física y psíquica. Señala la sentencia dentro de los descargos realizados por Gendarmería de Chile: “(...) que los recurrentes deben sufrir restricciones, atendida su condición de personas que se encuentran privadas de libertad, sujetas por lo tanto a las disposiciones que el Reglamento Carcelario y otras normas legales establecen para esos efectos”. Señala además en su considerando sexto: “Que en lo concerniente a las presuntas infracciones al derecho al trabajo que importarían perturbación, privación o amenaza al legítimo ejercicio de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, ellas no son de manera alguna atentatorias a esta protección, como quiera que los hechos que las constituirían, según el recurso, no son más que restricciones a las que, atendida la situación de privación de libertad de los internos recurrentes, deben éstos someterse, que autorizan el Reglamento Carcelario y otras normas legales, a fin de mantener un adecuado control de los elementos materiales que ingresan los familiares y otras visitas al penal, destinados a realizar el trabajo de los reclusos; en el entendido, de acuerdo con lo manifestado en el sobredicho informe, que la actividad laboral que deben ejecutar los sentenciados se encuentra adecuadamente protegida y auspiciada por las actividades del establecimiento”. De lo cual se puede presumir que no hay una intención por señalar que, pese a estas restricciones a la cual pueden estar sometidos los reclusos, cuando éstas se tratan de afectación de derechos fundamentales, no pueden quedar en manos de la pura discrecionalidad de la Administración Penitenciaria ya que esta es la principal característica de la relación de sujeción especial, vale decir, el debilitamiento del control jurisdiccional de la actividad administrativa. Queda especialmente claro cuando se señala que estas personas quedarían sujetas a las disposiciones del reglamento. Esto es lo que se conoce como “ablandamiento” del principio de legalidad en sede ejecutivo-penal-penitenciaria¹⁴⁴ lo que, como vimos, también es propio de este tipo de sujeción que construye ciudadanos de segunda categoría sobretodo si partimos de la premisa de que bajo un Estado de

¹⁴³ En síntesis, podemos señalar que la jurisprudencia Española, lejos de tomar en serio la justificación de la restricción de los derechos fundamentales, se sirve de la categoría de relación de sujeción especial para permitir una mayor discrecionalidad de la Administración penitenciaria; sin embargo, en modo alguno se preocupa de una fundamentación racional de la misma.

Derecho se permite una restricción de derechos fundamentales sólo si bajo ésta hay una fundamentación racional adecuada que justifique la necesidad de que, bajo determinadas circunstancias, en virtud de una **relación de precedencia condicionada**¹⁴⁵, se afecten ciertos derechos en favor de un bien jurídico de mayor peso como sería, en este caso, la seguridad.

VI.2.2 Evolución de la doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial

Al parecer es Laband el primer autor que utiliza la categoría de las relaciones especiales de sujeción para explicar la relación entre funcionarios y Administración pública; y Mayer, principal exponente de la teoría del Derecho público alemán, sostiene que sujeción es el vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior¹⁴⁶. Uno de sus conceptos centrales será el de “dependencia acentuada” que se establece a favor de un determinado fin de la Administración Pública para todos aquellos que entren en esa estructura especial. Uno de los avances que establece este autor es situar las relaciones entre el Estado y los “súbditos” es que la localiza dentro del ámbito jurídico.

Según Lasagabaster es Kahn el que escribe la primera monografía acerca de las relaciones especiales de sujeción definiéndolas como una “relación de autoridad y subordinación en virtud de un poder especial en la que puede estar voluntaria o involuntariamente y que se caracteriza porque el poder al que se está sometido no tiene previamente establecidas las obligaciones a que se somete el afectado, sino que las determina el propio titular del poder”¹⁴⁷

Al mismo tiempo hay autores que objetan la pretendida relación de sujeción especial, entre los que se encuentra Thoma, Seydel, Herzfelder y Merkl¹⁴⁸, señalando este último que no es preciso acudir a esta teoría para explicar la existencia de ciertos deberes de los súbditos ya que es instrumento suficiente y necesario para ello el principio de legalidad.

Sin embargo, dentro del ámbito penitenciario, esta concepción va a cambiar profundamente luego de una resolución del Tribunal Constitucional alemán del 14 de marzo de 1972 que precisamente se encarga de analizar este problema en detalle.

En esta sentencia se resuelve un recurso presentado por un recluso que pretendía impugnar el contenido de una circular administrativa penitenciaria que, según el

¹⁴⁴ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 369.

¹⁴⁵ Ver capítulo referido a la Teoría de los derechos fundamentales seguidos en esta investigación.

¹⁴⁶ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 338.

¹⁴⁷ Lasagabaster, I. Las relaciones de sujeción especial. IVAP-Civitas. Madrid, 1994. Págs. 48-49.

¹⁴⁸ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 338.

recurrente, limitaba sus derechos fundamentales a lo cual el tribunal responde que “los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una ley” por lo tanto se dejaba de lado la teoría de la relación de sujeción especial estableciendo que no sería constitucional una limitación de los Derechos Fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo orientada a lograr ya sean los fines de la pena, ya los del establecimiento penitenciario. Además señala que esta ley, que restrinja estos derechos, cuando no pueda renunciar a cláusulas generales, deberá limitarlas de la manera más estrecha posible. Dentro de las apreciaciones más importantes de la sentencia está que la ley fundamental constituye un orden vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo Derecho; por lo tanto se deducirá de ésta que la restricción de los derechos fundamentales en el interior de un establecimiento penitenciario sólo entrará en consideración cuando sea imprescindible para alcanzar uno de los fines cubiertos por el orden valorativo de la Constitución y relativos a la comunidad, a los derechos de terceros y en la forma constitucionalmente prevista para ello. Es de esta manera como irrumpe verdaderamente en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad. No obstante lo anterior la misma sentencia establece un plazo de transición dentro del cual se seguirían permitiendo tales restricciones cuando “fuera imprescindible para el cumplimiento de la pena o para ejecutarla ordenadamente”. Esto sin perjuicio que la doctrina ya había señalado que era necesaria una reforma legal en donde se mantuviera el status jurídico del recluso y que éste no pudiera alterarse sino de acuerdo con una ley y conforme a lo establecido por la Constitución para estos casos.

De esta manera, junto con el reconocimiento general de los derechos fundamentales cuya esencia debía ser en todos los casos respetada y del principio de legalidad, se hacía también referencia a la importancia del principio de igualdad para una Administración en un Estado de Derecho, sobretodo respecto de las medidas de seguridad y de orden, y al fundamento jurídico del principio de proporcionalidad.

Es, entonces, a partir de esta resolución que las relaciones especiales de sujeción ya no podían ser entendidas como un ámbito libre al derecho donde los poderes públicos actúen sin sometimiento a normas jurídicas. Sin embargo, pese a la claridad de este fallo, va a permanecer la conceptualización de ciertas relaciones como de sujeción especial.

Con respecto a las consecuencias de esta resolución en el ámbito penitenciario cabe señalar que deja de considerarse a la pena como un ámbito de absoluta desprotección jurídica del recluso. Lo que sumado al daño físico que esta conllevaba, daban la idea de la pena privativa de libertad como un mal absoluto.

Coinciden los autores que, pese a que no se logró la absoluta erradicación de este tipo de relaciones con la Administración, se lograron los siguientes avances con respecto al respeto al principio de legalidad ¹⁴⁹ :

que las restricciones estuviesen respaldadas por una norma que tuviese rango legal.

Que, además, se justificasen siempre por la necesidad imprescindible de prestación

¹⁴⁹ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 344.

de un servicio público.

Que no se establecieran con carácter general sino como resultado de un conflicto de intereses individualizado.

Que se respetaran en su esencia los derechos fundamentales amparados por al Constitución¹⁵⁰.

Es a partir de esta sentencia que sólo puede hablarse de relaciones diversas con la Administración que eventualmente pueden determinar ciertas limitaciones en los derechos de las personas de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Para finalizar es necesario señalar que, junto a Mapelli Caffarena¹⁵¹, creemos que sería más adecuado, con un orden constitucional, la sustitución de la relación de sujeción especial por la idea de prestación de servicios públicos en un marco legal sin diferenciación sustanciales entre relaciones especiales y generales que pudieran justificar restricciones generales a los derechos fundamentales de las personas, aunque estas sean tan excluidas de nuestra sociedad como lo son los que están bajo una pena privativa de libertad.

VI.3 LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE UN CUIDADANO DE SEGUNDA CATEGORÍA EN EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO CHILENO.

Si tomamos en cuenta lo dispuesto por el Reglamento Penitenciario en determinadas disposiciones veremos que no sería posible configurar una especie de relación de sujeción especial por parte de los internos de los establecimientos penitenciaros con la Administración.

Con todo, partiendo de la base de que este tipo de relación se caracteriza, en síntesis:

Por la posibilidad que tiene la Administración Penitenciaria de contar, como hemos visto, con un gran ámbito de discrecionalidad en la restricción de derechos fundamentales, lo que ablandaría el principio de legalidad;

La inexistencia de control jurisdiccional de estas restricciones;

La estructura de las normas reglamentarias de tipo semánticamente abiertas que permiten que sea la administración quien tenga la última palabra en la decisión de que principio pesa más en cada caso; y

La posibilidad normativa de restricciones inmanentes a ciertos derechos fundamentales en favor de la seguridad interna del establecimiento, más la realidad fáctica de los reclusos, tanto en lo relativo a su indefensión y la casi inexistente posibilidad de ejercer sus posibilidades de reclamo consagradas en el reglamento

¹⁵⁰ Ibidem. Pág. 344.

¹⁵¹ Ibidem. Pág. 346

penitenciario.

Se convertiría al recluso en una especie de ciudadano de segunda categoría que no se encuentra muy lejos de una relación de sujeción especial como la analizada con anterioridad.

Es el artículo 2 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, de 22 de mayo de 1998, amparado en el artículo 32 n° 8, que consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la república en todas las materias que no sean propias del dominio legal¹⁵², el que señala 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**”.

Esto se condice con el “axioma” democrático de que la pena privativa de libertad no puede partir de otro fundamento que no sea el de “Estado de Derecho”. Sin embargo ya nos enfrentamos a la primera dificultad en la medida de que esta disposición sólo señala que no podrá, el recluso, verse afectado en sus derechos fuera de los ya perdidos o limitados por su condición procesal, por ende, deja un campo muy abierto a la administración para interpretar cuales son esos derechos que de por sí se verán afectados, esto principalmente por el inexistente control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Como vimos con anterioridad se cumple con el ablandamiento del principio de legalidad propio de las relaciones especiales de sujeción. Sin embargo tiene un acierto que no podemos desmerecer, el de señalar, al menos en intención, que no hay ciudadanos de segunda categoría y que el status jurídico del recluso es el mismo que el del ciudadano no privado de libertad.¹⁵³

El artículo 4 del reglamento señala que: “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente”. Estableciendo cuales van a ser los límites a los cuales

¹⁵² No tomaremos en cuenta acá la constitucionalidad o no de la restricción de derechos fundamentales por medio de la potestad reglamentaria del presidente de la república. Esto será precisado al tratar la constitucionalidad del Reglamento Penitenciario. Sin embargo es necesario adelantar que no es posible considerar que por el sólo hecho que la organización de los establecimientos penitenciarios no sea materia de ley va a traer como consecuencia que puedan restringirse derechos fundamentales de los reclusos dejando de lado el principio de “reserva absoluta de ley” para su regulación y lo señalado en el artículo 19 n° 26 en lo que respecta a la protección de la esencia de los derechos fundamentales. Lo que nos interesa ahora es la realidad que es representada por medio del reglamento la cual nos servirá para demostrar que en Chile, al menos normativamente no nos alejamos de la relación de sujeción especial.

¹⁵³ Antes de analizar las normas del reglamento penitenciario que se corresponden con un modelo de relación de sujeción especial debemos recordar que una de las principales consecuencias de este tipo de relación es que es la administración la que resuelve cuando es necesaria la afectación de ciertos derechos fundamentales debido al mandato de mantener el orden y la seguridad al interior de los establecimientos penitenciarios junto, como ya vimos en el capítulo dedicado al tratamiento penitenciario, con la intención de neutralizar la desviación de los reclusos propia del paradigma etiológico característico de la actividad de la Administración penitenciaria.

está sujeta la actuación administrativa penitenciaria e incluso estableciendo responsabilidades legales para el funcionario que infrinja estos límites.

Por su parte el artículo 5, inciso 2º de este reglamento sostiene que “La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno” de esta manera al igual como ocurría con lo dispuesto en el artículo 2 del reglamento, se deja a criterio de la Administración cuales son los derechos compatibles con la condición del recluso, debido que en la mayoría de las veces los derechos van a ser afectados por resolución del jefe del establecimiento, por lo tanto por resolución administrativa sin, ni siquiera, una fundamentación o justificación adecuada, lo que va a desmejorar la posibilidad de defensa del interno.

Igualmente el inciso 2 del artículo 6 cae en este error al sostener que “La administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”.

Una respuesta al problema de cuales serían los derechos compatibles con la situación procesal podría ser que se tomara sólo en cuenta, junto con los consagrados a nivel Constitucional que no estuvieran prohibidos por el ordenamiento penitenciario, aquellos que expresamente se garantizan en este mismo ordenamiento, lo cual es insostenible en la medida de que se podrían afectar derechos fundamentales con absoluta discrecionalidad. Sin embargo esta va a ser la realidad de la vida dentro de los establecimientos penitenciarios y, por ende, la normativa dada a conocer con anterioridad cuando señala que la condición jurídica del recluso es la misma que la del ciudadano no privado de libertad se convertirá sólo en una intención que va a ser mermada por la noción de “compatibilidad con la condición de recluso” que será construida tanto normativamente como por la práctica administrativa y que se va a caracterizar por la existencia de una gran cantidad de deberes por parte de los reclusos cuya observancia va a ser en todos casos obligatoria bajo pena de toda una gama de sanciones y muy pocos derechos o libertades reconocidos y efectivamente aplicables dentro del establecimiento penitenciario.

Las obligaciones de los reclusos son:

a) 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.

b) 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 Cuarto del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

c) 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.

d) Conservar el orden y aseo de las dependencias que habitan y del establecimiento, y mantener una presentación personal aseada.

Llama la atención, sobretodo, la generalidad de estas obligaciones especialmente el que tengan que acatar las sanciones disciplinarias, muchas veces sin la posibilidad de reclamar, tomando en cuenta que, generalmente, estas sanciones traen aparejadas graves afectaciones a los derechos fundamentales, y si existe ese derecho de petición y queja, si llega a ser efectivo debido a las condiciones fácticas y de permanente coacción a los reclusos, se entablará ante la misma Administración Penitenciaria la cual carece de la imparcialidad y neutralidad necesaria para resolver. Esto siempre en el caso de que las reclamaciones lleguen a su destino ya que dentro de los establecimientos penitenciarios se vive un gran informalidad con respecto a la relación entre interno y funcionario.

Sin perjuicio de que los derechos fundamentales no pueden ser restringidos en su esencia (por mandato constitucional), creemos que, pese a que con la privación de libertad sólo se debería afectar, de manera parcial, la libertad ambulatoria de los internos, éstos se verían en una situación de total desconocimiento de su libertad general, especialmente en sus vertientes expresión y conciencia, lo que es propio de la relación de sujeción especial que considera al individuo preso como ya despojado de su libertad por el fallo condenatorio.

Para comprobar lo anteriormente señalado analizaremos brevemente algunas conductas prohibidas por el Reglamento Penitenciario, las cuales serán especialmente clarificadoras.

Podemos citar como ejemplos de como **faltas graves** :

a) 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 desórdenes colectivos o la instigación a estos hechos cuando se produzcan efectivamente;

b) **Divulgar noticias falsas o proporcionar antecedentes o datos**, con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento o el régimen interno del mismo;

Por su parte; como **faltas menos graves** las siguientes:

a) **Calumniar, injuriar e insultar** a los funcionarios penitenciarios, judiciales, y autoridades en general;

b) **Desobedecer pasivamente las órdenes** recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones,

c) **La participación en movimientos colectivos que no constituyan motín pero que alteren el normal desarrollo de las actividades del establecimiento;**

d) **Atentar contra la moral y las buenas costumbres al interior del establecimiento**, o fuera de ellos, con actos de grave escándalo y trascendencia;

Por último, ejemplos de **faltas leves**:

a) **Pretextar enfermedades inexistentes, o dar excusas falsas, como medio para sustraerse a las cuentas o al cumplimiento de sus deberes;**

b) El **desaseo en su presentación personal** o en las dependencias que habite el interno, entendiéndose por tal la suciedad o mal olor evidentes;

d) **La participación culpable en actos que afecten el orden y el aseo de recintos del establecimiento;**

e) **Alterar el descanso de los demás internos** en cualquier forma;

f) **Tener mal comportamiento en los traslados y permanencia en Tribunales o en comisiones exteriores (gritar, mofarse del público, insultar y otros actos similares) o realizar actos reñidos con la moral y las buenas costumbres, sin grave escándalo o trascendencia.**

g) Presentarse a los establecimientos penitenciarios después de las horas fijadas cuando se hace uso de permiso de salida, o regresar a ellos en estado de intemperancia o **causando alteraciones o molestias a los demás internos, aún cuando no exista ebriedad, y**

h) **Formular reclamaciones relativas a su internación, sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecidos en disposiciones internas del establecimiento.**

Basta señalar que, sobretodo en lo referido a las faltas de menos gravedad y a las leves, nos encontramos con verdaderos “bolsillos de payaso” de donde la Administración Penitenciaria podría considerar una gran cantidad de conductas como infractoras e incluso algunas en grave desmerito de la libertad general del recluso.

Veamos ahora la normativa del reglamento que, junto con las prohibiciones anteriormente mencionadas, propias del régimen disciplinario, nos permitirá demostrar que nuestro ordenamiento penitenciario no se aleja de una consagración de una relación de sujeción especial.

Sin duda alguna la norma que refleja en mayor medida esta sumisión de los derechos fundamentales al régimen penitenciario por razones de orden y seguridad es el artículo 75 del reglamento penitenciario el cual se enmarca dentro del título IV, párrafo 1º denominado “De las restricciones de los derechos por razones de seguridad”. Este señala lo siguiente: *“Los derechos de 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”*. Este artículo demuestra claramente una disminución de la efectividad del principio de legalidad junto con la absoluta discrecionalidad de que goza la Administración Penitenciaria para resolver acerca de la ponderación de principios que protejan bienes jurídicos de los reclusos versus aquellos bienes jurídicos, de protección constitucional, que estén en colisión con estos últimos. En la práctica tal ponderación generalmente no se lleva a cabo ya que existirían decisiones normativas a favor de la seguridad, orden y convivencia de los establecimientos penitenciarios.

Otro de los ejemplos que será analizado también a propósito de la libertad de información, es el artículo 40 del reglamento respectivo que señala que: “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.**”

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”.

Podemos señalar que esta norma vuelve a confirmar la mediocre protección que puede tener este derecho si puede verse restringido incluso por la autorización del alcaide lo que, en definitiva, confirma el ablandamiento del principio de legalidad sobretodo si es el jefe del establecimiento quien puede afectar este derecho sólo por medio de una resolución fundada la cual la mayoría de las veces lo hará sólo en la presunta perturbación que podría causar el ejercicio de esta libertad, ya sea para la seguridad o el derecho del resto al descanso y la imposibilidad de ponderar a favor de esta libertad si ya, normativamente, se decide a favor de la seguridad del establecimiento o la normalidad de las actividades de éste. En este caso nos enfrentamos más que a una restricción a una obstaculización de esta libertad debido a que sólo puede ser ejercido si cumple con ciertos requisitos dentro de los cuales se encuentra el derecho de los demás internos de descansar. Esto confirma entonces que dentro de una relación de sujeción especial como la que consagra normativamente el reglamento de establecimientos penitenciarios los reclusos están sometidos a una cantidad de obligaciones y deberes que no se coincide con el escaso número de derechos y libertades y su posibilidad de ejercerlos.

A modo de síntesis, podemos ver que este artículo cumple con los tres requisitos propios de la concepción original de la relación de sujeción especial, vale decir, la afectación de derechos fundamentales, la vulneración del principio de legalidad y el inexistente control jurisdiccional de la resolución tomada por la Administración Penitenciaria.

Otro artículo del cual deberá hacerse mención, es el relativo a la correspondencia enviada por los internos de la cual se va a llevar un estricto control afectando, de suyo, el derecho a la intimidad, el respeto y protección a la vida privada y la inviolabilidad de toda forma de comunicación, tomando en cuenta sobretodo que este es un derecho fundamental que puede ser restringido sin ningún tipo de ponderación previa y sin ningún tipo de posibilidad, por parte del recluso, ya sea en sede jurisdiccional o administrativa, de pretender que su derecho a la inviolabilidad de la comunicación se ejerza. El artículo 43 del reglamento señala lo siguiente: “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”.

Lo anterior se relaciona con lo ya visto respecto al tratamiento penitenciario y a su misión neutralizadora de la desviación. En efecto, al revisar la correspondencia con este

objetivo, se parte de la base de que la sociedad debe cuidarse de aquello que pueda ser expresado por un recluso, por lo tanto nos encontramos con otra de las características de la relación especial de sujeción, esta es la de que uno de sus puntos de partida es que a ella están sujetos individuos que hay que excluir de la sociedad, lo que es propio de la labor estigmatizante de la institución y junto a lo anterior, característica que también dice relación con la historia de ésta, está el hecho de que la actividad penitenciaria se hace entre cuatro paredes, con absoluta independencia de cualquier tipo de control, por ende, es muy probable que una de las razones por las cuales se revise la correspondencia es el mantener en esta oscuridad la labor de la cárcel y en total desconocimiento del resto de los ciudadanos. Además de lo anterior cumple con las características mencionadas de la relación de sujeción especial.

Por su parte, en relación a la limitación a las visitas, considerado como uno de los derechos de los reclusos, el artículo 56 y 57 del reglamento penitenciario señalan que: “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 de 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 refrendada por el Director Regional respectivo”, y “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”.

Como se puede notar, pese a la importancia que tienen las visitas para aquellos que se encuentran privados de libertad, sólo está en manos de la Administración Penitenciaria la regulación de este derecho lo que la deja nuevamente en una posición de absurda discrecionalidad que quita de todo contenido al derecho de visitas que poseen los reclusos en centros penitenciarios. Si bien es cierto que en el caso de la suspensión de las visitas con carácter general debe ser refrendada por un funcionario superior, en este caso el Director Regional respectivo, no deja de ser poco efectivo como garantía debido a que es un funcionario de la misma Administración y sobretodo porque en esta refrendación no intervienen las partes en igualdad de condiciones como sería el caso de que fuera por medio de control jurisdiccional. Es por eso que podemos señalar que, en lo referido a las visitas, los reclusos también se encuentran en una relación de sujeción especial para con la Administración Penitenciaria.

Uno de los ejemplos más claros con respecto a la relación de sujeción especial consagrada por el Reglamento Penitenciario es lo mencionado en el artículo 70 de éste, el cual señala que “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 complementen, estará limitado por el respeto al régimen penitenciario a que se encuentren sometidos los trabajadores reclusos, el que no podrá ser alterado en modo alguno en razón de estos derechos” Sin duda alguna nos volvemos encontrar con una limitación de derechos fundamentales, los

consagrados en el artículo 19 n° 16 y n° 19 de la Constitución, que vulnera o ablanda el principio de legalidad y que además deja una posibilidad real muy limitada de ejercicio de estos derechos al señalar que no podrán alterar en modo alguno, mediante el ejercicio de éstos, el régimen penitenciario, por lo cual sigue siendo un derecho que puede verse afectado por la pura arbitrariedad de la Administración, la cual no tendrá ningún tipo de limitación o control en la regulación o restricción de éste y, por sobretodo, deja expuesta la absoluta desprotección en la cual se encuentran los reclusos en el caso de que se vean afectados en el ejercicio de estos derechos. Más grave es esta situación si el ejercicio de este derecho, en la medida de que según Gendarmería, pueda constituir una alteración en el orden puede considerarse como una falta que influirá de manera considerable en las posibilidades de obtener beneficios penitenciarios, más vacío de contenido se vuelve este derecho y sus posibilidades de ejercerlo.

Lo hasta ahora señalado tiene enorme relevancia en la medida en que el ejercicio de los derechos fundamentales pasan a transformarse, exclusivamente, en una manifestación de la buena voluntad de la Administración, por lo cual el recluso se va a considerar a él mismo como un ciudadano de segunda categoría que puede ejercer tales derechos en la medida de que se comporta adecuadamente, vale decir, como la administración penitenciaria considera correcto. Es de esta manera como el ejercicio de los derechos fundamentales, por medio de la relación de sujeción especial se transforman en parte de la *dinámica premio-castigo* propia de la unión entre régimen penitenciario y tratamiento penitenciario ya vista con anterioridad, lo que para un Estado de Derecho es, por lo menos, aberrante e inconstitucional debido a que si en algo concuerdan las diversas teorías que explican los derechos fundamentales es que estos son el límite a la Soberanía del Estado sobre las personas que habiten su territorio o a quienes se les extienda.

Este mecanismo de restricción es reprochable, partiendo desde la teoría de los principios mencionada al inicio de esta investigación, debido a que normas que son restricciones de derechos fundamentales pueden ser, en el caso de normas de mandato o prohibición, tanto reglas como principios. En el primer caso una regla que esté acorde con la constitución es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia, en lugar de una libertad iusfundamental prima facie o de un derecho iusfundamental prima facie, aparece una no libertad definitiva o un no derecho definitivo de igual contenido, al mismo tiempo, también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales, en este caso nos referimos a derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de **rango constitucional**, sin embargo, estos principios restringentes, por sí solos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no libertades o no derechos). De acorde con lo señalado, las normas restrictivas de derechos fundamentales del reglamento penitenciario corresponden a principios, salvo en casos como el señalado con respecto al control estricto de la correspondencia ya que éste corresponde a una regla de no derecho definitivo a la inviolabilidad de la correspondencia, independiente acá de un juicio acerca de la constitucionalidad de esta regla, en donde están en colisión los derechos fundamentales de los reclusos con el valor jurídico de la seguridad y del cumplimiento de la potestad sancionadora del Estado, únicos valores de rango constitucional con los que generalmente se enfrentan los derechos y libertades

fundamentales de los reclusos.

La principal falencia está dada, dentro de la construcción normativa de la relación de sujeción especial, en que para llegar a restricciones definitivas, en el caso de colisión de principios, se requiere de la ponderación entre el principio de derecho fundamental y aquel o aquellos que lo restringen ya que un principio es una restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón suficiente para que, en lugar de una libertad iusfundamental prima facie o de un derecho fundamental prima facie, aparece una no libertad definitiva o un no derecho definitivo de igual contenido. Esto quiere decir que el valor de la seguridad y de la efectividad de la punición Estatal sólo podrán restringir otros valores de rango constitucional cuyos titulares sean los reclusos si para el caso concreto su peso es mayor que el principio contrapuesto¹⁵⁴. Para esto es necesario, sin duda alguna, que la Administración Penitenciaria no tenga ni absoluta discrecionalidad ni absoluta autonomía en la valoración de este peso respectivo de los principios debido a que los juicios de derecho fundamental son correctos sólo si pueden ser el resultado de una ponderación correcta, y por ende, no es la Administración Penitenciaria quienes sean los más adecuados para realizar este ejercicio sobretodo por las condiciones actuales de reclusión determinadas por la relación de sujeción especial en que están inversos los reclusos pese a su indiscutible inconstitucionalidad.

Una de las principales consecuencias de la construcción de ciudadanos de segunda categoría a la cual nos hemos dedicado es lo que a continuación llamaremos como “indefensión” de los reclusos, la cual es una de las principales características de la vida en prisión y que nos hacen señalar que, tanto al nivel normativo, como jurisprudencial y fáctico, se ha construido un ciudadano de segunda categoría, en donde los internos están marcados por la exclusión.

VI.4 La indefensión jurídica de los reclusos

Es necesario señalar que nuestro punto de partida para esta investigación y en especial en lo que respecta al delicado tema de la restricción de derechos fundamentales, es analizar y determinar en qué consiste el margen de esta restricción que debe ser, indiscutiblemente, una tarea de la jurisdicción y no de la Administración, ya que de lo contrario se caería en el riesgo, lo que es efectivo en la actividad penitenciaria, de que la interpretación y aplicación práctica del régimen penitenciario terminasen por vaciar de contenido los principios garantistas que significan los derechos fundamentales. Sin embargo una de las consecuencias de esta relación de sujeción especial es que tanto a nivel de la potestad disciplinaria y por ende sancionatoria, como a nivel de restricción de derechos y libertades, como ya hemos visto, en virtud de la seguridad y el orden del establecimiento, son impuestas por la Administración Penitenciaria sin ningún tipo control y en total oscuridad, o lo que es lo mismo “ese hábito de la Administración de actuar sin intervención de agentes, profesionales o sujetos externos a ella misma, constituye, por sí mismo, el mayor obstáculo para que el derecho de defensa pueda llegar a ser un derecho

¹⁵⁴ Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Capítulo IV “El derecho Fundamental y sus restricciones”.

real y efectivo”¹⁵⁵

Además, partimos de la base que la ejecución de la pena privativa de libertad es una actividad jurisdiccional inseparable del resto del proceso penal constituyendo su última fase. Por ende, la consecuencia inmediata de ello es que todas las garantías y principios concretos que dan naturaleza y cuerpo al proceso penal tendrían que ser aplicables mientras éste perdure, incluyendo el derecho a defensa el cual es uno de los pilares del debido proceso. Baste acá la mención de esta idea que será rectora dentro de la proposición de la instauración de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.¹⁵⁶

Por último hay que señalar que también partimos de la base de que el ejercicio del poder punitivo del Estado debe estar sujeto a una serie de limitaciones y una de las herramientas más adecuadas para ello, vale decir, los derechos fundamentales, es la posibilidad de acceder a defensa jurídica y especialmente a la asistencia letrada.

Lo anterior se confirma al entender la relación de sujeción especial en la que se encuentra el recluso para con la Administración reflejado en su componente fáctico y que significa que en la vida cotidiana de la cárcel el recluso va a depender de la Administración para desarrollar cualquiera de sus facetas vitales, desde las materiales, hasta las culturales, educativas y jurídicas.¹⁵⁷

Es por esta razón que en países en que se ha producido una mayor conciencia con respecto al problema del status jurídico de los reclusos, como es el caso de España, Alemania, Argentina, Costa Rica, etc. el asesoramiento técnico-jurídico se ha convertido en una de las principales demandas reivindicativas por las personas privadas de libertad ya que estos se han hecho concientes de que el ejercicio del derecho a asistencia letrada es indispensable para el resto de sus derechos, incluso el de defensa, principalmente por la complejidad técnica de muchas de las relaciones jurídicas creadas con la ejecución de la pena, lo que hacen totalmente inoperante la defensa llevada a cabo por el mismo interno. En síntesis, podemos afirmar que la asistencia letrada va a ser, especialmente

¹⁵⁵ José Antonio Rodríguez Saez. “El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad, un análisis del deber ser”. En “Cárcel y Derechos Humanos”. J.M. Bosh Editor. Barcelona, 1992. Pág 210.

¹⁵⁶ Coincidimos con José Antonio Rodríguez Saez cuando señala que “(...)los Juzgados y Tribunales suelen olvidarse de la causa una vez que se declara la firmeza de la Sentencia dictada; los Abogados archivan sus expedientes una vez llegado ese momento; en las Facultades de Derecho de las Universidades, los programas no incluyen al derecho penitenciario, ni siquiera en sus nociones más básicas; los tratados y manuales de los más insignes procesalistas dan un tratamiento mínimo y marginal a la ejecución, de manera que todo ello ha dado lugar a una situación inaceptable para un Estado de Derecho: el olvido del privado de libertad y su indefensión”, Ibidem. Pág. 197.

¹⁵⁷ Es por esa razón que lo hasta ahora señalado con respecto al tratamiento penitenciario se relaciona irremediamente con la fabricación de ciudadanos de segunda categoría en la medida que el ejercicio de ciertas libertades, sobretodo la libertad de expresión van a transformarse en un derecho de aplicación progresiva que va a depender de las buenas intenciones de la Administración Penitenciaria y de los medios materiales que esta posea en un momento determinado. Por ende, no van a ser percibidas ni por la Administración ni por los mismos reclusos como libertades en sentido estricto sino que se van a sumergir dentro de la dinámica premio castigo propia de la unión entre Tratamiento y Régimen Penitenciario, siendo característica principal de esta percepción el que los derechos fundamentales no serán vinculantes para la Administración.

dentro del ámbito penitenciario, una herramienta imprescindible para darle contenido real a la intención señalada en el artículo 2 del Reglamento Penitenciario, esta es que la condición jurídica de los reclusos es la misma a la de los ciudadanos libres. Las razones serían:

1. La privación de libertad impide a los penados el poder acudir a cualquier tipo de servicio jurídico, ya sea público o privado. Esto queda más claro si tomamos en cuenta que el servicio de turno de oficio de abogados no funciona para aquellos sobre los cuales ha caído sentencia condenatoria firme ya sea por razones materiales como técnicas. Además es necesario señalar que es por todos conocidos la condición social de la mayoría de los reclusos por lo cual no pueden acceder a un abogado particular, como es el caso de una inmensa minoría que si lo tiene produciéndose, de esta manera, una situación de profunda desigualdad.

2. Como señalamos anteriormente, la complejidad técnica de muchas de las relaciones y situaciones jurídicas creadas al interior de la cárcel, hacen totalmente inoperante la defensa por el mismo interno. Con respecto a esto es conocida la existencia de una "cultura jurídica carcelaria"¹⁵⁸, que repetidamente se muestra imprecisa y errónea y, por lo tanto, generalmente será contraproducente para los intereses de los internos.

3. La protección del derecho de defensa que se permite con la asistencia letrada no es posible o sustituible con la sola intervención de órganos de la Administración Penitenciaria. Esto en contra de quienes argumentan, a partir de la teoría de la relación de sujeción especial y a favor del interés de la Administración (por reforzar su autonomía y la oscuridad de sus actuaciones), que el derecho de defensa de los reclusos puede ser tutelado con la actuación de los miembros de los equipos técnicos preocupados de su observación y tratamiento. Lo anterior, para una concepción adecuada de Estado de Derecho, es inaceptable debido a la inexistencia de certeza con respecto a la neutralidad e imparcialidad de estos órganos pertenecientes a la misma Administración, debido a que en el supuesto que constituye el verdadero núcleo del derecho de defensa -vale decir, en el caso de desacuerdo entre la actuación de la Administración y el interés del interno- fácilmente podemos deducir que la efectividad de la asistencia técnica va a ser nula para los intereses del interno.

Con todo, la importancia de la asistencia letrada al interior de los establecimientos va a jugar un rol fundamental con respecto a la destrucción de la relación de sujeción especial. Además de eliminar la percepción de que los derechos y libertades de que gozan los reclusos son parte de una buena intención reeducadora de la Administración Penitenciaria, por lo que podría disponer libremente de éstos, sobretodo si por parte de los reclusos esta realidad generaría la sensación de pérdida de su condición jurídica en igualdad al ciudadano en libertad. Más aún si entendemos los derechos fundamentales como normas que protegen bienes jurídicos especialmente relevantes para la vida en sociedad.

Con todo, en nuestro país estamos muy alejados de lo señalado ya que (como se

¹⁵⁸ José Antonio Rodríguez Saez. "El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad, un análisis del deber ser". En "Cárcel y Derechos Humanos". J.M. Bosh Editor. Barcelona, 1992. Pág. 213.

dijo en otro lugar de esta investigación) los reclusos sufren tanto de una indefensión interior como exterior. Llamamos al primer tipo de indefensión interior en el sentido de que los mecanismos internos, especialmente relacionados con al potestad disciplinaria de la Administración Penitenciaria, como para defenderse de las resoluciones ya sean referentes al tratamiento penitenciario como puede ser el otorgamiento de beneficios o como para la imposición de sanciones, son absolutamente insuficientes como para velar para que los reclusos tengan la oportunidad de hacer vales sus intereses. En el caso del reglamento penitenciario es claro al señalar en su artículo 9 que “Los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales. También podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento”, esto junto al artículo 6 que garantiza la facultad de elevar peticiones a las autoridades. En lo que respecta a este derecho de reclamación conocidas son, al interior de la Ex Penitenciaria, las consecuencias de la sola intención de reclamar ya que muchas veces se evita, bajo coacción física, que estas se formulen ¹⁵⁹.

Al mismo tiempo el reglamento no regula en ninguna de sus disposiciones el derecho a reclamo y a elevar peticiones a las autoridades correspondientes, siendo fundamental en este caso, en especial, que no se regule la respuesta que debe otorgar el funcionario superior encargado de resolver la reclamación ni el tiempo en que debe hacerlo. Al mismo tiempo señalábamos que existe una indefensión exterior y entenderemos que esta corresponde a la que se produce en relación al régimen general de la vida en sociedad y que es propia de la exclusión en la cual viven los reclusos y que se va a traducir principalmente en la imposibilidad de contar, como se dijo, con asistencia letrada, la cual va a ser fundamental en la imposición de los recursos legales adecuados para la protección de las libertades y derechos afectados a diario dentro de la cárcel. ¹⁶⁰

Para optar por una solución al problema de la indefensión de los reclusos haremos dos ejercicios. El primero dirá relación con cómo podemos construir un sistema de asesoría jurídica para los privados de libertad, y no sólo para aquellos que se encuentren en prisión preventiva el cual no será tratado acá por ser más o menos pacífico en nuestra realidad jurídica (debido a que actualmente los presos preventivos no pueden quedar en indefensión, sin perjuicio de que muchas veces las defensa entregadas a éstos sea manifiestamente mediocre) ya sea a partir de nuestro ordenamiento jurídico actual y en el entendido de que se adoptara el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En segundo lugar justificaremos esta prestación estatal a partir del concepto de igualdad jurídica y el de

¹⁵⁹ Requisito para poder ejercer este derecho es que las peticiones lleguen al funcionario adecuado ya que muchas veces se deberá entregar la reclamación a un funcionario de rango inferior que no realiza su labor de canalización de necesidades, más aun si muchas de estas reclamaciones podrían perjudicarlo personalmente.

¹⁶⁰ Con respecto a las libertades objeto de este estudio, vale decir, la libertad de conciencia y de expresión nuestro ordenamiento jurídico cuenta especialmente con el Recurso de Protección el cual, para su interposición no necesita de abogado, con todo, dentro de las condiciones actuales de reclusión resultaría iluso suponer que sin una asistencia letrada adecuada se podrá hacer uso como corresponde de este recurso legal. Sobre todo por lo complejo que es la defensa de un privado de libertad en contra del aparato Estatal que en cierta medida apadrina la labor de la Administración Penitenciaria y su absoluta autonomía.

normas de prestación por parte del Estado.

Debido a lo anterior, además de la más que conocida realidad social que se vive dentro de los establecimientos penitenciarios, no nos ocuparemos de quienes cuentan con abogado privado, que son los menos, sino qué pasa con aquellos que no cuentan con uno y deben defenderse, en la medida de que las condiciones del establecimiento lo permiten, solos.

La Constitución de la República de Chile en su artículo 19, el cual asegura a todas las personas, lo cual incluye a los reclusos, ciertos derechos fundamentales, consagra en su número 3 “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida(...)La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por si mismos”.

Es necesario señalar que con respecto a la remisión legal que se presenta en este artículo no hay ningún precepto, ya sea del Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código Orgánico de Tribunales, el Código de Procedimiento Civil o el Decreto Supremo N° 1.114 que aprueba el reglamento de visita de abogados y demás personas habilitadas a los establecimientos penitenciarios que restrinja en modo alguno la posibilidad de defensa jurídica por parte de los reclusos. Pero aquí estamos frente a un descuido del legislador en la medida de que se ha dado total autonomía a la Administración para reglar la pena privativa de libertad, por ende, si dejamos de lado este paradigma y partimos de la base de que la ejecución de la pena privativa de libertad es parte del proceso penal, y por lo tanto, debe estar sujeta al control jurisdiccional, la perspectiva cambia. El problema debe ser analizado desde el punto de vista que todo hecho que afecta el normal cumplimiento de la pena debe ser resuelto por los tribunales y no por la exclusiva discrecionalidad de la Administración Penitenciaria. Esto se aplica principalmente a la relación que debe mantener el recluso con la potestad disciplinaria de la Administración Penitenciaria ya que en el caso de que se produzcan afectaciones a la libertad de conciencia o a la libertad de expresión además se puede recurrir a la acción legal contemplada para tales efectos, o sea, el recurso de protección ya sea por la arbitrariedad del acto o por su ilegalidad.

Junto con el precepto constitucional antes citado, debemos señalar que el artículo 44 del reglamento penitenciario señala que las comunicaciones con el abogado defensor no podrán suspenderse en caso alguno lo cual también se debe aplicar para el caso de la relación entre el penado y su abogado.

Es el Decreto Supremo N° 1.114, del Ministerio de Justicia, el que regula la visita de los abogados y otras personas encargadas de la defensa de los reclusos el que en su considerando 3° señala “Que atendidas las nuevas realidades que enfrenta la Administración Penitenciaria, se hace necesario compatibilizar adecuadamente el derecho a la defensa jurídica de los internos, con el régimen penitenciario y la seguridad de los establecimientos penales” y en el artículo primero asegura el derecho a defensa de la siguiente manera: “Se otorgarán las más amplias facilidades a los internos para contar con la asesoría jurídica de personas autorizadas para representar en juicio, no sólo la

defensa de las causas penales que se siguen en su contra sino además en todo negocio jurídico o gestión judicial que por su naturaleza; requiera la intervención de un letrado". Con lo anteriormente expuesto, más la necesidad de formar los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y los argumentos que se darán en su debido momento al respecto, quedará más que claro el carácter de "judicial" que deberá tener la pena privativa de libertad y la necesidad de la intervención de un letrado sobretodo, volviendo a repetir la idea central, si nos enfrentamos a afectaciones de derechos fundamentales.

Nos enfrentamos a una nueva dificultad enmarcada dentro del ámbito de los derechos fundamentales y especialmente en el mandato de igualdad. Ya sabido es que a nadie se le puede negar su derecho a defensa, para lo cual sólo se contempla una restricción en cuidado de la integridad física de los mismos abogados, contemplada en el artículo 24 del reglamento de visita de abogados.¹⁶¹ No obstante, la realidad social vivida dentro de la cárcel, hacen que todas estas disposiciones, salvo para aquellos que se encuentran en prisión preventiva o aquellos que tienen los medios para pagar un abogado, se transformen en formulas vacías para los que son la mayoría, puedan ejercer este derecho quedando absolutamente desprotegidos y excluidos por lo que sólo les queda adaptarse a las condiciones impuestas aunque esto signifique una situación de desmejoramiento en su defensa, siendo el factor diferenciador entre la posibilidad de tener o no abogado los medios económicos que posea el recluso o sus más cercanos, afecta el principio de igualdad.

Cuando nos referimos acá al principio de igualdad lo vamos a hacer por medio de la máxima de igualdad ya bien conocida por todos que señala que se debe tratar igual lo que es igual y desigual aquellos que es desigual.

Para comprender cabalmente el concepto de la máxima de igualdad nos basamos en dos fórmulas tanto de tratamiento igual como la de tratamiento desigual: la primera (máxima de **tratamiento igual**) sostiene que "*Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces esta ordenado un tratamiento igual*"¹⁶² En este caso tiene que haber una razón suficiente para el trato desigual que lo justifique. Esto se refleja en la siguiente fórmula (de **tratamiento desigual**) enunciada de la siguiente manera: "*Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*"¹⁶³ . Es, en este caso, sustancial el concepto de razón suficiente que es referido al éxito de una fundamentación, el cual depende del hecho de si todas las razones que hay que tomar en cuenta tienen que ser consideradas como suficientes o no. Señalaremos que una razón es suficiente para la

¹⁶¹ Esto es que "Cuando ocurran al interior de un establecimiento penal alteraciones graves al régimen penitenciario, como motines, intentos de fuga u otros, que lleven a considerar fundadamente que la integridad física de los abogados o demás personas habilitadas pueda correr algún riesgo en caso de ingresar a visitar a sus representados, los Jefes de establecimiento solicitarán a las personas habilitadas para representar en juicio que se encuentren en el exterior del recinto, posponer temporalmente su ingreso al penal hasta que la situación de peligro sea superada".

¹⁶² Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001.

¹⁶³ Ibidem.

permisión de un tratamiento desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento no es arbitrario, esto es, no sólo cuando es la solución mejor o más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión.¹⁶⁴

Con respecto al tema que nos ocupa es relevante señalar que la razón aducida acá en virtud de la cual una asistencia letrada adecuada para la protección de los intereses de los reclusos frente a la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria, no sólo es una razón plausible sino que es la única razón conciliable con una concepción seria de los derechos fundamental que pone en especial énfasis la importancia de los bienes jurídicos protegidos.

Cuando hablamos de tratamiento igual o desigual podemos estar refiriéndonos tanto a actos del Estado como a las consecuencias de estos actos. En este sentido nos enfrentamos a la igualdad de hecho frente a la igualdad de iure, jugando el primero el papel de una razón para el derecho a un determinado tratamiento desigual de iure; esto crea una igualdad de hecho, fundamentándose en él un derecho subjetivo a la creación de una porción de igualdad fáctica, aunque siempre con carácter de prima facie por ser un mandato de optimización. Con todo esto se quiere decir que podemos construir un derecho de igualdad concreto a que el Estado omita ciertos tratamientos iguales debido a la razón suficiente que hemos venido sosteniendo. Única forma de proteger eficientemente los derechos fundamentales de ciertas personas que se encuentran en situaciones extremas de exclusión como son los reclusos.

Esto se relaciona con el concepto de prestación estatal que surge de la necesidad de hacer efectivas las intenciones normativas de derecho fundamental. Uno de sus principales argumentos a favor va a ser que en ciertas ocasiones los derechos fundamentales sólo serían “formulas vacías” debido a que su titular (en este caso los reclusos), en vez de preocuparse por el ejercicio de sus derechos sólo va a tratar de salir de las precarias condiciones de vida en que viven. Es muy probable que más que existir una intención por ejercer la libertad de expresión o la libertad de conciencia los reclusos tenderán a luchar por condiciones básicas de vida, por esto las libertades en cuestión van a estar vacías de contenido. Si consideramos la opción de tener abogado o no para defenderse de los actos de la administración, esto es, como una libertad negativa, nos enfrentamos a la situación de que la libertad jurídica de un recluso para realizar o no la acción de contratar a un abogado carece de todo valor, en el sentido de que es inútil si, por razones fácticas, en este caso la falta de medios económicos, el recluso no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de la acción en cuestión, lo que dirá mayor relación con el ámbito de las posibilidades fácticas.

En conclusión, si tomamos en consideración el concepto de razón suficiente para un trato desigual, junto al concepto de Estado social estaríamos en posición de asegurar que es necesario, junto al control jurisdiccional de los actos de la Administración Penitenciaria, la posibilidad real de que los reclusos accedan a asistencia letrada. Para esto hay que tomar en cuenta la existencia de la institución del “beneficio de pobreza”, según ésta, de acuerdo con el artículo 593 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, “Se estimará como presunción legal de pobreza la

¹⁶⁴ Ibidem

circunstancia de encontrarse preso el que solicita el privilegio, sea por sentencia condenatoria, sea durante la sustanciación del juicio criminal”. Con todo, el beneficio de pobreza no es la institución más adecuada debido a que requiere de sentencia judicial para su otorgamiento. Por ende sería más satisfactorio un sistema de abogados de turno (siempre y cuando resulte eficaz) que tomen a su cargo aquellos conflictos de relevancia jurídica que ocurran al interior de los establecimientos penitenciarios que les correspondan ya sean a nivel del régimen disciplinario o a nivel de la afectación de los derechos fundamentales de los reclusos donde quiera que se produzcan (lo anterior se explicará de manera más acabada una vez que nos ocupemos del control jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria). Una solución no acorde con lo anterior sólo significaría no tomar en cuenta una verdadera protección de los derechos fundamentales de los reclusos.

Conclusiones

Sólo nos queda, analizar los efectos que va a tener la relación de sujeción especial con respecto al ejercicio de las libertades de expresión y de conciencia, lo que va a decir especial relevancia con la verificación de lo señalado en una de nuestras hipótesis específicas. Así **se vería afectado el principio de igualdad al discriminarse arbitrariamente la protección de determinadas libertades de una persona sometida a prisión comparándola con otra, en libertad**, cuya principal consecuencia va a ser la transformación del recluso en un ciudadano de segunda categoría.

Es por esto que recalcaremos que un tratamiento desigual requiere de una especial justificación ya que existe una carga argumentativa a favor del tratamiento igualitario. Por ende, para poder sostener que era necesaria la asistencia letrada a los reclusos que la requirieran fundadamente tuvimos que dar razones suficientes como para fundamentar la necesidad de un tratamiento desigual. De esta misma manera debemos analizar ahora el tratamiento desigual que sufren los reclusos con respecto a la protección de sus derechos fundamentales, y no sólo en el ámbito de lo fáctico, sino que también en lo normativo, está igualmente fundamentado. Dicho de manera breve, pueden existir razones plausibles para la práctica penitenciaria a nivel administrativo que justifiquen tanto la indefensión de los reclusos como la constante violación de sus derechos fundamentales (cómplice perfecto de la oscuridad y absoluta independencia con que actúa la Administración Penitenciaria), pero son sólo razones de conveniencia administrativa. Pero según la teoría de los principios seguida en esta investigación, la ponderación de valores e intereses debe hacerse a un nivel iusfundamental; por ende, la diferenciación en la protección de los derechos de los reclusos versus la de un ciudadano libre es arbitraria ya que no es posible encontrar una razón de derecho fundamental que esté orientada por la idea de justicia que la justifique de manera adecuada a la concepción de Estado de Derecho que gobierna las relaciones del Estado con sus habitantes.

Por todo lo anterior vamos a concluir que las libertades de expresión, ya sea como información u opinión se ven disminuidas en su efectivo ejercicio tanto por la relación de sujeción especial en que se encuentran los reclusos que permiten la restricción de estas libertades, tan sólo por medio de la discrecionalidad administrativa (lo que se conoció

como ablandamiento del principio de legalidad); como por la inexistencia de ningún tipo de control jurisdiccional de estos actos y la indefensión de los reclusos, por ende, las posibilidades, tanto normativas como fácticas, de ejercer estas libertades son reducidas y están en las exclusivas manos de la Administración Penitenciaria. Por lo mismo, y sólo en este sentido, se va a vulnerar la libertad de conciencia al no poder los reclusos formarse su orden valórico propio, y peor aún, no poder exteriorizarlo si no es permitido por la propia administración. Por ello, será indispensable: un medio de un control jurisdiccional, un estricto respeto a la reserva absoluta de ley y la real posibilidad de defensa jurídica de los reclusos para erradicar la relación de sujeción especial en que se encuentran los reclusos. Lo que, de por sí, fortalecerá las posibilidades de ejercicio de la libertad de expresión y de conciencia.

Por todo lo anterior podemos concluir que la norma contenida en el artículo 2 del Reglamento, vista al comienzo de este capítulo, no tiene aplicación real dentro de los establecimientos penitenciarios y pecaríamos de ingenuidad si creemos que sólo con esta declaración de buenas intenciones coincidente con un ideal constitucional podremos cambiar las condiciones en las cuales viven los privados de libertad.

CAPÍTULO SÉPTIMO

VII. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

VII.1 Naturaleza jurídica de la ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Cuando nos preguntamos acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad, aunque la respuesta a esta pregunta va a ser común a todo el arsenal de penas propias de nuestro derecho penal, queremos saber si nos enfrentamos a un acto de naturaleza contencioso-administrativo, en donde el ejecutivo tendrá amplias facultades y la responsabilidad de llevar a cabo en exclusividad el mandato de custodia y reinserción de los reclusos, o si estamos ante un acto de jurisdicción que, por ende, va a estar bajo la dirección y el control de los tribunales de justicia creados por ley.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico y su concepto de jurisdicción contemplado en el artículo 73 de la Constitución de la República de Chile y el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 1º : “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 ley". Por ende, a primera vista, la respuesta tiene que inclinarse irremediamente a favor de la naturaleza jurídica jurisdiccional que presenta la ejecución de la pena privativa de libertad. Con todo, como hemos venido describiendo, la realidad penitenciaria chilena está muy lejos de lo señalado por su normativa constitucional debido a que una vez dictado el fallo condenatorio el tribunal sentenciador deja en manos de la discrecionalidad Administrativa la ejecución de la pena manteniendo facultades muy restringidas ¹⁶⁵.

Así, podríamos decir, que en nuestro país, en la actualidad, la naturaleza de la ejecución de la pena es netamente administrativa, siendo absolutamente inconstitucional al dejar en manos de la administración la restricción de los derechos fundamentales de los reclusos, ya que esta materia, sin duda alguna, debe ser propia de la jurisdicción.

Partiremos de la base conceptual -para la proposición del control jurisdiccional de la ejecución de la pena- que la actividad de la privación de libertad es una actividad jurisdiccional, lo que necesariamente tendría su reflejo a la hora de establecer y diseñar cuál es la función que la Administración Penitenciaria desempeñará y los principios que habrán de inspirar esa función, adquiriendo su intervención naturaleza instrumental y de colaboración, y por tanto de subordinación.

Esta colaboración, que obviamente es necesaria, por parte de la Administración del Estado, se encuentra en una dependencia funcional del órgano jurisdiccional a cuyo cargo se encuentra la ejecución de la pena privativa de libertad, y el principal efecto de esta dependencia es que le corresponde al poder judicial en exclusividad el control de esa fase por lo que no podrán delegar competencias jurisdiccionales en la administración.

Además, como señalamos en el capítulo relativo al status jurídico de los reclusos, quien debe analizar y determinar claramente en qué consiste el margen de restricción de los derechos fundamentales es la Jurisdicción, ya que en caso contrario se corre el peligro que, debido a la práctica de la Administración Penitenciaria y la preponderancia dada a la seguridad y al orden, mediante el régimen disciplinario, pierdan, los principios de derecho fundamental, todo su contenido garantista que se les ha dado en el siglo pasado.

Esto quiere decir que nuestra afirmación va a tener ciertas consecuencias como la vigencia de los principios estructurales del proceso penal, el derecho a la jurisdicción y a la asistencia letrada de los reclusos, lo que junto a la condición de instrumentalidad y subordinación propia de la actividad de la Administración Penitenciaria obligan a concluir la artificialidad e injustificación de la autonomía que se ha atribuido, especialmente en nuestro país, a dicha Administración. Igualmente falsa sería la construcción de una relación jurídico-administrativa con supuesta prevalencia sobre la jurídico-penal. Sin embargo, a partir de lo señalado en el capítulo referido al tratamiento penitenciario esto es propio de nuestra tradición excluidora y estigmatizadora en donde la gran misión del régimen penitenciario va a ser la neutralización de los reclusos para lo cual, este régimen va a requerir absoluta independencia y autonomía, y va a estar siempre reacia al control

¹⁶⁵ Si bien es cierto que en la actualidad existen la facultad de visita de ciertos jueces a los establecimientos penitenciarios, no cabe duda de que como control jurisdiccional es insuficiente, ya que solo busca el normal funcionamiento de estos centros, pero no que la ejecución de la pena, para cada interno, se cumpla de acuerdo con la ley.

que puedan ejercer los tribunales sobre su labor. Aunque nadie puede asegurar que las resoluciones adoptadas por los tribunales sean acertadas, sobretudo en materia de derechos fundamentales, estas deben ser fundadas racionalmente, y además, de acuerdo a los principios que inspiran el debido proceso, y harán público lo que acontece dentro de los establecimientos penitenciarios, lo que obviamente es el principal temor de la Administración Penitenciaria.

A continuación nos preocuparemos de analizar las distintas soluciones que se ha dado en el derecho comparado al problema del control jurisdiccional de la pena privativa de libertad, tomando en cuenta las competencias del órgano de ejecución y la naturaleza de su actuación así como las principales dificultades que se han presentado en su adaptación por los diversos países que lo han hecho parte de su Derecho Penitenciario.

VII.2 Análisis comparado del control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Dentro del derecho comparado el análisis de esta institución debe hacerse realizando una clasificación previa entre los distintos tipo de control.

En primer lugar se encuentran aquellos ordenamientos que se caracterizan por entregar todo lo referente a la ejecución de la pena privativa de libertad en manos de ciertos órganos administrativos, sin prever, en términos generales, un control judicial sobre estos mismos.

Existen sistemas que, sin prever un órgano judicial especializado, admiten un control jurisdiccional sobre los actos de la administración, generalmente a cargo del tribunal sentenciador, este tipo de control se caracteriza por ser de tipo “impropio o indirecto”¹⁶⁶.

Por último, aquellos sistemas que realizan un control llevado a cabo por órganos jurisdiccionales especializados, denominado como sistema “propio o directo”.

Nuestro país se caracteriza por pertenecer al primer grupo de sistemas, esto es, aquellos que no contemplan, por regla general, control judicial alguno de los actos de la administración penitenciaria. En palabras del profesor José Luis Guzmán Dalbora: “(...) en este reglamento seguimos en la tradición de encomendar in toto el cumplimiento de las punitivas en la administración. Sobre las más graves y comprometedoras situaciones resuelve siempre la autoridad penitenciaria, sin perjuicio de una modesta y casi irrelevante intervención de la correspondiente secretaria regional de justicia, órgano ejecutivo, no judicial. Sólo para el caso de que se deba repetir la aplicación de medidas disciplinarias(...) la autoridad administrativa debe comunicar la situación al juez competente”¹⁶⁷, refiriéndose al juez del lugar de reclusión.

VII.2.1 Sistemas impropios o indirectos de control

¹⁶⁶ Joseph M^a Bachs i Estany. En “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”. “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos”. J. M. Bosch Editor, Barcelona , 1992. Pág. 119 y ss.

¹⁶⁷ José Daniel Cesano. Algunas cuestiones de derecho de ejecución penitenciaria. Universidad Nacional de Córdoba, 22 y 23 de noviembre 2001. www.fiscalia.org

Ejemplos de este tipo de sistema de control de la actividad penitenciarias nos encontramos, en primer lugar, con el caso de **Suecia**, que pese a la indeterminación, imprecisión o extrema flexibilidad del redactado de su Ley sobre tratamiento correccional en Instituciones Penitenciarias, e incluso su práctica carencia de mecanismos judiciales de control, debido a una Administración con medios más que suficientes y voluntad política, parte de un sistema de penas totalmente distinto del que podemos observar en nuestro país ya que la prisión abierta afecta a la mayor parte de los condenados a penas propiamente privativas de libertad, por lo cual se comprende la escasa necesidad de un control judicial de éstas ya que el tratamiento resocializador se practica casi por completo en el medio libre en contacto con la sociedad. Esto minimizaría el riesgo de que los reclusos se vean ante afectaciones de sus derechos fundamentales de tal carácter como se ven afectados en nuestro país.

Si bien el sistema sueco es un sistema netamente administrativo de control, en materia disciplinaria se limita mucho el máximo de días imponibles como sanción, correspondiéndole al Director de cada centro penitenciario la responsabilidad decisoria en estas materias y prevé un recurso de alzada ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, máxima autoridad administrativa de ejecución penitenciaria. En las restantes materias decide siempre en primera instancia la Dirección General con la posibilidad de un único recurso judicial contra tales decisiones ante el Tribunal de Apelación, y además, contra las resoluciones de este tribunal se puede interponer recurso ante el Gobierno de la Corona.

Otro ejemplo clarificador de este tipo de control de la ejecución de la pena privativa de libertad es **Alemania** que presenta un sistema netamente administrativo en cuanto al control de legalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad que queda en manos de consejos asesores de los centros penitenciarios, compuestas por el equipo de tratamiento con presencia de un representante del Ministerio Público y del Juez de primera instancia penal ¹⁶⁸. Con respecto a la libertad condicional, así como algunas modificaciones de las medidas de seguridad o corrección posteriores a su imposición son competencia de la jurisdicción del Tribunal o Juez sentenciador, quien también debe resolver los recursos interpuestos contra las decisiones administrativas en materia de ejecución.

En varias oportunidades se han realizado intentos por crear una magistratura especializada, que, sin embargo, no han conseguido modificar sustancialmente el sistema.

VII.2.2 Sistemas propios o directos. ¹⁶⁹

¹⁶⁸ Ibidem cita 166. Pág. 125.

¹⁶⁹ Joseph M^a Bachs i Estany. En "El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural". "Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos". J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992. Págs. 127 y ss.

VII.2.2.i) Francia:

Inspirándose en la *sorveglianza* italiana, mediante la reforma al Código de Procedimiento Criminal, de 1958, se introduce en este país la figura del Juez de Aplicación de Penas, órgano específico de la ejecución penal independiente del tribunal sentenciador. Sus resoluciones no se limitaban a ciertas incidencias surgidas durante la aplicación de las penas privativas de libertad, sino que tiene amplio control, fuera de la cárcel, de la situación de los liberados condicionales, asistencia y tutela de dichos liberados, asistencia postpenitenciaria y sobre el cumplimiento de penas restrictivas de libertad.

Actualmente tiene competencias, con carácter general, para determinar para cada condenado, según lo establecido por la ley, las principales modalidades del tratamiento penitenciario y sobre el tipo de centro para el cumplimiento. El juez preside la comisión encargada de determinar el tratamiento aplicable a los reclusos de cada centro, integrada además por el Procurador De la República (Fiscal), el Director del Centro, personal directivo, inspector, un miembro de la Inspección de Centros, el médico, el psiquiatra, los asistentes sociales y los educadores, lo que le permite, al magistrado, un acceso directo al material de trabajo con que cuentan los centros penitenciarios, teniendo su poder decisorio carácter absoluto, por encima del visto bueno de la Comisión.

VII.2.2.ii) Italia:

Es el país pionero en Europa de los sistemas judiciales de control de ejecución de penas, en 1930 consagra la figura del *iudice di sorveglianza*, correspondiendo este sistema más a un mecanismo de “vigilancia penitenciaria” que a uno de “ejecución de penas” propio del sistema francés. El principal problema de esta institución es su naturaleza híbrida entre lo administrativo y lo judicial. Sin embargo esto es sólo un reflejo de cierta influencia del orden y principios contencioso-administrativos.

Con respecto al sistema italiano de control de la ejecución de pena destacaremos dos grandes bloques de competencias; el primero es de carácter decisorio sobre las diversas incidencias de la ejecución, en donde es necesario distinguir dos vertientes: las funciones puramente pertenecientes a la vigilancia penitenciaria, pertenecientes al Magistrado di sorveglianza en general, y las correspondientes a la ejecución penal en sí, correspondientes a la competencia del Tribunale di Sorveglianza. El primero asume la vigilancia y la organización de los institutos de prevención y de pena y propone al Ministerio de Justicia las exigencias a adoptar para mejorar dichos servicios, con especial y particular atención al tratamiento resocializador, ejercita la vigilancia directa y asegura que la ejecución de la custodia de los imputados sea adecuada conforme al principio de legalidad¹⁷⁰.

Debido a que esta institución parte de la configuración, en el Código Penal de 1931, de las medidas de seguridad como intervenciones administrativas la doctrina, en principio, lo definió como un órgano administrativo especial de control; sin embargo, paulatinamente fueron abandonando esta tendencia por una postura de carácter jurisdiccional de la mayor parte de sus actos.

Por su parte el Tribunal de Vigilancia, que se compone de todos los magistrados de

vigilancia en ejercicio en el distrito (o circunscripción territorial de la Sección destacada de la Corte de Apelación), así como de expertos y profesores en Ciencias Criminalísticas nombrados por el consejo Superior de la Magistratura, es competente en las materias propiamente ejecutivas de la pena, en orden a la concesión de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad como para la revocación de tales beneficios. Además se constituye como el órgano de apelación de las decisiones adoptadas por el Magistrado mencionado más arriba en materia de reclamaciones de los interesados sobre proveídos que dispongan o prorroguen el régimen de vigilancia particular, así como sobre las decisiones en materia de permisos o los recursos sobre los autos del Juez unipersonal por virtud de los cuales se excluyen del cómputo de la pena determinados períodos pasados en permiso o licencia por comportamiento negativo¹⁷¹.

VII.2.2.iii) Portugal

Esta país también se caracteriza por poseer un sistema de control de los actos administrativos penitenciarios jurisdiccional y directo por medio de los Tribunales de ejecución compuestos entre antiguos magistrados y con una base competencial estrictamente territorial por razón del centro de cumplimiento de la prisión o lugar de cumplimiento de la medida respectiva. Sus principales competencias son la de declarar la peligrosidad de los que deben ser sujetos a penas o a medidas de seguridad en función

¹⁷⁰ Además, supervisa la ejecución de las medidas de seguridad de carácter personal, aprueba el programa de tratamiento de acuerdo a las exigencias detectadas durante la ejecución y remueve aquellos elementos que signifiquen una violación de los derechos del condenado, restituyéndolo con observación con el fin de que se formule nuevamente, aprueba la propuesta de trabajo externo, imparte disposiciones, durante el tratamiento, que de forma directa tiendan a eliminar eventuales violaciones de los derechos fundamentales de los reclusos, decide las reclamaciones de los internos concernientes a la observancia de las normas relativas a la atribución de la cualificación profesional laboral, sueldo y seguridad social y a las condiciones de ejercicio del poder disciplinario, etc.

¹⁷¹ Con respecto al procedimiento penitenciario, para la adopción de las decisiones de competencia de este Tribunal, así como las del Magistrado de Vigilancia en ciertas materias, o como en los supuestos de aplicación, ejecución, transformación o revocación aunque anticipada de las medidas de seguridad o relativas a la identidad personal a los fines de dichas medidas, el Presidente o el Magistrado, dependiendo del órgano que actúe, y en el caso del tribunal dependiendo si actúa en primera o segunda instancia, invita al interesado a nombrar defensor, y en el caso de que éste no lo haga en el plazo de cinco días, se le nombrará uno de oficio. A continuación se fijará por decreto el día de la vista con citación del Ministerio Fiscal, interesado y defensor, al menos con cinco días de anticipación, característica de un sistema oral puro, con presencia de las partes, pasando a ser el Ministerio Fiscal, aparte del representante imparcial de la legalidad, defensor eventual de la posición de la Administración Penitenciaria, bajo los principios de intermediación absoluta en la proposición, admisión y práctica de pruebas. En caso de penas privativas de libertad será competente el tribunal del lugar del cumplimiento de la pena, lo que significa que con el traslado, acordado por la administración, se sustrae la competencia del Juez natural, sin que ello perjudique a los procedimientos efectivamente ya efectuados. La vista se celebra con presencia del Ministerio Fiscal, del defensor del interesado y del propio interesado y la ordenanza que concluye el procedimiento es notificada a todos estos en diez días y contra ésta cabe recurso de casación, que puede ser interpuesto tanto por el Ministerio Fiscal, el interesado o la Administración Penitenciaria por violación de la ley en diez días desde la notificación, recurso que carece de efecto suspensivo. En el caso de que aparezca manifiestamente infundada la pretensión del interesado la ley italiana prevé la inadmisibilidad del procedimiento la cual se decide por decreto motivado del Presidente del Tribunal oído el Ministerio Fiscal, existiendo la posibilidad de formular, dentro del plazo de cinco días, queja por esta resolución.

de esta declaración, así como la alteración de este estado de peligrosidad social o su cese. Decide la prolongación de las penas impuestas a delincuentes de difícil corrección o configurados como muy peligrosos, decide acerca de la sustitución de la pena por la libertad vigilada o caución en casos de delincuentes de extrema peligrosidad, tiene facultades para sustituir una medida de seguridad por otra menos grave, concede y revoca la libertad condicional, así como la reducción de la duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad, concede la rehabilitación o la revoca de los sometidos a medidas de seguridad por decisión judicial.

Además tiene atribuida la visita a los centros penitenciarios con carácter de inspección de su ajuste general a la legalidad aunque con una periodicidad mensual mínima, atiende las reclamaciones de los preventivos y condenados en materia de régimen resolviendo de acuerdo con la Dirección del Centro, resuelve los recursos de naturaleza disciplinaria y las sanciones de aislamiento superiores a ocho días deben ser aprobadas previamente por este tribunal y preside y convoca las reuniones del Consejo Técnico de los establecimientos.

VII.2.2.iv) Argentina

Es a partir de la Ley N° 24.660 de 1994 que en este país se ha intensificado el control jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria, ya que, ha diferencia de lo que sucedía con la vigencia del Decreto Ley N° 412/58, ahora tiene el carácter de permanente.

Las funciones que le son encomendadas al juez de ejecución pueden ser clasificadas, en primer lugar en aquellas que cumplen una **labor de tutela**, esto es el de salvaguardar los derechos de los internos, además de acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos le formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en el caso de que se vean afectados sus derechos fundamentales. Junto a al labor anterior cumple, además: Una **función decisoria**¹⁷² en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución de la pena; una **Función de Control**¹⁷³, entre las que se encuentran ciertas autorizaciones que debe otorgar a la Administración Penitenciaria; **Funciones de mero conocimiento**¹⁷⁴ y funciones de **conocimiento indirecto**¹⁷⁵ o por referencia, dentro de las cuales están aquellas materias que deben ser puestas en

¹⁷² Entre las que se cuenta por ejemplo la facultad de conceder al interno salidas transitorias o su incorporación al régimen de semilibertad, como las revocaciones de estos mismos, y conceder o revocar la libertad condicional.

¹⁷³ Como por ejemplo, en el traslado al interno a centros asistenciales médicos o psiquiátricos del medio libre, cuando la naturaleza del caso lo aconseje; proceder a la alimentación forzosa del interno cuando este se niegue a ingerir alimentos si a criterio médico existe grave peligro para la salud de éstos. Dentro de las autorizaciones que debe otorgar a los internos se cuentan la de permitir la no presentación en la institución en donde se cumpla la prisión discontinua o la semidetención por ciertos lapsos de tiempo.

¹⁷⁴ Dentro de sus funciones de mero conocimiento le corresponde al juez de ejecución competente realizar, por lo menos semestralmente, visitas a los establecimientos penitenciarios, con el objeto de verificar si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajustan a la ley y los respectivos reglamentos.

conocimiento del Juez.

Es necesario destacar que en este país, debido a su sistema federal de gobierno, estas funciones pueden ser realizadas por distinto órganos, ya que en algunos sistemas procesales, que desconocen la figura del juez de ejecución, será el tribunal sentenciador quien las tendrá a su cargo.

VII.2.2.v) España

En el artículo 76 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de Septiembre, aparece, en este país el “Juez de Vigilancia Penitenciaria”, que entró en funcionamiento en el año 1981. Coinciden doctrina y jurisprudencia de este país en que la aparición de estos juzgados se vincula a la existencia de determinados preceptos constitucionales (Art 117.3, 25.2 y 106.1)¹⁷⁶

De acuerdo con los preceptos mencionados se deduce que el marco competencial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se asentó sobre dos grandes ejes: por una parte, el ejercicio de atribuciones netamente jurisdiccionales, en su manifestación de hacer ejecutar lo juzgado, denominadas como “funciones de ejecución penal”, y por la otra, atribuciones de salvaguarda de los derechos fundamentales de los internos, y de control de legalidad de la actividad penitenciaria, conocidas, generalmente como “funciones de vigilancia”¹⁷⁷. Con respecto a esta función señala el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que a este órgano jurisdiccional se le atribuyó la importante tarea de “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”. Por ende, los pilares que sustentarían la interpretación y aplicación de este ordenamiento penitenciario serían la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, como la limitación de los poderes de la Administración.¹⁷⁸

En lo que se refiere a las competencias de este tribunal se pueden clasificar en su

¹⁷⁵ Esto es: el traslado de un interno a otro establecimiento con las razones que fundamentan esta acción, la utilización de medidas de sujeción, en los casos que el director del establecimiento así lo ordene y cuando otros métodos de seguridad hubieren fracasado, con el único propósito de que el interno no se cause daño a sí mismo, a otros internos o al establecimiento. Debe poner en conocimiento, además, la negativa del interno a ingerir alimentos y toda restricción a las comunicaciones de los reclusos, entre otras.

¹⁷⁶ Establecen estos preceptos: “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencias y procedimiento que las mismas establezcan” Por lo tanto se determinará que ciertas materias que tradicionalmente le habían correspondido a la Administración, entrañaban, de suyo, el ejercicio de funciones netamente jurisdiccionales. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” por ende, se hacía necesario materializar la tutela jurisdiccional de estos derechos. “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” lo que se refleja en que la administración penitenciaria, por ser una parcela de la Administración, debe someterse a este control de legalidad de su actividad.

¹⁷⁷ Luis Fernández Arévalo. Constitución y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. www.fiscalia.org . Pág. 6.

competencia objetiva, de esta manera tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, corregir abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de la normativa del régimen penitenciario.¹⁷⁹

En segundo lugar podemos hablar de cierta **competencia territorial**, regulada por el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 8.18 y concordantes de la Ley de Planta y Demarcación, competencia que es en principio, de ámbito provincial aunque puede limitarse a un determinado centro penitenciario o extenderse a más de una provincia aunque no más allá de los límites de un Tribunal Superior. Al respecto citaremos a **Bachs i Estany** quien señala que “en punto de conexión importantísima la mera estancia del interno, siquiera temporal, en una cárcel adscrita al Juzgado, basta para determinar la competencia del Juzgado...”¹⁸⁰

Por último, con el nombre de **competencia funcional**, se conoce la problemática relativa al derecho procesal penitenciario, en donde se encuentran los recursos de alzada y de queja o solicitud contra los actos de la Administración Penitenciaria, sin embargo, en este caso debe, previamente agotarse una suerte de primera instancia administrativa antes de acudir al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria¹⁸¹.

En el caso de que se estime que ha habido violación de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, puede recurrirse ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷⁸ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 256.

¹⁷⁹ Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores, como por ejemplo, la aplicación de la remisión condicional de la pena, la aprobación del licenciamiento definitivo, etc. Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan. Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena, para aquellos que están condenados en virtud al antiguo código penal de ese país ya que ese beneficio se encuentra actualmente derogado. Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días. Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias. Resolver, en base a los estudios de los Equipos de Observación y Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado. Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos. Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de enjuiciamiento Criminal. Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado. Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Directos del establecimiento.

¹⁸⁰ Joseph M^a Bachs i Estany. En “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”. “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos”. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992. Pág. 154.

Las funciones de vigilancia jurisdiccional de la actividad penitenciaria se realizan por medio de cuatro formas o cauces generales de actuación:

Recursos interpuestos por los reclusos.

Quejas en donde se trata de resolver cualquier reclamación formulada por los internos contra los actos o acuerdos penitenciarios que lesionen sus derechos e intereses, en materia de régimen y tratamiento penitenciario¹⁸². En ciertas ocasiones, el Reglamento Penitenciario español ha precisado ciertos actos o acuerdos administrativos contra los que expresamente prevé la posibilidad de queja. De sumo interés para el objeto de nuestra investigación es el artículo 128.1 de éste cuerpo legal que señala: “Asimismo, los internos tienen derecho a disponer de libros... Contra dicha resolución (que prohíbe su ingreso), que deberá ser notificada al interno, éste podrá acudir en queja

¹⁸¹ Basta señalar que contra las resoluciones de estos tribunales cabe el recurso de reforma, y en determinadas ocasiones, el de apelación. Además, se podrá interponer recurso de queja contra aquellas resoluciones en las cuales se deniegue la admisión de un recurso de apelación. Por último podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra los actos de la Administración penitenciaria que se estimen contrarios a los derechos fundamentales de los reclusos sino fuesen corregidos en la vía judicial. Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983 de 30 de Julio. Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 265.

¹⁸² La normativa legal y reglamentaria contempla estas quejas como un derecho de los internos del que deben ser informados al momento de su ingreso y establecen la forma en que este derecho debe canalizarse, materia contenida en el artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el que señala que “1. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u organismos competentes. Si fueren hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo. 2. Si los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, lo presentarán asimismo ante el director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente”. Por su parte el reglamento penitenciario español, en sus artículos 53 y 54 regula el procedimiento de petición o queja con respecto, tanto a los interpuestos ante la Administración como ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. De esta manera señalan: “**Artículo 53** . Peticiones y quejas ante la Administración penitenciaria. 1. Todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria, pudiendo presentarlas, si así lo prefiere el interesado, en sobre cerrado, que se entregará bajo recibo. 2. Dichas peticiones y quejas podrán ser formuladas ante el funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda, ante el Jefe de Servicios o ante el Director del Centro o quien legalmente le sustituya. El Director o quien éste determine habrán de adoptar las medidas oportunas o recabar los informes que estimen convenientes y, en todo caso, hacer llegar aquéllas a las Autoridades u organismos competentes para resolverlas. 3. Las peticiones y quejas que formulen los internos quedarán registradas y las resoluciones que se adopten al respecto se notificarán por escrito a los interesados, con expresión de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar. 4. Asimismo, los internos podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo, que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo. **Artículo 54** . Quejas y recursos ante el Juez de Vigilancia. 1. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior , los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria . 2. Se entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada de las quejas o recursos que formule. 3. Cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente”.

ante el Juez de Vigilancia.” Pese a que es la Administración Penitenciaria la facultada para determinar cuando se puede restringir el acceso a libros o periódicos u otros medios informativos, quien se vea vulnerado en sus intereses tendrá la posibilidad de reclamar ante un órgano jurisdiccional ante tal afectación.

En determinados casos se establece un deber de la Administración de **dación de cuentas**¹⁸³ donde, como lo ha reiterado la jurisprudencia de ese país, la sola notificación al Juzgado de Vigilancia no basta para llevar a cabo estas restricciones¹⁸⁴ y;

Por el **conocimiento por actuaciones de oficio** del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de cualquier prácticas, acto, omisión y decisión de la Administración Penitenciaria que se reputen indiciariamente vulneradoras de derechos de los internos o de las normas legales y reglamentarias en materia de régimen y tratamiento, con el fin de corregir las desviaciones y abusos que puedan cometerse así como salvaguardar los derechos de los reclusos. Esta facultad puede tener lugar a través del ejercicio de realizar visitas a los establecimientos penitenciarios, o por medio de denuncias de situaciones irregulares formuladas por el Ministerio fiscal, otros órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, ONGs, como por cualquier persona¹⁸⁵.

Una de las principales dificultades en materia de regulación de la competencia de este Juez es la limitación que sufre con respecto a la práctica constante, por parte de la Administración Penitenciaria, de aplicar sanciones informales, vale decir, aquellas que no están previstas por el legislador, sobretodo si tomamos en cuenta la facilidad de aplicarlas dentro del hermético mundo que significa la cárcel, ejemplos de estas son el retraso en la entrega de la correspondencia, traslados de celdas, imposición de trabajos, etc. en donde el juez sólo podrá conocer de manera indirecta vía de recurso o de queja. Estas limitaciones competenciales situarían al Juez de Vigilancia en un segundo plano

¹⁸³ Tiene especial relevancia para nosotros lo establecida en el artículo 51. 5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que señala: “Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”. Y en los artículos 43. 1 y norma 5^a del artículo 46 del Reglamento Penitenciario, esto es que “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos”, y que “En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados...” Luis Fernández Arévalo. Constitución y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. www.fiscalia.org. Pág. 52.

¹⁸⁴ Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 175/1997, “rectamente entendida, esta dación de cuentas, implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuada, mediante una resolución motivada”, cumpliéndose en este caso plenamente lo señalado anteriormente con respecto a la restricción de derechos fundamentales por medio de principios.

frente a una administración de competencias desmesuradas, lo que sería el ejemplo del grado de administrativización a que ha llegado la ejecución de la pena privativa de libertad.

Sin embargo, uno de los aspectos de mayor influencia en la dificultad a la que se ve sometida la eficaz protección de los derechos fundamentales de los reclusos y el control de la actividad de la Administración Penitenciaria es, sin duda alguna, el subdesarrollo procesal pertinente a dicha jurisdicción¹⁸⁶, lo que implica la imposibilidad de un ejercicio concreto del derecho de defensa para los propios afectados, es decir, los reclusos, lo que va a tener especial relevancia en la vigencia de los principios garantistas que informan toda actividad procesal.

En la medida de que la actividad penitenciaria satisface una fase más del sistema penal que, como último modo de sujeción para los ciudadanos que desobedecen mandatos y prohibiciones punibles, en el marco de la forma Estado de derecho, debe configurar un cuadro de garantías y reconocimientos de derechos fundamentales.

De esta manera se hace necesario la configuración de una regulación procedimental de la actuación ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que resguarde efectivamente el debido proceso necesario para la solución más justa al conflicto que surja entre el interesado y la Administración Penitenciaria, sobretodo resguardando el derecho a defensa y los principios garantistas del proceso penal.

VII.3 Justificación Iusfundamental de la necesidad de Control Jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria.

Ya señalamos que el artículo 2º del Reglamento Penitenciario señala que será principio rector de la actividad penitenciaria el antecedente que el recluso 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 que supone que la tutela efectiva de estos derechos podrá llevarse a cabo por medio de la facultad de dirigirse a los órganos jurisdiccionales en demanda de esta protección. Así, en virtud de lo consagrado en el

¹⁸⁵ Con respecto a las formas como controla la ejecución de la pena el Juzgado de Vigilancia, el caso de las **propuestas** que puede formular este tribunal en virtud del artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que señala que "Los Jueces de vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto". Esta facultad propositiva a llevado a grandes conflictos de jurisdicción por lo difícil que es deslindar entre lo que es materia directiva u organizativa de lo que constituye salvaguarda de los derechos de los reclusos, por lo que ha sido uno de las principales dificultades ante las cuales se ha visto enfrentada la labor de control jurisdiccional de la Administración Penitenciaria.

¹⁸⁶ Roberto Bergalli, Pánico social y fragilidad del Estado de derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria). Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales. J.M. Bosh Editor. Pág. 103-106.

artículo 19 nº 3 de la Constitución podemos hablar de un derecho a la jurisdicción que no se ve limitado o perdido por la reclusión. La principal consecuencia de esta afirmación es que el proceso penal no sólo dura hasta la declaración de la firmeza de la sentencia definitiva.

Los derechos fundamentales de los reclusos encierran, al mismo tiempo que este derecho a la jurisdicción, un conjunto de garantías procesales inspiradas en principios constitucionales que aseguren la efectiva tutela de los mismos ¹⁸⁷. (Ver Anexo N° 1)

Según Hesse “a menudo, la organización o el procedimiento resultan ser un medio –posiblemente el único existente- para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar eficazmente los derechos fundamentales en vista de la problemática moderna”. ¹⁸⁸

En definitiva, los derechos fundamentales materiales deben ser acompañados de derechos procedimentales que los complementen y les den efectividad por medio del derecho a la protección jurídica judicial.

Veamos someramente cuales van a ser los efectos de nuestra proposición de control jurisdiccional dentro de las libertades objetos de nuestro estudio.

Efectos en Libertad de Expresión:

1) En relación con su vertiente de la libertad de información va a requerir, dentro de sus restricciones, que no esté en manos de la pura discrecionalidad de la Administración que los medios informativos puedan ser negados a los reclusos en virtud de la pura defensa de la seguridad de los establecimientos. Pudimos observar como, dentro de ciertos sistemas de control jurisdiccional daban la opción de interponer el recurso de queja con respecto a la decisión administrativa de negar el acceso a ciertos medios informativos si se veían afectados en el legítimo ejercicio de sus intereses por lo que el tribunal de ejecución o de vigilancia deberá dictar una resolución fundada con respecto a la posible afectación de la libertad de información, ponderando, generalmente, el peso específico de esta libertad con la importancia, que debe ser considerada atendiendo al caso concreto, sus circunstancias y propiedades, de la seguridad y orden de los establecimientos penitenciarios. Así mismo, con respecto al mantenimiento de correspondencia, ya sea tanto con el medio externo como con otros reclusos del mismo u otro establecimiento penitenciario, se debería seguir el ejemplo de algunos sistemas estudiados en la medida de que por lo menos requieren de aviso al tribunal competente el

¹⁸⁷ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 243.

¹⁸⁸ Estos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado y, por lo que éste, desde el punto de vista procedimental será satisfactorio si respeta estas reglas o estos principios los que deben tener forma tal que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, respondan en su resultado a los derechos fundamentales, vale decir, que la condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. Robert Alexy en “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. Pág. 455.

cual puede rechazar la medida en el caso de que no se justifique adecuadamente. Esto se diferencia enormemente con nuestra realidad en que, en virtud de una disposición reglamentaria, se puede llevar un control estricto de toda correspondencia.

2) Con respecto a la libertad de opinión, en los sistemas que hemos estudiado, no hay normas expresas que la traten, sin embargo, todos los sistemas jurisdiccionales de control de la actividad de la Administración Penitenciaria, han previsto formas de que los reclusos, en el caso de que se vean afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, tengan acceso a protección jurídica efectiva materializado por la oportunidad de hacer llegar su pretensión a los tribunales correspondientes. Es por eso que, para el caso de la restricción de la libertad de opinión existen recursos de queja o de petición en donde los reclusos pueden manifestar al juez de ejecución o de vigilancia su desacuerdo con tal medida, por lo que el tribunal deberá, al igual que en el caso anterior, resolver de acuerdo a resolución fundada que de cuenta de la necesidad de restringir el ejercicio de esta libertad debido a la existencia de principios de mayor peso específico en el caso concreto. El efecto principal con respecto al ejercicio de esta libertad de opinión dice relación con la realidad fáctica que se vive dentro de las cárceles ya que, por regla general, la principal consecuencia del ejercicio de ésta libertad son sendas sanciones disciplinarias por insubordinación o comportamiento inadecuado que va a tener graves repercusiones para la posibilidad de obtener beneficios penitenciarios. Existiendo la posibilidad de recursos en contra de tales sanciones disciplinarias o de la negación de estos beneficios es de mayor factibilidad el ejercicio de la libertad de expresión dentro de los establecimientos penitenciarios. Hoy, uno de los principales problemas con respecto al ejercicio de esta libertad es la resignación de los reclusos con respecto a sus reales posibilidades de expresarse, ya que (tomando en cuenta lo que ya señalamos dentro del capítulo referente al tratamiento penitenciario), se ha generalizado la costumbre de que las únicas opciones de ejercer la libertad de opinión se dan por medio de las actividades que componen el tratamiento de los internos que, como ya se señaló, tienen una inevitable función “correctora” de la personalidad del recluso, lo que unido a la exigencia de una participación “modelo” por parte de estos para el otorgamiento de los beneficios penitenciarios establecidos en el reglamento, hacen ilusoria la idea de que sean una herramienta efectiva de ejercicio de esta libertad. Es por eso que es necesario, con carácter de urgencia, que los internos tengan la posibilidad de interponer recursos de quejas o peticiones al tribunal de vigilancia en el caso de que se vean afectados en el ejercicio de la libertad de expresión y que además, se modifique drásticamente el reglamento penitenciario de nuestro país en la medida de que permite restricciones, tanto a la libertad de información como a la libertad de opinión sin necesidad de que esta restricción sea fundamentada por un órgano jurisdiccional. Este conocimiento puede ser por medio de la interposición de recurso, quejas, peticiones, o por medio del conocimiento de oficio de este tribunal que se hace efectivo con sus visitas a los centros penitenciarios, y por las autorizaciones que debe dar a la Administración Penitenciaria para que este pueda efectuar ciertos actos o tomar ciertas decisiones.

Efectos en Libertad de Conciencia:

En el entendido de que lo que nos interesa es la exteriorización de ésta, en el caso de

que el recluso se vea afectado tendrá la posibilidad de recurrir al Juez de Vigilancia o de ejecución, ya sea porque no se le ha permitido el ejercicio de su religión, porque se le ha negado la asistencia religiosa, o simplemente cuando considere desde su propia convicción, que las actividades que le han sido impuestas por la Administración ya sea a nivel del régimen o el tratamiento penitenciario, vulneren su libertad de mantener un propio orden valórico personal. Esto será de especial relevancia cuando considere que las actividades insertas dentro de su tratamiento rehabilitador invaden indebidamente su fuero interno, lo que constituye, sin duda alguna, un abuso de la Administración Penitenciaria.

Por lo tanto queda claro cuales serían las enormes ventajas que significarían la adopción de estos tribunales para la seriedad de un Estado de Derecho que se precie por basarse realmente en el respeto de los derechos fundamentales y en el importante límite a la soberanía que significa el ejercicio legítimo del derecho general de libertad; ello, especialmente, si partimos de la base de que la adopción de estos órganos significaría un gran paso en la protección de un grupo de individuos que se caracterizan por su exclusión e indefensión constantes, reflejo de una sociedad que aún no tiene la voluntad política por reconocer la importancia de la libertad de los individuos. Esto ha quedado claro al señalar con anterioridad la diferencia que existe en nuestro sistema penitenciario con el resto de los ordenamientos jurídicos que prevén la existencia de órganos con jurisdicción sobre lo penitenciario que tienen el deber de velar por el cumplimiento de la pena enmarcado en un respeto al principio de legalidad y basado en el principio de igualdad.

En síntesis: este capítulo nuestra intención no fue reconstruir un sistema de control jurisdiccional de la actuación de la Administración Penitenciaria de manera exhaustiva sino que sólo dar a conocer cuales eran sus principales características y sus funciones, para demostrar que, en nuestro ordenamiento jurídico, es absolutamente posible la compatibilidad de estos tribunales con el discurso normativo de los derechos fundamentales que nuestro Estado debe seguir y respetar en virtud del principio de legalidad. El tratar esta institución a cabalidad debe ser objeto de otro estudio, sobretodo en lo que respecta a las posibilidades de implementarlo en nuestro país con las reformas legales que significaría y el despliegue de recursos económicos y profesionales. No obstante lo anterior, creemos que su adopción dice especial relevancia en la protección de las libertades que hemos estudiado, sobretodo dentro de la realidad carcelaria de nuestro país en donde los reclusos siguen relacionándose con la Administración en condiciones graves de desigualdad, lo que ha demostrado que efectivamente, tanto a nivel de la práctica como a un nivel normativo los reclusos de nuestro país configuran una especial categoría de personas de segunda categoría que están caracterizadas por una gran cantidad de obligaciones para con la administración, no obstante la dificultad que tienen de hacer valer los pocos derechos que les son reconocidos.

Muchos podrán considerar que este problema ha sido ya resuelto por nuestro ordenamiento jurídico con la creación de los Jueces de Garantía (enmarcados dentro de la profunda reforma a nuestro sistema procesal penal), quienes dentro de sus atribuciones cuentan con la de ver cómo ejecutar la pena privativa de libertad y las penas alternativas a ésta. Sin embargo, y reconociendo que esto significa, en alguna medida, un

avance en la protección de los derechos de los reclusos, ello es insuficiente. Para eso basta notar cuales han sido las dificultades de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en España. En donde no existen, al igual que en nuestro país, normas de organización y procedimiento que hagan efectiva la labor de esta magistratura.

Para terminar es necesario señalar que en caso de adoptar este tipo de control de la actividad penitenciaria hay que tener mucho cuidado con no caer en la posibilidad de que esta institución sólo se transforme en un legitimador más del aparato sancionador del Estado, esto es que su función simplemente sirva para dejar en paz ciertas conciencias que preferirían que las cosas siguieran tal cual han sido a lo largo de nuestra historia penitenciaria. Para esto es fundamental, en primer lugar, tanto un grupo de abogados como jueces preparados y especializados en tal materia, como la ya mencionada posibilidad de asistencia letrada gratuita y en segundo lugar que se cumplan efectivamente las garantías procesales ya mencionadas, sobretodo en lo respectivo a lo contraproducente que sería volver atrás con respecto al proceso penal (como por ejemplo que el que acusara y juzgara fueran la misma persona). Creemos que sería más adecuado un sistema de "vigilancia" más que uno de estricta "ejecución" ya que podría significar un cierto compromiso del juez competente por las políticas llevadas a cabo por la Administración Penitenciaria. Esto quiere decir que la función de estos tribunales debe ser realmente el velar porque la ejecución de la pena privativa de libertad de cumpla, pero que ésta lo haga respetando los derechos fundamentales que no se ven afectados por el cumplimiento del fallo condenatorio, ya que para el resto de las restricciones que sean necesarias deberá atenerse al régimen general explicado por la teoría de los principios, que permite que se efectúen ciertas restricciones a ciertos derechos fundamentales con carácter excepcional. Aunque este sistema no asegura que la solución adoptada por el tribunal sea siempre correcta desde el punto de vista iusfundamental permite que, por lo menos, sea una solución pública y que deba ser justificada dentro de un discurso racional que no permite que los derechos fundamentales se restrinjan por razones de poca monta. Sólo de esta manera podremos terminar con las constantes discriminaciones arbitrarias que son llevadas a cabo por la Administración Penitenciaria así como la cada vez más evidente misión de neutralizar la personalidad "desviada" de los reclusos como el afán por excluir de la preocupación social a ciertos individuos que ahora están en las exclusivas manos de una Administración Penitenciaria poco preparada y mediocre y que, hasta nuestra actualidad, ha actuado en la más absoluta discrecionalidad.

CONCLUSIONES FINALES Y VERIFICACIÓN DE LAS HIPOTESIS

Ante el problema planteado por esta investigación, es decir “cuáles son los derechos fundamentales que se afectan con el sometimiento a prisión y si se restringen las libertades de conciencia, opinión e información, cuáles serían los medios para reclamar de estas afectaciones” presentamos tanto una hipótesis general como tres específicas. Luego de un análisis de la realidad del Régimen Penitenciario de nuestro país, así como del ámbito del derecho internacional y del derecho comparado, es necesaria la comprobación, tanto de la hipótesis general como de las específicas.

I. HIPÓTESIS GENERAL

Bajo las condiciones actuales de reclusión en nuestro país, serían afectadas las libertades de conciencia, opinión e información, no existiendo autoridad alguna que vele porque esto no ocurra.

II. HIPOTESIS ESPECÍFICAS

El Reglamento Penitenciario de los Establecimientos Penitenciarios es inconstitucional.

Influiría en la afectación a las libertades específicas el postular como objetivo del Régimen Penitenciario la Reinserción Social.

Se vería afectado el principio de igualdad al discriminarse arbitrariamente la protección de determinadas libertades de una persona sometida a prisión, comparándola con otra en libertad.

Partiendo desde lo particular hacia lo general, nos preocuparemos, a continuación, de verificar nuestras hipótesis específicas.

A) Inconstitucionalidad del Reglamento Penitenciario:

A lo largo de nuestra investigación se recopilaron los siguientes antecedentes que demuestran, de manera rotunda, que el Reglamento de los Establecimientos Penitenciarios es inconstitucional:

La Constitución de la república de Chile, en su artículo 19 N° 26 señala 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”

Este precepto es de fundamental importancia en dos aspectos, en lo que respecta a nuestro estudio:

a) Que la autorización de limitar los preceptos legales que consagran derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución, y que solo se puede limitar derechos por medio de Ley, y por no norma reglamentaria. Por tanto, resulta de total claridad que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios sobrepasa la normativa constitucional ya que:

a.1) Dispone la restricción de derechos fundamentales por la pura vía reglamentaria, vulnerando el Principio de Legalidad.

a.2) Permite y faculta la restricción de éstos derechos de manera discrecional por parte de los funcionarios de la Administración Penitenciaria, lo que de suyo, es contrario a la protección que la Constitución otorga a estos derechos.

a.3) No existe autorización constitucional, a diferencia del derecho comparado, que permita sostener que se puede afectar la libertad de expresión y de conciencia de los reclusos.

b) Que esta limitación, de la que hablamos, no podrá afectar los derechos en su esencia, lo que significa que los preceptos iusfundamentales no pueden ser fórmulas vacías de contenido. Sin embargo, se demostró que en la realidad penitenciaria no existe un ejercicio de ponderación previo, el que debe ser facultad de la jurisdicción, para restringir las libertades en comento, sino que la restricción de éstas se ha transformado en una práctica generalizada, que ha consagrado especies de “reglas”, es decir, no

libertades definitivas en contra de los reclusos.

Para esto se ha estudiado in extenso el ámbito de lo normativo, para poder concluir que debido a la estructura de los preceptos del Reglamento de los Establecimientos Penitenciarios que restringen derechos fundamentales, esto es, normas reglamentarias, en su mayoría de carácter abierto, queda sin ningún tipo de valor la regla consagrada en el artículo 5 de nuestra Constitución, esto es, la garantía de los Derechos Fundamentales como límites a la Soberanía del Estado. Y por ende, una garantía de los reclusos contra las actuaciones de la Administración Penitenciaria. Sobre todo, si existen artículos del reglamento, como el referido a la restricción general de los derechos de los reclusos, la constante violación a su correspondencia, o la limitación a la libertad de información, que facultan, sin ningún tipo de restricción, a los funcionarios de la administración penitenciaria, para vulnerar las libertades de los internos. Por tanto, es inconstitucional, en la medida que consagra no libertades definitivas, sin norma de rango legal y sin autorización de la Constitución. Así mismo, porque la restricción pasa por la discrecionalidad de la Administración y no por un ejercicio jurisdiccional previo de ponderación.

B) Influencia del objetivo del Régimen Penitenciario de Reinserción Social en la Afectación de las libertades específicas estudiadas.

A diferencia de la hipótesis anterior, este tema dijo mayor relación con el ámbito de las posibilidades fácticas y la realidad de la vida dentro de los establecimientos penitenciarios, ya que los mandatos de optimización, que son los principios iusfundamentales, exigen que la realización de su supuesto de hecho se realice tanto dentro de las posibilidades jurídicas, como dentro de las posibilidades fácticas, y, por lo tanto, con que los preceptos iusfundamentales no estén vacíos de contenido.

Sin embargo, el análisis que se debe hacer con respecto al tema del Tratamiento Penitenciario, no se refiere a todos los reclusos, ya que todavía existe un grupo de éstos que no pretenden, debido a lo que consideran su dignidad personal, dejarse “corregir” por la Administración Penitenciaria.

No obstante, va a ser característica de la vida dentro de la cárcel, la dinámica premio-castigo, ya estudiada, así como el intento por transformar a los internos por medio de la tecnología disciplinaria, en seres neutralizados, lo que dirá especial relación con el nulo ejercicio efectivo de las libertades de conciencia y expresión.

En este sentido se pudo comprobar que claramente va a influir en la afectación de las libertades estudiadas el ideal Resocialización, en virtud de que:

Transforma el ejercicio de éstas en beneficios, es decir, a mayor grados de avance en el tratamiento, mayor posibilidades de acceder a posibilidades fácticas de ejercicio, por lo tanto, crea un aumento en el nivel de tolerabilidad de las condiciones internas.

Con todo, este ejercicio está habitualmente relacionado con la fiscalización de los agentes de la Administración, en el sentido de que sólo un adecuado uso de estos derechos dará la posibilidad de acceder a Beneficios Penitenciarios.

Que la relación entre régimen penitenciario y tratamiento no es la señalada por el Reglamento de los Establecimientos Penitenciarios, esto es que el primero sería un fin para el segundo, sino que lo contrario y el ejercicio de las libertades dentro del sistema del tratamiento se instrumentalizan en aras de la normalidad del Régimen Penitenciario.

Por último, hay que señalar que el sistema adoptado en Chile pretende “corregir” personalidades, lo que es propio del paradigma etiológico inspirador de éste, por lo que, de suyo, es contrario a la dignidad y libertad de los intervenidos. Además que significará, por regla general, una “complacencia fingida” de los internos que se opone a la facultad de exteriorizar su derecho general a la personalidad.

Por todo lo anterior concluimos que el fin resocializador influye en la afectación de las libertades en comento ya que hace imposible la exteriorización de la personalidad de los internos, pero por sobretodo por transformarse en un garante e instrumento de la normalización del Régimen Penitenciario.

C) Afectación el principio de igualdad por la discriminación arbitraria de la protección de determinadas libertades de una persona sometida a prisión, comparándola con otra en libertad.

Cuando nos referimos a la discriminación arbitraria, estamos dentro del ámbito de la máxima de igualdad y, por tanto, dentro de las razones suficientes, en este caso, para un tratamiento desigual.

Ha quedado demostrado que es requisito del tratamiento desigual que existan razones suficientes, de rango constitucional, en su favor, ya que de otro modo se estaría vulnerando, por existir una discriminación arbitraria, el principio de igualdad consagrado por nuestra Constitución.

Además se demostró que las libertades de Expresión y de Conciencia se ven afectadas de manera constante por la práctica penitenciaria, así como por el mismo ordenamiento penitenciario de nuestro país.

Por último se señaló que existían sendas diferencias entre las posibilidades de ejercicio de estas libertades por parte de una persona sometida a prisión comparada con otra en libertad, principalmente por:

Las posibilidades normativas: en la medida que un individuo no sometido a un pena privativa de libertad, no se verá afectado en este ejercicio por una norma de rango reglamentario, a diferencia de quien si lo está.

Que si es efectivo que un individuo en libertad se ve restringido en sus derechos fundamentales de esta manera, tiene mayores posibilidades de defensa jurídica, a diferencia de un recluso, el cual, tanto por las posibilidades fácticas como por las normativas de la realidad penitenciaria se encontrará en una grave indefensión, lo que le impedirá acceder a posibilidades de reclamo efectivas. Esto se ha comprobado por la mínima existencia de Recursos de Protección interpuesto por los reclusos dentro del ámbito del ejercicio de estas libertades que tengan efectividad dentro de sus pretensiones, ya que la mayoría de las veces, lo que hace el órgano judicial encargado es

pedir cuenta a Gendarmería de Chile, lo que de suyo, afecta el principio de la imparcialidad con la que debe actuar el juez.

Que el principal cómplice de esta discriminación arbitraria es la oscuridad dentro de la que actúa la Administración Penitenciaria ya que posibilita que esas libertades sean afectadas sin que ningún órgano jurisdiccional ejerza algún tipo de control. Además de la imposibilidad de hacer público los problemas ante los cuales se ven enfrentados los internos para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Esta será una de las principales diferencias con las posibilidades de un individuo en libertad, la sentencia pública que debe realizar un ejercicio racional susceptible de ser invalidada.

Se debe contestar la pregunta de si este tratamiento desigual, ya expuesto, es arbitrario o no, o lo que es igual, si existen razones suficientes para él.

Cuando señalamos la importancia de los derechos fundamentales para el ordenamiento jurídico se dijo que éstos eran un límite para la Soberanía del Estado, de acuerdo al artículo 5 de la Constitución, y que por tanto, de acuerdo con la apertura del artículo 19 de este cuerpo legal, se podía argumentar a favor de una vinculación de la condición de “privado de libertad” con un ejercicio de los derechos fundamentales.

Esta relación de la Soberanía con los derechos fundamentales va a ser de especial relevancia para concluir que no existen razones iusfundamentales para sostener que los internos de establecimientos penitenciarios se vean afectados en sus libertades de expresión y de conciencia de manera distinta que un individuo en libertad. Es más, si algún tipo de tratamiento desigual es necesario debe ser aquel que vele porque las relaciones del interno con la Administración Penitenciaria no afecten de manera innecesaria las posibilidades de ejercer estas libertades. Por tanto se puede configurar razones suficientes para un tratamiento desigual a favor del interno, en virtud de la obligación del Estado de respetar los límites a su soberanía, pero en caso alguno, en desfavor de los reclusos.

Esto no significa que no se puedan restringir las libertades en comento, pero que si va a ser así, ello sea por medio del régimen general, por el ejercicio de ponderación ya explicado, realizado por el órgano jurisdiccional competente.

Por lo tanto, y para concluir esta investigación, podemos sostener que se ha demostrado la hipótesis general de ésta; cual es que:

“Bajo las condiciones actuales de reclusión en nuestro país, serían afectadas las libertades de conciencia, opinión e información, no existiendo autoridad alguna que vele porque esto no ocurra”.

Se hace necesario adoptar por nuestro ordenamiento jurídico, un órgano jurisdiccional adecuado para la vigilancia de la actividad penitenciaria, que asegure que la restricción de las libertades de los internos se haga dentro del marco de nuestra constitucionalidad, pero por sobretodo, que termine con la discrecionalidad en la que actúa la Administración Penitenciaria. Y de esta manera destruir la práctica constante y generalizada de ir configurando, tanto normativa como fácticamente, la existencia de ciudadanos de segunda categoría.

BIBLIOGRAFÍA

- AFANADOR, María Isabel, “El Derecho a la Integridad Personal. Elementos para su análisis”. Reflexión Política Año 4 N°3 ISSN, UNAB Colombia. Convergencia N° 30, 2002.
- ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ATRIA, Fernando, “Los peligros de la Constitución”. Cuaderno de Análisis Jurídico 36. Universidad Diego Portales, Santiago, 1997
- BARATTA, Alessandro, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”. Siglo XXI. México, 1985.
- BECCARIA, Cesare, “De los Delitos y las Penas”. Alianza Editorial, 2000.
- BOBBIO N, “El tiempo de los derechos”. Sistema Editorial. Madrid, 1991.
- CARDEMIL Délano, Cristián, “La libertad de opinión en el Derecho Positivo”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 1981.
- CEA Egaña, José Luis, “Curso de Derecho Constitucional”, Tomo II: Derechos y Deberes Constitucionales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 1999.
- COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, “Estudios sobre Prevención del Delito y Modernización Penitenciaria”, Informe de la Comisión especial investigadora de los problemas carcelarios del país. Cámara de Diputados. Chile, 1992.

- CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, “Contenidos Fundamentales de Derechos Humanos para la Educación”. Santiago, Chile, 1995.
- CHIPOCO, Carlos, “Antología Básica en Derechos Humanos. Una Aproximación Crítica”. Profesor de Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, IIDH, 1994
- DIRECTOR NACIONAL DE GENDARMERÍA, JUAN CARLOS PÉREZ CONTRERAS, “Reglamento Interno de Asistencia Religiosa”, Resolución 250/ex, 24 de enero 2003.
- DWORKIN, Ronald, “Los Derechos en Serio”. Ariel, Barcelona, 1984.
- EVANS, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- FEEST, Dr. Johannes, “La Protección Jurídica en el Ámbito Carcelario Alemán: Derechos y Procedimientos según la ley y su aplicación en la práctica”. Profesor Universidad de Bremen, Alemania. Seminario Internacional: Protección Jurídica en el Ámbito Penitenciario. Universidad de Chile, 21 y 22 de agosto 2003.
- GARRIDO Falla. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GONZÁLEZ Campos, Eleuterio, “Clasificación y tratamiento penitenciario”. www.fiscalía.org
- HORVITZ, María Inés, “Normativa Chilena en el Ámbito Carcelario desde la Perspectiva de los Tratados y Convenios de Protección a los Derechos Humanos”. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Chile. Seminario Internacional: Protección Jurídica en el Ámbito Penitenciario. Universidad de Chile, 21 y 22 de agosto 2003.
- HUMAN RIGHTS WATCH, “Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile”. Colección Nuevo Periodismo, 1998.
- LASABAGASTER, I., “Las relaciones de sujeción especial”. IVAP-Civitas. Madrid, 1994.
- LLAMARES Fernández, Dionisio, “Libertad de Conciencia y Laicidad”, Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- LEGANÉS S, “El Por qué del Tratamiento Penitenciario”. Jurista y criminólogo español. Páginas de Criminología. <http://personal5.iddeo.es/pedrotur/criminologia3.html>
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “Constitución Política de la República”. Editorial Jurídica de Chile. Última actualización 17 de enero 2002.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, Decreto Nº 518 del 22 de mayo de 1998.
- NOVOA Fernández, Danilo, “Las Libertades de Opinión e Información en la Ley 19.733”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS y Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. The King’s College, Universidad de Londres, “Manual de Capacitación en Derechos Humanos para Funcionarios Penitenciarios”.
- PACHECO G., Máximo, “Los Derechos Humanos. Documentos Básicos”. Santiago,

-
- Chile, Editorial Jurídica, 1987.
- PIÑEIRO U., Lorena y SALINERO R., Alicia, "Aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Observaciones en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 1998.
- POLITOFF L., Sergio, "Derecho Penal". Editorial Jurídica Conosur, 1997.
- RIVERA Beiras, Iñaki, Coordinador: "Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos". J.M. Bosch Editor, Barcelona , 1992.
- RIVERA Beiras, Iñaki, "La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La construcción de un ciudadano de segunda categoría". José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- RIVERA Beiras, Iñaki, Coordinador: "Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales". J.M. Editor, 1994.
- RODRÍGUEZ Saez, José Antonio, "Cárcel y Derechos Humanos". El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser. J.M. Bosh Editor. Barcelona, 1992.
- SQUELLA N., Agustín, "Denominación, Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos". Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- VARAS A., Paulino, "Síntesis de la Jurisprudencia en Recursos de Protección 1978-1997". Curso de Derecho Constitucional, 1999.
- WIARDA J., Howard, "The Democratic Revolution in Latin America". University of Massachusetts. Nueva York, 1990.

ANEXOS

ANEXO 1. ENTREVISTAS A LOS INTERNOS

Estas entrevistas realizadas a los internos, en la proporción ya explicada ¹⁸⁹, sólo reflejan la percepción que puedan tener éstos con respecto a sus posibilidades de ejercer las libertades específicas a que nos hemos referido.

1) ¿Cómo ha ejercido Ud. su libertad de expresión?. ¿Cuáles son los medios de información a los que Ud. tiene acceso?

La libertad de expresión al ser un concepto dual, divide su ejercicio en:

- El derecho a informarse: En la *calle 5* (comunidad de tratamiento) en general hay necesidad e interés de informarse de la realidad actual, sobretodo mediante la televisión. El informarse o no depende de cada persona, quien si tiene interés busca los medios, pregunta al funcionario, etc.

En la *población penal* la realidad es otra, la cadena de información es pobre debido a la baja cultura. Es así como los acontecimientos noticiosos se tergiversan al comprarse sólo 2 o 3 diarios entre dos mil personas. Las noticias dadas por televisión en general, son de interés meramente de los adultos y no de los jóvenes.

¹⁸⁹ Ver Introducción, en explicación de la metodología utilizada en esta investigación.

En los *Módulos*, debido a que gran parte de los internos están procesados o condenados por delitos de connotación sexual, se limita con mayor rigurosidad toda clase de información de índole sexual, tanto en revistas como en televisión.

- La libertad de opinión: En la comunidad de tratamiento de la *Calle 5* se puede ejercer la libertad de opinión, pero sólo en cuanto a asuntos de funcionamiento interno.¹⁹⁰ En cuanto a la posibilidad de exteriorizar lo que se piensa realmente, las opciones son limitadísimas debido al temor que existe frente a la amenaza de ser trasladado a la población penal, por lo que existiría autocensura. Para mantenerse en la calle 5 se deben respetar ciertos códigos de conducta, que la mayoría de los internos finge realizar. En casi la totalidad de las respuestas encontramos que se prefiere no decir nada que pueda ser considerado problemático frente a posibles represalias o seguimientos por parte del personal de Gendarmería, pero de todas maneras el trato con los funcionarios es más directo (al igual que con el Área Técnica) y de mayor respeto que en la población penal. Un ejemplo de esta cercanía está dado en el caso de que, de no ingresar materiales para el trabajo en los talleres, se puede hablar con Área Técnica, que se preocupa directamente de aquellos problemas, pero ello sólo depende de la buena voluntad de ese órgano.

En la *población penal* la libertad de opinión es un concepto netamente teórico, no se pueden decir ciertas cosas ni reclamar ante los funcionarios porque las consecuencias y represalias son grandes; e incluso ya los propios internos están acostumbrados a no hacerlo. Los funcionarios según el parecer generalizado, “no escuchan ni creen nada porque siempre van a mirarnos como reos y no como personas”. La posibilidad de opinar se reduce principalmente a los voceros¹⁹¹, que son quienes representan los intereses de la población penal, pero los traslados de estos emisarios a Colina son frecuentes porque estos líderes mueven masas. Los voceros elevan peticiones ante la autoridad administrativa para obtener ciertos avances, tales como la aplicación de la Ley 19.856 para la población penal.

En los *Módulos*, la libertad de opinión es bastante limitada, de hecho en la práctica las repercusiones por determinadas opiniones son notorias, por lo que no se puede llegar y hablar, se debe tener siempre cuidado con lo que se dice, sobretodo si se trata de reclamar de alguna conducta de los funcionarios penitenciarios, pues siempre está presente la amenaza de traslado hacia la población penal o la no obtención de beneficios aún cuando se tenga buena conducta.

- Medios de información

¹⁹⁰ En este sentido, por medio de la observación directa, hemos podido constatar que se dan facilidades para ejercer la libertad de opinión en cuanto a temas de poca importancia que no revisten caracteres de conflictividad para la Autoridad Administrativa, y que dirán mayor relación con la buena voluntad de los funcionarios del área técnica encargada del tratamiento de los internos.

¹⁹¹ El fenómeno de los voceros es bastante actual y representa el interés de los reos que no pertenecen a comunidades de tratamiento, por conseguir mejores estándares de vida. Estos son elegidos entre los mismos internos por un liderazgo natural o por su mayor educación. Ante los reiterados intentos de Gendarmería de trasladarlos al penal de Colina, han adquirido una especie de “inmunidad de hecho”; según nuestro entrevistado, tanto por medio de la interposición de recursos judiciales como por el apoyo masivo de los reos.

En cuanto a los medios de información a los que se tiene acceso, en la *Calle 5* encontramos la televisión, revistas traídas por la Pastoral o la familia, diarios (se venden la Cuarta, las Últimas Noticias y la Tercera) y libros. Con respecto a los libros y revistas, hay discrecionalidad administrativa en su ingreso, es por ello que no entran libros relacionados con política ni revistas pornográficas (en todo caso, Guardia Interna y el Área Técnica aprueban casi todo el ingreso de libros por tratarse de una calle de tratamiento). Además existe una biblioteca para los alumnos de la Escuela del Penal y un diario mural para los internos de dicha calle. La información jurídica es restringida, no se permite el ingreso ni la tenencia de textos legales, como el Reglamento Penitenciario, el Código Penal, e incluso del Diario Oficial. La visión generalizada de los internos frente a este último fenómeno es que la autoridad administrativa tiene miedo a que los reclusos adquieran conocimientos acerca de cuáles son sus derechos y los mecanismos para poder hacerlos valer. En cuanto a la situación procesal, los internos de la calle 5 se informan a través de sus abogados o de la familia.

Los internos de la *población penal* tienen acceso a limitados medios de información, tales como la televisión, a escasas revistas y libros; pero la información sobre todo proviene de fuentes indirectas, de oídas. No tienen tampoco acceso a textos legales ni saben los derechos contenidos por el Reglamento Penitenciario; en la materia, en general, existe una total ignorancia.

En los *Módulos* los internos tienen acceso a la televisión, extendida mediante Sky para quienes tengan los medios económicos suficientes, además de toda clase de periódicos. La información jurídica es igualmente restringida, igualmente a la población penal, (pero de hecho hay internos que tienen ciertos textos legales por haber pagado por su ingreso); en la práctica hay internos que por conveniencia personal no han querido ni siquiera averiguar el porqué no se tiene acceso a información jurídica. En cuanto al ingreso de libros, la discrecionalidad administrativa es lo común, no se dan mayores explicaciones de las razones que se tuvieron para no permitir el ingreso de determinados libros.

2) ¿Cuáles han sido las posibilidades de ejercer una determinada religión? ¿A qué religiones sabe Ud. que se tiene acceso?

Esta es la pregunta que encontró más concordancia entre los internos, porque en general el acceso a la religión (como parte de la libertad de culto) no es algo que esté tan afectado dentro del régimen penitenciario, ya de una manera u otra en las distintas realidades que se viven en el recinto C.D.P Santiago Sur (calidad de vida descendiente en las comunidades de tratamiento, pasando por los módulos, hasta llegar a la población penal), se nota un respeto por el ejercicio de la religión, más que nada en sus dos más importantes vertientes: las religiones católica y evangélica.

Así vemos que, en la *Calle 5* no existen problemas para ejercer la religión, hay respeto para las actividades propias del culto. Las principales religiones que se ejercen son la católica y la evangélica, y ambas ayudan a obtener beneficios.

Por su parte, los internos de la *población penal* tienen posibilidades de practicar su religión, pero éstas se ven limitadas, por ejemplo en el acceso de ministros de culto y religiosas, que aún cuando estén autorizados por el Alcaide, depende finalmente del

funcionario de turno.

En los *Módulos* se tiene acceso a las religiones católica y evangélica sin mayores problemas; en cuanto a la celda de castigo, existen opiniones variadas de si se tiene o no derecho al acceso de un ministro de culto. Privadamente pueden ejercerse otras religiones (se sabe de la luterana y del judaísmo), pero con ciertos obstáculos.

3) ¿Cree Ud. que es posible mantener un orden valórico propio? ¹⁹²

Pudimos constatar, mediante las entrevistas, que en la *Calle 5* se da un fenómeno particular: reúne principalmente a dos tipos de internos; por un lado a quienes mantienen su orden valórico propio y fingen realizar las conductas adecuadas para obtener beneficios y poder continuar en un lugar en donde se cumple la pena al menos más tranquilamente ¹⁹³; por otro lado, hay internos que piensan que realmente las normas y códigos de conducta impuestos por la autoridad administrativa son los adecuados, pues creen que podrían experimentar un cambio en su manera de percibir la vida de acuerdo a la ley, por lo que su nueva forma de actuar es auténtica y no fingida. En el primer caso, hay que demostrar un cambio de personalidad no sólo frente a Gendarmería, sino que también hacia el Área Técnica, para que los informes emitidos por ésta sean favorables a la hora de obtener beneficios.

En la *población penal*, los internos ni siquiera son auténticos entre sí, pues muchas veces mienten para agrandar “el brillo” de los delitos cometidos y la fama que se tiene para crear jerarquías. Esta falta de autenticidad se exterioriza también en el trato que existe con la autoridad administrativa, pues los internos saben qué cosas decir y en qué momento, para poder llegar a tener ciertos logros y mayor respeto.

Los internos de los *Módulos* creen en gran medida de que es casi imposible tener un orden valórico propio que pueda ser aceptado por la autoridad administrativa, acorde con su régimen disciplinario. Aún cuando en este sector no hay tratamiento penitenciario, los internos de igual forma siempre están pendientes de los beneficios a los que pueden acceder, por lo que se cuidan de lo que hablan, sobre todo porque la cárcel es un lugar donde todo se sabe.

4) ¿Cuáles percibe Ud. que son sus derechos?, ¿y cuáles cree Ud. que debieran ser? ¹⁹⁴

En esta pregunta pudimos percatarnos de que la generalidad de los internos no saben a ciencia cierta cuáles son los derechos que tienen y el deber que obliga a la autoridad administrativa de respetarlos, no porque sean un beneficio o regalía ante una

buena conducta, sino porque están regulados y garantizados tanto en el propio

¹⁹² Para una definición de orden valórico propio ver capítulo III.2.2. Con respecto a como se planteó la pregunta a los internos se hizo alusión a las posibilidades de ser auténticos y de exteriorizar, sin tener necesidad de fingir, su personalidad.

¹⁹³ En el capítulo V, relativo al Tratamiento Penitenciario, se denomina a este fenómeno como de “complacencia fingida”

¹⁹⁴ Es útil recordar que los internos no tienen acceso a información jurídica, tal como se vio en el capítulo IV, por lo tanto esta pregunta se enmarca dentro de la percepción de los internos de cuáles eran sus derechos. Al mismo tiempo, la autoridad administrativa no realiza ningún esfuerzo por informar a la población penal acerca de éstos.

Reglamento Penitenciario, como en gran cantidad de acuerdos y tratados internacionales a los cuales nuestro país debe respeto.

En la *Calle 5*, que como hemos visto tiene una situación privilegiada frente a los demás sectores, se perciben como derechos los siguientes: el derecho “a ser persona”, tener visitas, espacio mínimo, poder postular a beneficios, comida diaria, a pensar libremente (no así a exteriorizar dicho pensamiento), a poder educarse y capacitarse. Por otro lado, según los internos de la comunidad debieran tener además derecho a la intimidad, tanto a la sexual como a las posibilidades de espacios propios; a “exteriorizar lo que se piensa sin temor, a una salud y trato dignos y a no ser discriminados”.

En la *población penal* las respuestas fueron notoriamente distintas, así se percibe en la realidad que se tiene derecho a “3 panes y 1 plato de comida, a mantenerse vivo y a dormir en una celda con ropa de cama”. Consideran que sus derechos debieran ser el respeto por las familias y visitas, pues creen que este es el principal nexo para un cambio; “derecho a una salud digna, a ser tratado como persona y a no recibir malos tratos”.

Los internos de los *Módulos* por su parte consideran que sus derechos son “poder comer, tener un mínimo de acceso a la salud y recibir un trato digno”. Los derechos debieran ser poder estudiar una profesión, tener claridad en el tiempo de cumplimiento de las penas, que se respeten y den respuesta a los procedimientos legales y administrativos de reclamo, tener acceso a textos legales y a la información referente a sus causas y tener derecho a una buena asistencia del personal técnico.

5) ¿Cuándo ha sentido de manera más evidente que han sido vulnerados sus derechos?

Los internos de la *Calle 5* sienten vulnerados sus derechos cuando no pueden seguir estudiando y cuando “sienten que no puedes gozar ciertos derechos de manera digna, como el derecho a la salud o a poder trabajar con una remuneración justa”. Pero en general, las personas que forman parte de esta comunidad está conforme con la calle, más si la mayoría de ellos pasó antes por la población penal.

Por el contrario, en la *población penal* existe una sensación de vulnerabilidad frente a las “condiciones paupérrimas” del encierro y hacinamiento, por lo que muchos internos sienten que hay mucha burocracia para poder llegar a alguna calle de tratamiento o trabajo. En todo caso, las respuestas en gran medida, apuntaron a que las agresiones físicas, la incomunicación en celda de castigo y la prepotencia de los funcionarios son las principales causas de vulneración de derechos.

En los *Módulos*, las agresiones físicas y psicológicas, sobretodo estas últimas por la seguridad (ejercida estrictamente por personal de Gendarmería) que existe en aquellos sectores, además de las amenazas constantes de traslado, ya sea a Colina o a la población penal y el hecho de que las celdas de castigo no sean personales ni se investiguen las causas de los problemas, son los focos de atención de los internos frente a la posición de la autoridad administrativa de no tener mayor fiscalización sobre sus actos.

6) ¿Cuáles son las instancias de reclamo dentro del C.D.P. Santiago Sur?,

¿cuál ha sido el resultado?

En esta pregunta no cabe hacer la distinción entre un sector u otro del recinto penitenciario, debido a que las respuestas fueron similares. Casi todas apuntaban a la impactante realidad de que no se sabe con certeza cómo se ejercen las instancias de reclamo o de queja, ya que no se maneja el Reglamento Penitenciario. En caso de que se sepan, aún no con detalle de cuáles son los conductos regulares de reclamación, los internos prefieren hacerse a un lado para evitar represalias o seguimiento por parte de la autoridad administrativa y con mayor razón si se es rematado, pues no tienen posibilidades de defensa. Tanto en las comunidades de tratamiento, como en los Módulos, al existir mejor calidad de vida, las represalias van dirigidas más que nada a la amenaza latente de ser trasladados. En la población penal son más directas, se traducen generalmente en agresiones físicas, ya sea por personal de gendarmería como por los mismos internos, por lo que en este sector incluso se teme pedir algo o preguntar por las instancias de reclamo, lo que es un claro ejemplo de autocensura frente a una autoridad que en la materia es juez y parte.

Existen distintas versiones de los que debe entenderse por el “conducto formal” de reclamo, no sabiéndose que no existe una sola manera de elevar peticiones, quejas o reclamos. En cuanto a las instancias internas la mayoría señala que debe efectuarse un escrito ante el Jefe de Sector, entregado antes al suboficial, quien decide a su absoluta discrecionalidad si entrega ese escrito o simplemente se pierde. De estos reclamos, por regla general, no se sabe nada, no hay respuesta ni justificaciones y si tratan específicamente de quejas sobre un funcionario, se considera al interno problemático y hay ocasiones en que se traslada. Por otro lado, las instancias externas se traducen en las reclamaciones y peticiones ante las autoridades competentes, mediante recursos legales, tales como el recurso de amparo o el recurso de protección. Tales escritos se entregan a un funcionario o las visitas, el tribunal pide informe a Gendarmería de los hechos, por lo que casi siempre se falla a favor de la autoridad administrativa, en base al informe.

ANEXO 2

El objeto de este anexo es ayudar a la construcción del Control de la actividad administrativa por parte de la Jurisdicción, como ya se ha planteado en extenso en el capítulo VII de esta investigación. Para esto se analizarán cuales son los principios informadores del proceso penal que deben ser considerados aún en la etapa de ejecución de la pena.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

Sin duda alguna, en virtud de la Reforma Procesal Penal llevada a cabo en nuestro país, por medio de la Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000, la cual establece el Código Procesal Penal, más un conjunto de leyes que regulan la labor del Ministerio Público, de

la Defensoría Penal Pública, nuestro ordenamiento jurídico, se acerca un poco más a una consagración de los derechos fundamentales como estaba siendo común a nivel de los Instrumentos Internacionales ratificados por Chile pero que aún no tenían un respaldo normativo en nuestro país que permitiera su consagración pacífica en nuestro ordenamiento jurídico. Por ende, para llevar a cabo un análisis adecuado de los principios y garantías del sistema procesal chileno dentro de la ejecución de la pena privativa de libertad debemos hacerlo desde la perspectiva de esta reforma.

Sin embargo, será fundamental para el análisis que viene a continuación partir de la premisa de que, luego de la firmeza de la sentencia, estamos frente a la fase ejecutiva del proceso penal por lo que sólo serán tomados en cuenta aquellos principios que tengan relevancia dentro de ésta.

1 Principio de contradicción, igualdad y legalidad

Consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 N°3, inciso segundo, inciso 1 y los artículos 6° y 7° respectivamente, de nuestra Constitución, y su relevancia, en el caso que nos ocupa ahora, es que nadie pueda quedar sin la posibilidad efectiva de acceder a la Jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones¹⁹⁵. En lo que respecta a la vigencia del principio de contradicción en la ejecución penal según algunos autores¹⁹⁶, no regiría en esta fase, puesto que el condenado no puede contradecir frente al Estado, al ser el titular del derecho a castigar, y sólo podría, el recluso exigir que la pena se cumpla del modo prevenido por la ley y a instar los incidentes en la ejecución que sean procedentes. Claramente podemos observar que frente a la Administración el recluso debe tener la posibilidad de hacer valer sus intereses mediante el efectivo acceso a la jurisdicción, y en este sentido podemos afirmar que el principio de contradicción en lo que respecta a la fase ejecutiva del proceso penal, y sobretodo en el caso de la pena privativa de libertad cuando se produzcan afectaciones a derechos fundamentales. Así mismo va a ser fundamental que las partes se encuentren en igualdad de medios de ataque y de defensa, e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.

2 Principio Acusatorio.

Pese a que este principio es propio de la fase de la persecución penal¹⁹⁷, esto es desde el inicio de la etapa de investigación hasta la dictación de la sentencia, se hace especialmente relevante en la medida de que solucionaría uno de los principales problemas a los que se ven enfrentados los reclusos en la protección de sus derechos, esto es que quien acusa y juzga sean una misma persona, que en el caso de nuestro ordenamiento penitenciario cae en manos de la administración. Por medio de este

¹⁹⁵ Iñaki Rivera Beiras. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 246.

¹⁹⁶ Como por ejemplo Moreno Catena en "La ejecución de las penas privativas de libertad". Derecho Procesal, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia. 1990 Pág. 748.

¹⁹⁷ Seguiremos acá la clasificación realizada por María Ines Horvitz Lennon y Julian López M. Según estos la estructura de los principios y garantías del sistema procesal penal son 1) Principios de la persecución penal, 2) Garantías individuales ante la persecución penal. En Derecho Procesal Penal, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Págs.

principio sólo queremos señalar que es necesaria, para una verdadera imparcialidad en las decisiones que signifiquen restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos, una diferenciación entre la Administración, que en algunos casos, como es el de las sanciones disciplinarias, acusa, o propone ciertas medidas o restricciones pero es el órgano imparcial e independiente de carácter judicial, el que decide. Esto es por un lado ya que, por el otro no debemos desconocer, de acuerdo a las competencias que observamos más arriba, hay ciertas facultades que tendrá que realizar de oficio, propio de un sistema inquisitivo. Sin embargo lo anterior sólo se debe entender desde el punto de vista de que estos principios pueden ser rectores de una futura reforma de nuestro sistema penitenciario en lo referente al control de la ejecución de la Administración Penitenciaria.

3 Garantías individuales dentro de la fase ejecutiva del proceso penal de la organización judicial.

Según los tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se reconocen tres garantías individuales de la organización judicial, el derecho al *juez independiente*, lo cual será fundamental para la efectiva protección de derechos fundamentales en el caso de que haya desacuerdo con los actos o decisiones de la Administración Penitenciaria, al *juez imparcial*, lo que dice especial relevancia con la absurdas consecuencias que resultan de que las restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos estén en manos de la discrecionalidad absoluta de la Administración Penitenciaria, que en gran parte adquiere un compromiso formal, como ya lo vimos al tratar el tratamiento penitenciario, por darle preponderancia a ciertos valores como el de la seguridad o el orden por encima de los intereses legítimos de los reclusos, y por último, el derecho al juez natural, esto es que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” lo que, de acuerdo con nuestro postulado de que la ejecución de la pena privativa de libertad sigue siendo parte del proceso penal en su totalidad, muestra la necesidad de contar con un juez de ejecución que vele por la legalidad de la ejecución y salvaguarda de los derechos de los internos.

4 Garantías generales del procedimiento en la ejecución de la pena privativa de libertad.

La primera de estas es el **derecho al juicio previo** reconocida en el artículo 19 N° 3, inciso 5° del la Constitución chilena, que señala que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.Esto significa, como primer alcance, y esta es la consecuencia más importante de esta garantía al nivel de la protección de los derechos fundamentales de los internos de los centros penitenciarios, que se debe fundar la idea de juicio sobre la noción de juicio lógico, esto es de “conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas” propio del procedimiento racional de restricción de los derechos por medio de ciertas valoraciones que deben ser fundamentadas por el órgano decidor.

A continuación, como segundo alcance del derecho al juicio previo, nos encontramos con la garantía del proceso previo legalmente tramitado (*nulla poena sine processu*), tomando en cuenta la mediatez de la conminación penal, vale decir, el poder penal del

Estado no habilita a la coacción directa, “sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada autorizando al Estado a aplicarla”¹⁹⁸. Si relacionamos lo anterior con nuestra negación de la supuesta relación de sujeción especial en la que se encontraría el recluso ante la Administración Penitenciaria, no existiría ningún argumento por el cual se pudiera sostener que el recluso se encuentra en una situación desfavorecida en donde puede ser víctima de coacciones directas.

Lo anterior dice relación con la necesidad de, en caso de integrar a nuestro Poder Judicial la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria se norme el procedimiento legal, que garantice la eficacia de los principios en cuestión, por medio del cual llegará a sus resoluciones, tomando en cuenta lo señalado con respecto a las dificultades de la realidad española con respecto a este punto.

La segunda de estas garantías es el **derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable**, esto es el derecho a un procedimiento sin las dilaciones indebidas lo que va a ser fundamental dentro del control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad sobretodo cuando resuelva por vía de recurso, petición o queja, ya que mientras el Juez no resuelva el interesado se verá, la mayoría de las veces, gravemente afectado en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Además, la situación se agrava si tomamos en cuenta que muchas veces, dentro de la cárcel, el proceso de dilatará doblemente, ya que, si el tribunal conoce por vía de recurso, el recluso, en la mayoría de las ocasiones, también será víctima de la dilación llevada a cabo por la Administración.

Este derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas está reconocido por nuestro ordenamiento en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que reconoce el derecho de **toda persona** a ser juzgada dentro de un plazo razonable y en el artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una definición adecuada de este derecho es la señalada por Gimeno Sendra, que lo define como “un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aún cuando en su ejercicio hayan de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad”¹⁹⁹, y aunque no puede aplicarse la última parte de esta definición, sólo en el sentido de que el recluso seguirá impedido, en la mayoría de los casos, de terminar la ejecución de la pena privativa de libertad podemos entender que en su caso lo que se hace es reestablecer el imperio del derecho o la correcta aplicación de la pena privativa de libertad.

En tercer lugar, como una de las garantías generales más importantes del procedimientos dentro de esta etapa de ejecución, está el **derecho a la defensa**, al nos

¹⁹⁸ María Ines Horvitz Lennon y Julian López M. “Derecho Procesal Penal”, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 65.

¹⁹⁹ María Ines Horvitz Lennon y Julian López M. “Derecho Procesal Penal”, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 72.

referiremos en forma breve debido a que ya se trató en el capítulo referido al status jurídico del recluso y las consecuencias de las llamadas relaciones de sujeción especial en la posibilidad de asistencia letrada. En este caso se trataría de una de las facetas del principio de contradicción, sobretodo en la medida de que en el caso de los centros penitenciarios la casi absoluta indefensión de los reclusos es la principal obstaculización para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Es por eso, y de acuerdo a lo ya señalado, este principio, junto a la posibilidad de asistencia letrada gratuita cuando corresponda, van a ser dos pilares fundamentales en el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos.

Según lo señalado por María Inés Horvitz esta garantía se agrupa en dos grandes aspectos, las garantías relativas al derecho de defensa material que estaría integrado por derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento, ente otros, y por garantías relativas al derecho a la defensa técnica, que estaría integrado por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos y facultades del defensor mismo. En este sentido ya señalamos que no sólo basta la posibilidad de defensa sino que esta debe ser efectiva sobre todo por la gran complejidad técnica de la Administración Penitenciaria.

Con respecto al **derecho a la presunción de inocencia** es claro que en esta etapa del proceso penal, como conocemos este derecho, ya que termina con el establecimiento legal de la culpabilidad del autor, lo que es la regla general de los reclusos, salvo aquellos que se encuentran en prisión preventiva, no rige. Sin embargo sostendremos que en la medida de que las sanciones disciplinarias también implican afectación a derechos de los reclusos como así también decisiones o ciertos actos de la Administración pueden ser de naturaleza sancionatoria, independiente de la condición procesal del recluso, deben ir aparejadas de la vigencia del principio de inocencia para su imposición, sobretodo en la medida de que esto significa una carga probatoria en contra de la Administración quien deberá probar y justificar en caso de que pretenda realizarlas, esto es que si no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal el acusado deberá ser absuelto de la medida impuesta o que se pretendía imponer. El principal efecto con respecto a la pérdida del derecho a la presunción de inocencia será el deber del Estado de rehabilitar y de someter a tratamiento a aquellos reclusos que voluntariamente lo deseen pero esto no significa la absoluta desventaja de los reclusos con respecto a los actos administrativos penitenciarios.

5 Garantías del juicio en el procedimiento de control de la ejecución de la Actividad Administrativa Penitenciaria.

Acá nos referiremos a dos garantías propias del proceso penal propiamente tal que actúan en complemento con los principios anteriormente señalados, la primera de estas es el **derecho al juicio público**, según C. Roxin, el fundamento de la publicidad es el consolidar la confianza pública en la administración de justicia, fomentar la responsabilidad de los órganos de administración de justicia y evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y, con ello, en la sentencia²⁰⁰. Además ha sido consagrado en el artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos

²⁰⁰ María Ines Horvitz Lennon y Julian López M. "Derecho Procesal Penal", Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 90.

Humanos, como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo en el Código Procesal Penal en su artículo 1° inc.1°, 2^a parte, declara “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

Con respecto a la importancia de este principio dentro de la realidad penitenciaria chilena debemos señalar que es fundamental para evitar el oscurantismo con el cual ha actuado la Administración Penitenciaria así como la absoluta discrecionalidad con que cuenta ésta para realizar sus actuaciones.

En segundo lugar, es de vital importancia el **derecho al juicio oral**, reconocido con rango legal en el artículo 1° del Código Procesal Penal, lo que se considera una garantía indisolublemente asociada a la garantía de publicidad. Es por eso que el derecho a un juicio oral impone la exigencia de que el fundamento de una sentencia sólo puede provenir de un debate público e inmediato²⁰¹. Lo anterior se relaciona con el **principio de intermediación** que impone que el sentenciador sólo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba²⁰². Este principio comprende dos aspectos, el de la **intermediación formal** que sostiene que la recepción de la prueba debe realizarla sin posibilidad de que el tribunal la delegue en otro órgano y el de la **intermediación material** que obliga al tribunal a extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que pueda utilizar equivalentes probatorios.

A modo de conclusión diremos que las garantías estudiadas someramente deberán guiar la adopción de aquellos órganos que controlen la actividad de la Administración Penitenciaria y sobretodo el procedimiento por medio del cual se normará la actividad de estos tribunales. Además de señalar cuales son las garantías del proceso penal que tienen relevancia y vigencia dentro de la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad debemos justificar a nivel de los derechos fundamentales la necesidad de el control jurisdiccional de la Administración Penitenciaria.

²⁰¹ Ibidem. Pág. 94.

²⁰² Roxin, C. Derecho Procesal Penal, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. Pág. 102.