



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

ESTADO ACTUAL DEL DERECHO PENITENCIARIO EN CHILE

BASES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA REFORMA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN

CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

KAREN DENISSE ARÉVALO LEAL

VICENTE ENRIQUE GONZÁLEZ GUTIÉRREZ

Profesor Guía: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile 2015

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
RESUMEN.....	13
INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO I	
APROXIMACIONES AL PROBLEMA PENITENCIARIO.....	18
1.1. La privación de libertad como pena.....	18
1.1.1. Introducción.....	18
1.1. 2. Los orígenes del encierro: La institución.....	20
1.1.3. Los orígenes del encierro: Una mirada historicista.....	23
1.1.3.1. Inspiración mítica.....	23
1.1.3.2. Antecedentes históricos.....	25
1.1.3.3. El papel de los pobres.....	30
1.1.3.4. Una nueva racionalidad penal.....	37
1.1.4. Interdisciplinariedad.....	43

CAPÍTULO II

EL DERECHO PENITENCIARIO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS GENERALES.....	48
---	----

2.1. El derecho penitenciario.....	48
2.1.1. Concepto.....	49
2.1. 2. El derecho penitenciario: ¿Técnica o derecho?.....	54
2.1.3. Naturaleza jurídica del Derecho penitenciario.....	56
2.2. Principios informadores del derecho penitenciario.....	61
2.2.1. Principio de legalidad.....	62
2.2.1.1. El sentido genérico de la garantía ejecutiva.....	62
2.2.1.2. Fundamento y origen del principio de legalidad....	63
2.2.1.3. Fórmulas normativas del principio.....	65
2.2.2. Control judicial.....	68
2.2.3. Humanidad.....	75
2.2.4. Principio de Resocialización.....	77

CAPÍTULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO.....	81
--	----

3.1. Introducción.....	81
------------------------	----

3.2. Constitución Política de la República.....	86
3.3. Tratados internacionales ratificados por Chile y normas penitenciarias.....	91
3.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	91
3.3.1.1. Igualdad.....	92
3.3.1.2. Legalidad.....	93
3.3.1.3. Humanidad de las penas.....	93
3.3.1.4. Vigencia de los derechos.....	94
3.3.1.5. Limitaciones a los derechos.....	95
3.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	95
3.3.2.1. Derecho a la libertad y seguridad personales.....	95
3.3.2.2. Cumplimiento de las penas privativas de libertad.....	97
3.3.2.3.- Normas accesorias.....	98
3.3.2.4.- Derecho de las personas condenadas a muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena.....	98
3.3.2.5.- Reafirmación de Derechos Fundamentales.....	99
3.3.3.- Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.....	100
3.3.3.1.- Derecho a la integridad personal.....	100
3.3.3.2.- Prohibición de la esclavitud y servidumbre.....	102

3.3.3.3.- Caso especial del artículo 8.....	103
3.3.3.4.- Derechos <i>erga omnes</i> también aplicables a los privados de libertad.....	105
3.3.4.- Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.....	106
3.3.5.- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.....	108
3.3.5.1.- Principio de legalidad. Información. <i>Non bis in idem</i>	108
3.3.5.2.- Prohibición de tortura y malos tratos.....	108
3.3.5.3.- Principios que regulan la aplicación de sanciones administrativas.....	109
3.3.5.4.- Derechos económicos, sociales y culturales de los privados de libertad.....	111
3.3.6.- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos....	112
3.3.7.- Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión...	112
3.3.8.- Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.....	113
3.4.- Adecuación de la normativa: Leyes relativas al ámbito penitenciario y de ejecución de la pena.....	114
3.4.1. Código Penal.....	115

3.4.2. Código Procesal Penal.....	117
3.4.3. Código Orgánico de Tribunales.....	119
3.4.4. Ley Orgánica de Gendarmería.....	119
3.4.4.1.- Título Primero.....	120
3.4.4.2.- Título Segundo.....	121
3.4.4.3.- Título Tercero.....	122
3.4.5. Ley 18.216: Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.....	122
3.4.6. Ley 19.856: Crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta.....	128
3.4.7. Ley 20.084: Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.....	129
3.5. Reglamentos aplicables en materia de ejecución penal.....	134
3.5.1. Decreto Supremo N° 518: Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.....	134
3.5.1.1.- Título I “De los Establecimientos Penitenciarios”.....	135
3.5.1.2.- Título II “Del Régimen Penitenciario”.....	136
3.5.1.3.- Título III, “Derechos y las obligaciones de los internos”.....	139

3.5.1.4.- Título IV, “Disciplina en los establecimientos penitenciarios”.....	142
3.5.1.5.- Título V, Sobre las actividades y acciones para la reinserción social.....	144
3.5.1.6.- Título VI La Administración de los Establecimientos Penitenciarios.....	147
3.5.2.- Decreto Ley N° 409: Establece normas relativas a Reos.....	147
3.5.3. Decreto Supremo N° 64 de 1960 sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes.....	148
3.5.4. Decreto Ley N° 321: Establece la Libertad Condicional para los penados.....	149
3.5.5. Decreto Supremo N° 2442, de 1926. Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.....	150
3.5.6. Decreto Supremo N° 542: Crea el Patronato Nacional de Reos, con domicilio en Santiago, y los Patronatos de Reos de la República.....	152

CAPÍTULO IV

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.....154

4.1. Antecedentes.....	154
4.2. ¿Cuál es el objeto de protección?.....	156
4.3. Mecanismos de protección.	160
4.3.1. Mecanismos constitucionales de protección.....	161
4.3.1.1. Recurso de protección.....	161
4.3.1.1.1. Derechos específicos protegidos y objetivos.....	162
4.3.1.1.2. Requisitos de interposición y forma de tramitar el recurso de protección.....	164
4.3.1.2. Recurso de amparo.....	169
4.3.1.2.1. Objetivo de la interposición de este recurso para los privados de libertad y clases de recursos que se pueden interponer.....	169

4.3.1.2.2. Requisitos de interposición y forma de tramitación del recurso de amparo.....	172
4.3.1.3. Examen de admisibilidad de los recursos constitucionales interpuestos por los privados de libertad.....	173
4.3.1.3.1. Resoluciones que declaran inadmisibles un recurso.....	174
4.3.1.3.2. Examen sustantivo de los recursos interpuestos ante las Cortes respectivas.....	179
4.3.1.3.3. Situaciones por las cuales no se admite el recurso interpuesto.....	181
4.3.1.3.4. Apelaciones presentadas ante la Corte Suprema.....	185
4.3.2. Mecanismos de protección establecidos en los instrumentos internacionales.....	186
4.3.2.1. Derecho a efectuar Peticiones y Quejas...	187
4.3.3. Mecanismos de protección infra constitucionales.....	189
4.3.3.1. Protección establecida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios:.....	189

4.3.3.2. Control de ejecución penal realizado por el Juez de Garantía. Revisión audiencia control de garantías.....	192
4.4. Defensoría Penal Pública como institución encargada de velar por los derechos fundamentales de los privados de libertad.....	194
4.4.1. Derecho a la defensa.....	194
4.4.2. Creación, organización y servicio que presta a la comunidad.....	196
4.4.3. Defensa penitenciaria como área especializada de la Defensa jurídica.....	198
4.4.4. Defensa de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario.....	200

CAPÍTULO V

ESTADO ACTUAL DE LA REFORMA AL SISTEMA PENITENCIARIO.....	204
5.1. Política criminal y la búsqueda de una ley penitenciaria.....	204
5.1.1. Reglamento penitenciario de 1993.....	204
5.1.2. Primer proyecto para una ley penitenciaria.....	207

5.1.3. La Reforma del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.....	217
5.1.4. Génesis y contenido el segundo proyecto de una ley penitenciaria.....	223
5.1.5. Modificación de la agenda corta del Gobierno.....	233
5.1.6. Continuidad en elaboración de una ley de ejecución de penas.....	236
5.1.7. La ampliación del proceso de discusión.....	243
5.1.8. Resistencias al proyecto y propuesta alternativa.....	249
5.1.9. Perfeccionamiento del proyecto.....	254
5.1.10. Paralización del proceso legislativo.....	256
5.1.11. Reinicio del proceso legislativo.....	258
5.1.12. Proyecto alternativo del sindicato.....	259
5.1.13. Otros procesos.....	261
5.1.14. El Gobierno de Sebastián Piñera y la política criminal...	264
5.2. Análisis de los proyectos de ley.....	267
5.2.1. Preámbulo explicativo.....	268
5.2.2. Cuadro comparativo entre proyecto MINJU+ GTZ y proyecto GENCHI.....	269
5.2.3. Comentarios respecto a la comparación de los proyectos MINJU+GTZ y GENCHI.....	283

5.3. Situación actual del derecho penitenciario en nuestro país.....	287
CONCLUSIONES.....	293
GLOSARIO.....	297
BIBLIOGRAFÍA.....	298

RESUMEN

En nuestro país, desde el año 1993 se han generado intentos tanto doctrinarios como legislativos por modificar la situación a que están sometidos los privados de libertad, destacando en este trabajo el actual Reglamento Penitenciario chileno, contenido en el Decreto 518.

Sin perjuicio de lo expresado, dicho Decreto presenta un sinnúmero de falencias que no han generado un cambio significativo de la realidad a la que están sometidos los usuarios de las cárceles en Chile.

Dado lo anterior, se ha planteado la creación de una Ley de Ejecución de Penas, que permitiría generar un avance en el campo penitenciario, mas, como muchos intentos, no ha logrado concretarse normativamente.

Debido al poco avance de los proyectos presentados, es que nos permitimos realizar el presente estudio, que tiene por objeto contribuir al conocimiento del estado actual del derecho penitenciario y desde esa perspectiva, representar una base en la discusión en torno a la reforma del mismo.

INTRODUCCIÓN

Frecuentemente es señalado tanto por los medios de comunicación, la literatura especializada y la misma experiencia de quien observa el desarrollo de la vida en el ámbito penitenciario, que los derechos del privado de libertad no son respetados de manera frecuente. Es más, podemos recalcar que es un ser vulnerable en cuanto al ejercicio de sus derechos, incluso, carente de la condición de persona.

Desde 1993, ha habido intentos tanto doctrinarios como legislativos por modificar la situación a que están sometidos los privados de libertad, principalmente dentro de los resultados de dichas búsquedas, podemos destacar el Reglamento Penitenciario chileno, que está contenido en el Decreto 518. Este Reglamento en su artículo 4° indica su intención de llevar a la práctica los compromisos asumidos por Chile en los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos; sin embargo, dicho intento presenta muchas falencias y su explícita declaración de intenciones no ha generado un cambio significativo de la realidad a la que están sometidos los usuarios de las cárceles en Chile.

Más recientemente, se ha planteado la creación de una Ley de Ejecución de Penas, lo que vendría a ser un gran avance por varios motivos:

Primero, cumpliría con un principio fundamental como es el principio de legalidad, el cual nos permite entender que la creación de dicha norma se corresponde con un Estado Democrático de Derecho; segundo, se intentaría establecer una legislación más acorde a la realidad actual; tercero, buscaría establecer un sistema moderno, tomando como modelos la legislación comparada y asesorándose por organismos internacionales, lo cual nos permite tener en cuenta sus aciertos y errores; y finalmente, contemplaría la creación de un Juez de Ejecución de Penas, otorgándole un carácter independiente del Juez de Garantías del actual procedimiento penal (quien hasta ahora era el que cumplía el rol más cercano, principalmente a través del procedimiento de la cautela de garantías). Este proyecto presenta en resumen, una serie de ventajas que permitirían generar un avance en el campo penitenciario, mas, como muchos intentos, no ha logrado concretarse normativamente.

Dado el poco avance o la demora de los proyectos presentados, es que nos permitimos realizar el presente estudio, que tiene por objeto contribuir al conocimiento del estado actual del derecho penitenciario y desde esa perspectiva, representar una base en la discusión en torno a la reforma del sistema penitenciario.

Como problema principal, es del caso señalar que en nuestro derecho si bien convergen variados estatutos específicos que tratan, en particular, cada rama del derecho, clasificando su objeto de estudio en la medida que se aproxime o no

a los criterios que el mismo estatuto particular determina, esa metodología se aparta en el estudio del derecho penitenciario. A mayor abundamiento, este derecho, siendo una rama hermana del derecho penal y procesal penal, contiene objetivos propios y diversos que le otorgan la categoría de estatuto jurídico específico, situación que claramente debiera ser reconocida legalmente, no permitiendo que el sistema penitenciario someta sus directrices al mero reglamento, cuyo contenido dista de ser poco acabado y con objetivos dispersos o mejor dicho, sin una definición clara de su objeto de estudio.

A su vez, entendemos que aparte de la tibia regulación de la materia, la misma dista mucho de ser concordante con nuestra Carta Fundamental pues en muchos de sus preceptos se opone sustancialmente a los fines y principios establecidos por ésta. Por lo anteriormente expuesto, es que consideramos urgente tratar la doble problemática que envuelve nuestro sistema penitenciario chileno, entendiendo a éste como una rama particular del derecho nacional.

En relación a lo anterior, consideramos esencial fijar claramente el objeto de estudio de este sistema, reconocer sus características propias y esenciales y en definitiva, analizar la interacción que tienen otras ramas de las humanidades con el mismo; pues no hay que dejar de lado que un sistema penitenciario sólido no debe escapar de sus objetivos, que apuntan al tratamiento del ser humano en calidad de ser privado de libertad ambulatoria y no como un ser, que por dicha

restricción, se vea impedido de ejercer los otros derechos constitucionalmente consagrados.

Luego, tomando la necesidad de reforma al sistema penitenciario como punto de partida, nuestro problema a resolver es en principio, sobre la judicialización de la pena, esto es, si es necesario que haya un juez a cargo del cumplimiento de la pena. Esta interrogante nos lleva a tener que optar entre dos sistemas que podrían sustentar una reforma en el ámbito penitenciario: Por un lado, un procedimiento de índole administrativa, que se identificaría con la figura de un Juez de vigilancia penitenciaria; y por otro, un procedimiento de índole jurisdiccional, que se personificaría en el Juez de ejecución de penas.

Para responder con propiedad, tendremos que indagar en las diferencias de un procedimiento administrativo y un procedimiento judicial. Cuáles son las ventajas y desventajas de uno y otro. Con ello en mente, revisaremos algunos anteproyectos de ley que nos muestran los dos modelos propuestos, realizando una contraposición entre ellos.

Finalmente se presentará la posibilidad de una reforma mediante dos opciones: una reforma al sistema que atendería a la creación de una Ley completamente nueva, o a una adecuación de la normativa vigente.

CAPÍTULO I

APROXIMACIONES AL PROBLEMA PENITENCIARIO

1.1. La privación de libertad como pena

1.1.1. Introducción

La trascendencia del castigo, traspasa las fronteras del derecho llegando incluso a la literatura, haciendo que escritores del calibre de León Tolstoi se pregunten el por qué unos hombres se creen con razón y poder para encarcelar a otros¹. Una pregunta que nos puede llevar a una reflexión sobre el origen de la cárcel en cuanto que idea de encierro; sin embargo, más que una pregunta sobre la cárcel, es una interrogante de índole antropológica. Luego, la pregunta nos lleva no tanto a los orígenes concretos de la pena de prisión sino a los del derecho penal.

Existen debates que se centran en la posibilidad de un derecho penal primitivo, en el cual se encuentran posturas que rechazan la distinción tajante entre una mentalidad moderna y otra de carácter primitiva. En la tosquedad emotiva de las comunidades primitivas no cabía una posición subjetiva a la hora de juzgar los delitos, aquí predominaba una imputabilidad a la responsabilidad

¹ TOLSTOI, León, 1899, Resurrección.

colectiva, cuestión cuya existencia es innegable entre las sociedades modernas, llamadas civilizadas.²

Las sanciones son tan antiguas como la sociedad humana. En términos prácticos, hemos de entender que el castigo es la pena que el Estado impone a quien ha cometido un delito, siendo delitos los actos que el Estado mismo define como tales. En las sociedades prehistóricas, los delincuentes eran juzgados y castigados por la sociedad y se consideraban delitos los actos que la ponían en peligro. Al crecer los poblados, surgió la necesidad de estructuras sociales permanentes y la venganza individual o de clan fue remplazada por el castigo del Estado. Los delitos siguieron siendo actos que amenazaban la estabilidad de la comunidad, pero también se les identificó más estrechamente con los que amenazaban el poder económico y político de la élite dominante.

Los métodos primordiales de castigo —prisión, pena corporal y muerte— no han cambiado desde la antigüedad, aunque su práctica y justificación legal pueden diferir de una sociedad a otra. El único avance real en la práctica penal tuvo lugar en el siglo XVIII, cuando la tortura judicial llegó a su fin en Europa y la prisión se convirtió gradualmente en el principal castigo o único método para castigar los delitos graves.

² HENDLER, E.S. 1994. "El derecho penal primitivo y su supuesta evolución", en: Cuadernos de política criminal N°54. Madrid, Edersa. pp. 1211-1217.

El auge de las cárceles correspondió a poner un nuevo énfasis, al menos en cierto grado, en la reforma del criminal. Aunque pronto saltaron a la vista los inconvenientes de la cárcel, hasta ahora ha sido imposible hallar otra opción.

1.1.2. Los orígenes del encierro: La institución

El castigo existe desde que existe la vida humana. En los grupos tribales primitivos, la comunidad asumía la responsabilidad de castigar lo que consideraba delito. Sin embargo, la aparición de la agricultura y el establecimiento de aldeas, poblados y finalmente ciudades dieron origen a élites religiosas y civiles, las cuales promovieron códigos morales y sociales de conducta y castigaron a quienes los transgredían.

La privación de libertad o “prisión” como pena e institución, nace no muy atrás en el tiempo y puede ser considerada una pena moderna: para unos (como Foucault) aunque la forma cárcel es muy antigua, la pena de prisión y su institucionalización fue formulada por el pensamiento ilustrado y triunfó en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo. A fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se sustituye una penalidad suplicial³, propia del despotismo absoluto, por otra más apropiada a la nueva sociedad contractual, la que extorsiona el

³ La penalidad suplicial se basaba en la necesidad de castigar al transgresor, porque sólo así se podría evitar una calamidad futura que pusiera en peligro la organización social. Es debido a ese temor de peligro futuro que el castigo debe ser espectacular y cruel, y provocar así en los espectadores una inhibición total de imitarlo.

tiempo del reo (el castigo pasa a ser una economía de derechos suspendidos). Otros autores como Ferrajoli, sostienen que nació a partir de los planteamientos liberales reaccionarios de mitad del siglo XIX y sobre todo con el fin de la codificación.

Explicaciones formalistas como las de Elías Neuman sostienen que “hubo un período anterior a la sanción privativa de libertad en el que el encierro sólo era un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio⁴, y después, a partir del siglo XVI, con algunos antecedentes, comienzan sucesivas etapas: un período de explotación por parte del Estado de la fuerza de trabajo de los presos, un período correccionalista y moralizador desde el siglo XVIII y a lo largo del XIX, y un período final marcado por los objetivos resocializadores sobre la base de la individualización penal y de distintos tratamientos penitenciarios y post penitenciarios”.⁵

Autores como Oliver Olmo comparten la opinión de García Valdés señalando que el historiador no debe despachar el asunto opinando sobre el triunfo generalizado de la cárcel como pena privativa de libertad a lomos de un proceso progresivo y supuestamente humanizador de las sociedades, porque así es perfectamente comprensible que se quiera ver los encierros anteriores al

⁴ Ello se corresponde con el principio: “*Carcer eni, ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*”, esto es: “Las cárceles sólo existen para la custodia de los hombres y no para su castigo”.

⁵ NEUMAN, E. 1984. “Prisión abierta”. Buenos Aires, Depalma. p.9.

ordenamiento moderno, como meros antecedentes e incluso “luces” en las sombras de un larguísimo pasado negro y despreciable. En las actitudes negativas hacia el pasado, suele esconderse con demasiada frecuencia una cultura de satisfacción hacia lo presente.^{6 7}

Existen posturas como la de René Girard, quien culpa a la Modernidad el haber construido una noción tan negativa de la mentalidad arcaica. Para Girard si del sacrificio en las comunidades primitivas colegimos que, en el orden de la reparación del daño hecho a los dioses y a la comunidad, no era otra cosa que venganza colectiva e irracional, entonces, por qué no nos planteamos si los sistemas penales modernos no están en el fondo redefiniendo la venganza comunitaria contra los transgresores, esto es que tal justicia no sería otra cosa que venganza⁸ a fin de cuentas: “El sistema judicial aleja la amenaza de la venganza. No la suprime: la limita efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en la

⁶ P. OLIVER OLMO. 2000. La cárcel y el control del P. Oliver Olmo, La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal, Universidad del País Vasco, 2000. También véase: GARCÍA VALDÉS (dir.) 1997. Historia de la prisión. Teorías economicistas, Madrid, Crítica, Edisofer.

⁷ También hay, aunque aisladas, destacables tesis contrarias como la de T. Sellin y otros que plantean que los orígenes de la pena privativa de libertad para los deudores (presente en varias legislaciones desde muy antiguo), indican que la prisión tiene otra historia y otros orígenes muy anteriores. A este respecto, un interesante comentario sobre esta polémica se encuentra en MARÍ, E.E.. 1983. “La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault”. Buenos Aires, Hachette. pp.159-160.

⁸ Existen teorías retribucionistas de la pena que legitiman la retribución como justificación del castigo penal, para un estudio más acabado véase: MAÑALICH RAFFO, J.P., 2007, “La pena como retribución”, Estudios Públicos, N° 108, Santiago; DE RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel, 1995, La Retribución Penal, Santiago, Editorial Jurídica Conosur; y, SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía”, en INDRET, N°2, 2008, disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/531.pdf>>.

materia. Las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la última palabra de la venganza”⁹.

1.1.3. Los orígenes del encierro: Una mirada historicista

1.1.3.1. Inspiración mítica

Muchas instituciones modernas tienen su origen en el mito, en tal sentido, la institución carcelaria no es una excepción. Y fijando la mirada en ellos, hemos de aceptar que la idea de castigo formulado como encierro — como cárcel— ciertamente es vieja y siempre cruel.

Es así como en la civilización griega se presenta en los poemas homéricos y en la Teogonía hesiódica. En ellos encontramos el episodio de los gigantes Alóadas (Oto y Efialtes), los dos hijos de Poseidón, que en un acto de rebeldía contra los dioses, encarcelaron en una vasija al dios Ares, manteniéndolo allí durante trece meses, hasta que Hermes logra liberarlo cuando estaba a punto de morir. La ira de los dioses hizo que los carceleros acabaran encerrados en los Infiernos, donde, atados con serpientes, deben soportar para siempre el tormento de una lechuza que les grita sin cesar.

⁹ GIRARD, R. 1995. “La violencia y lo sagrado”. Buenos Aires, Anagrama.

Recordemos que en el Tártaro, por debajo de los Infiernos, se vivieron escenas en las que dioses, titanes o cíclopes, se encarcelaban unos a otros.

Ahora bien, cuando en la leyenda mítica aparecen humanos, la idea de castigo y de encierro reviste caracteres de absoluta impiedad. Este es el caso de Leimone, hija de un noble ateniense, que perdió la virginidad con su amante antes de casarse. Su castigo es el encierro junto a un caballo en un lugar aislado, sin alimento alguno. Su historia concluye cuando el animal furioso y enloquecido por el hambre la devora.

De estos relatos se desprende que el origen del encierro siempre tuvo un sentido trágico, que no favorecía a nadie que lo formulara y ejerciese. Habrá que esperar muchos siglos para encontrar, por entre los discursos y las leyes, a los que codificando el castigo carcelario, acabaron por considerarlo benefactor y en coherencia con el progreso y la humanización. Hoy parece un paradigma de pensamiento lo que nació refutado desde su alumbramiento, y es precisamente en eso, que pudiera recordar al mito antiguo, puesto que la cárcel también se cobra sus víctimas, segrega excluidos y señala malditos.

1.1.3.2. Antecedentes históricos

Hay testimonios que nos hablan de distintas fórmulas de encierro en las civilizaciones más antiguas: en Grecia incluso, se elaboró una teoría carcelaria que nos suena muy cercana; Platón, en Las Leyes, además de proponer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba una cierta tipología carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección.

Y cuando en la historia de la Grecia antigua buscamos informaciones más precisas sobre la cárcel, efectivamente las encontramos, por cierto muy relacionadas con el papel que la penalidad ha jugado en las relaciones económicas: sabemos que se usó la cárcel como medio de custodia, pero sobre todo, para la retención de los deudores.

En lo que podríamos llamar (minúsculo) derecho criminal romano vamos encontrando, además de la “ergástula¹⁰”, un progresivo avance del poder de castigo en manos de la justicia frente a la idea de venganza privada, aunque coexistieran. Nunca será suficiente del todo reflexionar acerca de la evolución

¹⁰ Comentarios interesantes en torno a esta figura pueden encontrarse en FERRAJOLI, LUIGI. 1992. “Ergastolo y Derechos Fundamentales”, en: Dei delitti e delle pene, N°2, pp. 79-87. Existe traducción al español por José Hurtado Pozo, publicada en: HURTADO POZO, José (Coordinador) 1999, Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, España.

jurídica del derecho y la venganza privada, antes y después de la Ley de las XII Tablas, cuando formalmente, por ejemplo en el caso de los homicidios, el poder de castigar pasa de la familia de la víctima a los responsables judiciales de la comunidad. Pero, más que la pena privativa de libertad, se consolidan otros castigos como el destierro (por ejemplo, en los procesos de criminalización de la patria potestad del paterfamilias)¹¹. Sin embargo, estaban previstos los encierros con trabajos forzados y la *deportatio in insulam*, o la *relegatio* (temporal o perpetua).

Sabemos, se ha repetido hasta la saciedad, que normativamente, la cárcel romana no tuvo una función punitiva, que se planteó para mantener allí a los encausados, no con el fin de castigarlos a través del propio encarcelamiento. No obstante esta función cautelar en el orden del derecho, creemos que es difícil saber qué funciones sociales efectivas cumplieron los castigos carcelarios en la antigua Roma.

Posteriormente, en las legislaciones de la Alta Edad Media, la cárcel seguirá teniendo una función cautelar, un lugar de custodia para evitar la fuga del acusado¹². Solo excepcionalmente los prisioneros recibían una sentencia, y

¹¹ MONTANOS FERRÍN, E. y SÁNCHEZ-ARCILLA, J., 1990, Estudios de Historia del Derecho Criminal, Madrid, Dykinson.

¹² La privación de libertad aún no era conocida como una pena autónoma y ordinaria. La pena medieval conserva esta naturaleza de equivalencia —heredada de la Ley de Talión—

la mayoría de aquellos que no se encontraban en espera de juicio, eran miembros de las clases más bajas, encarcelados por su imposibilidad de pagar las penas pecuniarias. En razón de esto, se desarrollaba un círculo vicioso, puesto que los individuos eran encarcelados por no disponer de los recursos suficientes para pagar una pena pecuniaria, y luego, no podían abandonar la prisión por carecer del dinero para pagar su permanencia y mantenimiento.¹³

No obstante, en aquel período, un fenómeno jurídico y religioso aparentemente aislado pero determinante para la época, el monacal, comenzó a elaborar planteamientos y prácticas de encierro penitencial y correccional que vamos a ver, tiempo después, influyendo en el derecho penal y en los postulados institucionales del castigo carcelario.¹⁴

A saber, las primeras y embrionarias formas de pena de prisión, que fueron utilizadas por la iglesia, se impusieron a los clérigos que habían

incluso cuando el concepto de retribución no se conecta directamente con el daño sufrido por la víctima sino con la ofensa hecha a Dios, por ello, la pena adquiere cada vez más el sentido de *expiatio*, de castigo divino. Esta naturaleza un tanto híbrida —*retributio* y *expiatio*— de la sanción penal en la época feudal, por definición, no puede encontrar en la cárcel, su propia ejecución.

Si además la justicia divina era el modelo con el que se medían las sanciones, si el sufrimiento se consideraba socialmente como medio eficaz de expiación y de catarsis espiritual como enseña la religión, no existía ningún límite para la ejecución de la pena; de hecho, ésta se expresaba en la imposición de sufrimientos tales que pudieran de algún modo anticipar el horror de la pena eterna. La cárcel, en esta perspectiva, no resultaba medio idóneo para tal objetivo.

¹³ RUSCHE y KIRCHMEIMER, RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, 1984, *Pena y Estructura Social*, Bogotá, Temis, pp. 72-83.

¹⁴ Antecedentes en derecho canónico del castigo de penitencia y su influencia en el desarrollo de la institucionalización de la privación de libertad como pena.

delincuente en alguna forma.¹⁵ Es muy aventurado hablar verdaderamente de delitos, más bien se trataría de infracciones religiosas que resultaban desafiantes de la autoridad eclesiástica o que despertaban una cierta alarma social en la comunidad religiosa. Se entiende también que se inspirara ésta en el rito de la confesión o de la penitencia, pero acompañándola con otro elemento: la forma pública. Así nació el castigo de cumplir la penitencia en una celda, hasta que el culpable se enmendara. Esta naturaleza terapéutica de la pena eclesiástica fue después, de hecho, englobada, y por lo tanto desnaturalizada, por el carácter vindicativo de la pena, sentida socialmente como *satisfactio*.¹⁶

El régimen penitenciario conoció varias formas, esto es, a la privación de libertad se añadieron sufrimientos de orden físico, aislamiento en el calabozo y sobre todo la obligación del silencio. Sin embargo, la ausencia de la experiencia del trabajo carcelario en la ejecución penal canónica puede clarificar el significado que la organización eclesiástica atribuyó a la privación de libertad por un período determinado; no era por eso tanto la privación de la libertad en sí lo que constituía la pena, sino sólo la ocasión, la oportunidad para que, en el aislamiento de la vida social, se pudiera alcanzar el objetivo fundamental de la

¹⁵ MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, 1980, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX), Siglo XXI Editores, México, p. 21.

¹⁶ MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, ob. cit., p. 21.

pena: el arrepentimiento. La naturaleza esencialmente penitencial de la cárcel canónica da pie a la posibilidad de su utilización con fines políticos. No obstante, su existencia siempre tuvo un fin religioso, comprensible únicamente en un rígido sistema de valores, orientados teleológicamente a la afirmación absoluta e intransigente de la presencia de Dios en la vida social, por tanto, una finalidad esencialmente ideológica.¹⁷

En relación a la Baja Edad Media ya conocemos, aunque sin generalizar, con el cambio de *ethos* hacia la pobreza y hacia la población errante y vagabunda, algunos indicadores que van haciendo de la pena privativa de libertad una punición en sí misma. No es ajeno a nada de esto el proceso de producción, de acumulación y de centralización del poder en manos de los monarcas, lo cual no estaba en absoluto reñido con la conformación de una red de relaciones entre poderes intermedios y bajos poderes. Van naciendo los Estados Modernos y, sin embargo, la capacidad de estos para imponer a la población ordenamientos y pautas es limitada (prueba de ello puede ser el bandolerismo, las violencias inter-nobiliarias, o la pervivencia de aforamientos estamentales).¹⁸

¹⁷ MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, ob. cit, p. 22.

¹⁸ OLIVER OLMO, Pedro, (s/f), "Origen y evolución histórica de la pena de prisión", p. 10, disponible en: <<http://blog.uclm.es/pedrooliver/2013/01/25/pedro-oliver-olmo/>>

1.1.3.3. El papel de los pobres

Para comprender los procesos de criminalización, la historia debe dirigir la mirada hacia las formas comunitarias de vida, hacia las mentalidades colectivas y hacia la multitud de rasgos de vinculación que hacían posible el control social de ilegalismos, transgresiones, delitos y pecados.

En cuanto a la criminalidad, se detecta un menor número de delitos violentos y un aumento de los que se dirigen contra la propiedad (ello seguramente incitado por los cambios económicos, agregándose las influencias de los nuevos planteamientos de la religiosidad).¹⁹ Los monarcas, los estamentos sociales y los municipios, pero también las iglesias, las entidades religiosas y los moralistas, elaboran políticas de control (protección y castigo) de una pobreza cada día más visible y al tiempo mejor estudiada y clasificada.

Las cárceles eran reflejo de todo esto, pero también otras instituciones que se usaban con fines segregativos, como hospitales²⁰, hospicios y albergues

¹⁹ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p. 10.

²⁰ Véase como ejemplo del fin segregativo de estas instituciones, las obras de MICHEL FOUCAULT: (1966) *El Nacimiento de la Clínica*, México D.F., Siglo XXI, 2009; y, del mismo: (1964) *Historia de la Locura en la época clásica*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006.

de pobres²¹: en los períodos de grave carestía y progresiva proletarización de importantes masas campesinas, fueron famosos (y, por cierto, también trascendentes para las normativas penitenciarias posteriores). ²² ²³

En algunos países europeos empiezan a elaborarse nuevas políticas de encierro que añaden al castigo puramente penal el valor de la utilidad correctiva del trabajo. Una cuestión completamente distinta es medir eso en función de su impacto en el mercado de trabajo pre-capitalista. ¿En qué medida influyó esto a la hora de la regulación del mercado de trabajo? Seguramente, en muchas ciudades europeas su alcance fue poco o nulo, pero no puede descalificarse, al menos del todo esta tesis que sostiene la historiografía marxista²⁴, porque sabemos que hubo zonas en las que, al comenzar la Edad Moderna, ya era evidente el proceso de acumulación de capital y hasta de protoindustrialización. Además, en términos generales, en la Europa de los siglos XVI y XVII, según Geremek²⁵, sí que se puede decir que hubo un fenómeno de “gran reclusión” de mendigos: “Antes de que la prisión llegase a ser un medio a gran escala para el

²¹ Los albergues de pobres juntos con las casas de trabajo son minuciosamente estudiados en la obra de RUSCHE y KIRCHMEIMER, RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, 1984, *Pena y Estructura Social*, Bogotá, Temis.

²² Ejemplo de dichas instituciones son los proyectos de casas de Misericordia de Miguel de Giginta, a mediados del XVI, y los más economicistas de Pérez de Herrera sobre casas de pobres a principios del XVII, en España.

²³ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p11.

²⁴ MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, ob. cit., p. 18.

²⁵ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p. 11.

castigo de delincuentes, la Europa moderna la había utilizado como instrumento de realización de la política social en relación con los mendicantes”²⁶

Ya desde el período de transición a la Edad Moderna, un repaso de los datos que van escrutándose sobre las poblaciones carcelarias, indican que la cárcel sigue siendo mayoritariamente el lugar de depósito de los acusados, en tanto se verifica el proceso judicial o mientras los deudores, mayoritarios en épocas de crisis económica, acaben de saldar sus cuentas con la administración o con los denunciadores privados.²⁷

Las cárceles públicas, las que estaban más cercanas a los habitantes de las ciudades, las que se erigían indiferenciadas del edificio judicial pero en el centro mismo del casco urbano para facilitar las fases procesales y al tiempo informar de la presencia de la justicia, fue un lugar de empobrecimiento o un sitio al que iban a parar los pobres. Las condiciones de vida de los presos, más aún los que eran pobres y dependían de la ayuda municipal que se obtenía merced a las colectas, algunas obras pías y ciertas decisiones filantrópicas de

²⁶ GEREMEK, B. 1989. “La piedad y la horca”. Madrid, Alianza Editorial, p. 224. Véase también RISCHE Y KIRCHHEIMER. 1984. “Pena y Estructura Social”, Bogota, Temis, pp. 38 y ss.

²⁷ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., pp. 11-12.

algunos ricos al testar (más las solidaridades gremiales con los deudores), dibujan un panorama carcelario indeseable.²⁸

En 1550, en Londres, se estableció la primera correccional de Inglaterra, Bridewell, para el alojamiento de pobres que vivían en el desamparo, a fin de mantenerlos ocupados. Los reclusos trabajaban arduamente a cambio del privilegio de techo y comida, porque las correccionales debían autofinanciarse²⁹. En 1576, todas las jurisdicciones inglesas ya estaban obligadas a contar con una correccional para los “fastidiosos pobres”.³⁰

En el siglo XVII ya se volvió borrosa la frontera entre cárceles y correccionales, puesto que los jueces comenzaron a enviar a correccionales a menores infractores para aliviar la crónica sobrepoblación de las prisiones. La presencia de delincuentes en las correccionales hizo necesario establecer en ellas un régimen carcelario; castigos como la flagelación y el cepo se aplicaron

²⁸ Como indeseable es el de hoy, aunque aquéllas, al menos, como afirma José Luis de las Heras Santos, si bien no tenían la intención reformadora que introdujeron los ilustrados tampoco “poseían una intención degradatoria como la que inspiran las prisiones de alta seguridad de los Estados tecnocráticos actuales, en las cuales los reclusos permanecen aislados entre sí y privados de toda relación sensorial”. Entonces, en las Cárceles Reales, había un “fluido contacto con el exterior” (excepto en las cárceles inquisitoriales). Se recibían visitas de familiares sin apenas restricciones. Y los jueces visitantes acudían una vez cada semana.

²⁹ Entre las labores más comunes estaban batir cáñamo, trabajar en molinos de rueda de andar, fabricar clavos o limpiar alcantarillas.

³⁰ LYONS, Lewis, 2005, Historia de la tortura, México D.F., Diana, pp. 111 y 112.

no sólo a maleantes, sino también a los pobres, pese a que, después de todo, no habían cometido ningún delito.³¹

Otro caso destacable es el de Newgate, la que se convirtió en la prisión más famosa de Londres debido a su sordidez y depravación. Como otras cárceles europeas, Newgate era una empresa privada. La alimentación era ínfima, aunque los presos podían comprar al carcelero comida adicional, si bien a muy alto precio. Todo tenía que pagarse: velas, carbón e incluso, cama y cobija. Las bebidas alcohólicas circulaban profusamente y el juego era endémico. A los reos se les cobraba la temporal liberación de sus cadenas para poder calentarse junto al fuego. Los criminales que contaban con suficiente dinero podían a menudo evitar la cárcel. En la prisión de Fleet, en Londres, pagaban a los carceleros para que se les permitiera pasar el día afuera, lo que terminó por conocerse como la “libertad de Fleet”. Ese privilegio se extendió más tarde al derecho de vivir en habitaciones cercanas, a cambio de un pago al director de la cárcel por “pérdidas de ingresos”. Esa zona en torno a la prisión fue bautizada como “La Libertad”.³²

³¹ De ello se derivan cuestiones tan curiosas como que en Bridewell se construyó una tribuna desde la que, previo pago, la gente presenciaba la flagelación de los reclusos (LYONS, LEWIS. 2005. “Historia de la Tortura”. México D.F, Diana. p.112).

³² LYONS, Lewis, ob. cit., p. 112-113.

Como respuesta a la práctica anterior y con el objeto de buscar utilidad en los prisioneros, surge la idea de explotar la fuerza de trabajo de los mismos, el cual se mantuvo durante toda la época medieval. Dicho sistema se utilizó por los pueblos y ciudades demográficamente menores, las cuales utilizaron a los prisioneros entre un estamento administrativo y otro, para emplearlos en trabajos forzados o en tareas de índole militar.³³

La forma precursora de la prisión moderna está estrechamente ligada a las casas de corrección y su modo de producción. No siendo la reeducación, sino la explotación racional de la fuerza de trabajo, el objetivo principal. Ni el modo de reclutamiento de los internados ni las consideraciones que habían de tomarse en cuenta para su liberación constituían un problema importante para la administración.³⁴ El incremento gradual de la pena de prisión respondió a la

³³ En razón de ello, podemos afirmar que la penalidad de más envergadura durante los primeros siglos modernos estuvo relacionada con el devenir de los propios Estados. Las necesidades militares (que a su vez explican el nacimiento y fortalecimiento de los Estados Moderno) dirigen, por ejemplo, a los monarcas castellanos al terreno penal: la conflictividad que se vivía en el Mediterráneo, contra el imperio otomano y la piratería berberisca, les hizo pensar que podían buscar hombres en los tribunales para dotar las galeras; y la necesidad de construcción de fortificaciones en el norte de África fue el origen de una experiencia carcelaria, la de los presidios, cuya continuidad (variada, reglamentada conforme avance el pensamiento penal) nos llevaría hasta los fundamentos de nuestro actual sistema penitenciario.

³⁴ En las decisiones de la Facultad de Derecho de Tübingen y en decretos de Wurtemberg de los siglos XVII y XVIII, puede verificarse la existencia de un privilegio particularmente interesante, la sustitución regular de las penas capital, corporales y de destierro por trabajos públicos forzados o reclusión en las casas de corrección, en el caso de que los condenados fuesen artesanos, los fundamentos de estas prácticas eran principalmente dos: Por un lado, consideraciones de política social; puesto que, una sentencia deshonorable habría condenado al artesano y su familia a la ruina, privando al primero del derecho de ejercer su industria; y por el otro, la intención de utilizar al servicio del Estado a artesanos adiestrados, como explícitamente lo fundamentara una sentencia a trabajos públicos, haciendo referencia a la escasez de fuerza de trabajo.

necesidad de un tratamiento especial para las mujeres y de diferenciación para las distintas clases sociales. La *poena* extraordinaria que permitía a los jueces incrementar o reducir las penas en forma arbitraria, preparó en todas partes el camino para una ampliación de las penas de encarcelamiento en las casas de corrección.

De todas las fuerzas responsables del nuevo vigor adoptado por la cárcel como forma punitiva, la más importante fue el beneficio de tipo económico, tanto en el sentido más limitado de hacer productiva la propia institución, como en el más amplio de transformar la totalidad del sistema penal en una parte del programa mercantilista del Estado.³⁵

El escaso interés que tuvo para el Estado la administración de la justicia criminal, se debió fundamentalmente al hecho de que no se esperaba ningún beneficio del sistema penal intentándose tratar a los detenidos en la forma más económica posible. La evolución de la “empresa” judicial no rentable en un sistema parcialmente autosuficiente desde el punto de vista financiero, y parte

El mismo motivo señalado, determinó el remplazo de la pena de destierro por la de reclusión en las casas de corrección. El destierro constituía la menos efectiva de las medidas para combatir el delito, ya que en realidad conducía a un mero cambio en la zona de actividad de los criminales.

³⁵ No obstante, la necesidad de sostener el abastecimiento de fuerza de trabajo para el Estado, se complicaba por el deseo de no sustraerla del campo de actividad de los empresarios privados. De modo que, ocasionalmente, consideraciones de tipo económico llevaron al prevalecimiento de la tendencia opuesta, es decir, a conservar las penas corporales, especialmente en las regiones agrícolas.

exitosa de la industria de la nación desde el punto de vista de la política mercantilista, preparó el camino para la introducción de la cárcel como Fábrica.

1.1.3.4. Una nueva racionalidad penal

Si bien sigue latente la idea de cárcel como fábrica³⁶, surge un desarrollo crítico en torno al problema carcelario, en tal sentido, las ideas de Mabillon³⁷ anticiparon de manera sorprendente las discusiones modernas. Partiendo de la comparación entre la severidad de la justicia secular con la caridad, concluye que la pena debía ser proporcional a la severidad del delito y a la naturaleza física y espiritual del delincuente. La duración de la condena debía determinarse con relación a las características individuales del criminal.

La propuesta de Beccaria tuvo la virtud de reflejar lo que mucha gente pensaba, ello implicaba una nueva racionalidad de los castigos penales. Propuestas de reforma penal, de proporcionalidad de las penas, de prevención del delito a través de la propia ley³⁸, y protestas (que tiempo después llegaron a

³⁶ Dichas ideas han sido ampliamente desarrolladas en la obra de MELOSSI, D, y PAVARINI, M. (1980), *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario, Siglo XXI*, México D.F.

³⁷ MABILLON, Jean, 1724, "Reflexions sur les prisons des ordres religieux" en: *Ouvrages Posthumes de D. Jean Mabillon et de D. Thierry Ruinart, Benedictins ...: Tome Premier, Contenant Un Recueil Des Petits Ecrits de Dom Jean Mabillon*, Paris, Nabu Press, 2012, p. 321-335.

³⁸ En tal sentido "no se puede llamar precisamente justa (vale tanto decir necesaria) la pena de un delito cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo. Asimismo, perfeccionar la educación constituye el medio más seguro, al mismo tiempo

ser luchas) contra el tormento como práctica judicial, contra los ahorcamientos y también contra otras prácticas de la pena de muerte, darán testimonio de los cambios que se estaban experimentando.

La originalidad de Beccaria reside en el intento de conseguir una justicia humanizadora, desvinculada en su justificación de razones de carácter religioso. En tal sentido, señala que el delito y el pecado deben separarse, la justicia es un asunto humano y el daño del delito se mide por el daño a la sociedad y no por razones religiosas o teleológicas externas. El pacto social, el contrato, es la nueva fuente de legitimidad contra el viejo régimen, pero es también el principio ordenador de la sociedad y su gobierno. Han de elaborarse políticas de castigo (y de vigilancia, de policía) que velen por el mantenimiento del contrato y defiendan al nuevo soberano, a la sociedad (no al rey), frente a los infractores.

Lardizabal en España, añadirá al amplio debate penal la cuestión penitenciaria: se piensa no sólo en el castigo del reo sino en la salvación de su alma, en su corrección, y en que todo ello sirva de pedagogía social, de prevención. Sus propuestas correccionalistas serán muy parecidas a las que triunfarían un siglo después. No piensa en abstracto: el modelo que tiene presente Lardizabal es el de las casas de corrección. Además, antes de finalizar

que el más difícil, de evitar los delitos" (DELVAL, Juan Antonio, "Introducción" a: BECCARIA, Cesare, 2004, De los delitos y de las penas, Madrid, Alianza Editorial, p. 15).

el XVIII, ya se difunden por Europa las ideas de Howard³⁹ (quien a su vez tiene por modélicas las casa de trabajo holandesas y algunas experiencias correccionalistas) y las nuevas propuestas y experiencias penitenciarias realizadas en los EEUU (Filadelfia, Auburn y Reformatorio).⁴⁰

Principalmente, dos modelos penitenciarios se están gestando a finales del XVIII que van a influir muchísimo en el penitenciarismo durante todo el siglo XIX: el Panóptico de Bentham, utilitarista y clasificador, que primaba la inspección total del preso; y el Celular de los cuáqueros basado en el control del arrepentimiento del preso a través de un severo aislamiento penitencial (recogiendo la larga experiencia histórica de la celda monacal cristiana, que se usaba no sólo para la oración sino también para el castigo).⁴¹

En el contexto de un Constitucionalismo moderno, podemos establecer la siguiente premisa: “Si las constituciones liberales han proclamado que la libertad es un valor supremo, la privación de la misma será el más importante de los castigos”. En consecuencia cabe preguntarse ¿Qué bienes protegían?

³⁹ John Howard (1726-1790), fue un filántropo y reformador inglés, no escribió un libro teórico, sino un informe de primera mano sobre las condiciones de todas las cárceles en Inglaterra, constatando que tales condiciones estaban muy lejos de las normas de una sociedad moderna e industrializada.

⁴⁰ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p. 13.

⁴¹ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p. 14.

Claramente, los fundamentos de la sociedad liberal-burguesa.⁴² En tal sentido, los bienes jurídicos serían: la propiedad, la seguridad del Estado y la protección de las personas.⁴³

Acorde a esta nueva racionalidad todo es ciencia (ciencia penal). Todo se clasifica: los delitos y las penas. En el propio universo de las penas, el encierro, según su duración, conocerá la distinción entre tres categorías de penas: las primeras se llamarían penas aflictivas (desde pena de muerte hasta la de presidio, prisión y confinamiento menores que duran de 4 a 6 años), las segundas serían las de reclusión, relegación y extrañamiento perpetuo y temporales que duran de 12 a 20 años, y las de presidio, prisión y confinamiento mayores que van de 7 a 12 años. El segundo grupo lo formaban las penas correccionales (arresto mayor, presidio y prisión correccional y destierro, desde 1 mes hasta 3 años). Y por debajo, quedaba la pena de arresto menor (1 a 15 días). Además, la producción normativa sobre presidios, cárceles, correccionales y depósitos municipales es apabullante. Pero una vez más, la realidad será otra.⁴⁴

⁴² OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p.14.

⁴³ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p.14.

⁴⁴ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p.15.

Se crea una geografía política centralista del castigo: los ideales de corrección e incluso ya de reinserción serían papel mojado. También porque durante mucho tiempo las cárceles públicas seguirán en los mismos edificios, expeliendo enfermedad hacia los barrios limítrofes y hacia toda la ciudad.⁴⁵ Allí sería casi imposible verificar los principios de clasificación y aislamiento, o enseñar al preso en la disciplina, moralidad, limpieza, y ejercicio pacífico de los derechos individuales. Ni el Panóptico, de tanta celebridad y comentario, ni el higienismo llegarán con fuerza a unas prisiones cada día más hacinadas⁴⁶.

La construcción de cárceles modelo responderá más a esas necesidades objetivas de ordenamiento del espacio del castigo que a los fines reformistas que se aireaban. Cada día la población carcelaria es más numerosa en una sociedad que crecía demográficamente y generaba desequilibrios migratorios, de urbanización y proletarización, con conflictividad social evidente.

El nuevo orden liberal sí ha creado, a la par que la llamada “cuestión social”⁴⁷, nuevos tipos delictivos, más allá de la propia letra de la ley, en la realidad conflictiva de las relaciones socio-laborales y en el mundo

⁴⁵ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p.15.

⁴⁶ Problema que hoy en día persiste, nuestras cárceles en Chile son claro ejemplo de ello.

⁴⁷ Téngase en cuenta la encíclica *Rerum novarum* (“de las cosas nuevas”) promulgada por el papa León XIII en 1891. Ejemplos de la influencia que tuvo está encíclica pueden verse en el tratamiento de la llamada Cuestión Social. Para un estudio de la Cuestión Social en Chile, véase: CORREA, Sofía et al, 2001, Historia del siglo XX chileno, Editorial Sudamericana, pp. 29, 49ss, 83, 384 y 385.

delincuencial: ha nacido el delincuente, el reincidente y el profesional, sobre el que dirigen todas las miradas tanto los nuevos científicos de la sociedad (estadísticos y demógrafos, sociólogos), como los positivistas frenólogos y antropólogos de la criminalidad seguidores de los italianos Lombroso, Garofalo y Ferri, como los médicos y psiquiatras asesores de la tarea penal, junto a los moralistas y la prensa. Y durante mucho tiempo, todos centraron sus atenciones en el delincuente institucional, en el que estaba dentro de los centros penitenciarios, sin que mostraran el menor interés científico en el cuestionamiento de los procesos de criminalización o de definición de los ilegalismos, por lo que (por cierto) nunca explicaron los otros ilegalismos que no eran criminalizados, los de los poderosos.

En fin, se dicta una pretensión re-socializadora⁴⁸ desde fuera (constituciones, leyes penitenciarias, etc.) y hacia dentro de una institución nacida con vocación disciplinante. En esta contradicción estamos. En la historia de un incumplimiento. En la realidad de unas prisiones que aseguran la seguridad, el orden, la disciplina, los horarios, los cacheos, las requisas, los controles, los actos y los movimientos de los reclusos. Una institución

⁴⁸ En los Estados Unidos de América, durante la década de 1820, bajo la influencia reformadora del presidente Andrew Jackson, se construyeron penitenciarías para convertir a los delincuentes en ciudadanos observantes de la Ley. Asignando un régimen basado en la disciplina, el trabajo intenso y el confinamiento solitario, el tiempo y el espacio de los presos fueron minuciosa y totalmente determinados. La idea era que ese régimen ordenado concedería a los presos tiempo más que suficiente para arrepentirse y adquirir hábitos de trabajo moralmente edificantes.

segregativa que, lógicamente, lejos de humanizar, sólo institucionaliza. Y, además, la cárcel sigue cumpliendo una función criminógena.

Hoy sabemos que se sigue interpretando la enorme importancia de la pena privativa de libertad y el ordenamiento penitenciario como prueba de humanización. Puede que lo sea respecto de otras prácticas penales, del pasado y del presente. Pero la prisión es hoy pena corporal, de vergüenza pública y hasta de muerte para muchos de sus “internos”. Si recordamos la carga simbólica de algunos de los mitos griegos, como el de la leyenda de Leimone, bien pudiéramos decir que hoy, las condiciones de aislamiento y de embrutecimiento de los regímenes carcelarios son, para muchas personas encarceladas, como el caballo hambriento que acabó devorando a la joven prisionera.

1.1.4. Interdisciplinariedad

Entre el siglo XIX y el XX, la literatura se embriaga con la atmósfera del fenómeno criminal y con todo lo que envuelve al paisaje del castigo, cuando el castigo penal por excelencia ya era la pena de prisión. Tolstoi, como ya habíamos mencionado en su novela Resurrección, se preguntaba por qué unos hombres se creen con razón y poder para encarcelar a otros hombres. Dicha pregunta tiene múltiples respuestas, las cuales establecen un panorama

historiográfico bastante diverso. Existe una respuesta de la llamada Escuela Histórica del Derecho, la cual busca relacionar los estudios jurídicos con la evolución social. El concepto idealista del derecho, apuntó a concebir una historia propia de las normas jurídicas, independiente de cualesquiera los factores sociales.⁴⁹

El análisis desde el punto de vista marxista (iniciado por Marx y Engels), ha influido enormemente en los historiadores de las cárceles, cuya continuidad puede constatarse en las obras de Pasukanis⁵⁰ y de Rusche y Kirchheimer⁵¹ en los años treinta del siglo pasado y más recientemente por Melossi y Pavarini⁵², y tal es la que busca y explica la relación de la penalidad con los distintos modos de producción (los que el marxismo define como etapas históricas) hasta el triunfo del capitalismo. No obstante ello, quien quizás ha potenciado más esta postura es Michelle Foucault⁵³, cuya obra se ha centrado, en gran parte, en el estudio de los marginados y las relaciones de poder. Desde ese punto de vista, el derecho sería una especie de armazón ético-jurídica de la penalidad, un resultado que visto aisladamente no explicaría la verdadera razón del origen de

⁴⁹ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit. p.1.

⁵⁰ PASUKANIS, E.B., 1975, *La teoría general del derecho e il marxismo*, Bari.

⁵¹ RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto, 1984, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá.

⁵² MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, 1980, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI Editores, México D.F.

⁵³ Véase la obra de FOUCAULT. 2002. "Vigilar y Castigar". Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

la prisión contemporánea. La pena de prisión habría nacido fuera del derecho, en defensa de la extensión del modo de producción capitalista, y en concreto derivando de las casas de corrección y trabajo construidas en Holanda, en Inglaterra y después en otros países, desde el siglo XVI en adelante, para adiestrar a las masas de vagabundos expulsadas del campo a fin de convertirlos en los trabajadores que las clases burguesas necesitaban.⁵⁴

La pena de privación de libertad, según Pasukanis, no es concebible sin entender el principio de retribución equivalente propio del capitalismo, pues en él todas las formas de riqueza se reducen a la forma más simple y abstracta del trabajo humano medido por el tiempo: en el modo de producción capitalista se puede establecer la equivalencia entre el daño producido por el delito con el pago de la pérdida de libertad durante cierto quantum de tiempo.^{55 56}

Foucault, aunque retoma la obra de Rusche y Kirchheimer, explica que el propio sistema capitalista, para desarrollarse, necesitó crear un poder microscópico capaz de fijar a los hombres al modo de producción⁵⁷. La relación

⁵⁴ RUSCHE y KIRCHHEIMER, ob. cit., p.46 y ss.

⁵⁵ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., p.2.

⁵⁶ En la tesis de Pasukanis, el delito se puede considerar como una variante particular del cambio, en el cual la relación de cambio —como la relación de un contrato— se establece *post factum*, o sea después de una acción arbitraria cometida por una de las partes[. . .] la pena, por tanto, actúa como equivalente que equilibra el daño sufrido por la víctima (MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, ob cit., pp.19-20).

⁵⁷ OLIVER OLMO, Pedro, ob. cit., pp. 2 y ss.

no era necesariamente económica, obedecía a procesos simultáneos de producción de unas formas de poder a las que él llama “disciplinas”, las que hacen que el ejercicio del poder sea menos costoso. Gracias a ellas se cumpliría mejor “la función estatal de generar ideología de aceptación, fundamental para reducir la visibilidad de la actividad coercitiva”⁵⁸, con el objetivo de aumentar la sumisión de todos los elementos del sistema.

El encierro penitenciario es una metáfora ideal para estudiar esas técnicas de producción de disciplinas: aplicables igualmente para el gobierno de una fábrica, de un cuartel o de un internado cualquiera, son ajenas a la ley, son en el fondo un contra-derecho que invalida las libertades formales. Y la prisión, en concreto, nacería cuando el poder codificado de castigar se hace poder disciplinario de vigilar. De ahí la importancia que dio al Panóptico⁵⁹ Bentham, porque sirve para explicar una nueva racionalidad en el ejercicio del poder, la del gran panoptismo social que produce un tipo de sociedad vigilada y sumisa.

⁵⁸ CAPELLA, J.R. 1997. “Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado”. Madrid, Trotta. p. 47.

⁵⁹ Véase: FOUCAULT, Michel, 2002, Vigilar y Castigar, Buenos Aires, Siglo XXI Editores. Para un estudio desde el punto de vista arquitectónico y los simbolismos, véase: GARCÍA ALGARRA, Javier, 2002, La reforma carcelaria en el pensamiento ilustrado y su plasmación en modelos arquitectónicos, en: UNED, en línea < <http://www.scribd.com/doc/61587624/LA-REFORMA-CARCELARIA-EN-EL-PENSAMIENTO-ILUSTRADO-Y-SU-PLASMACION-EN-MODELOS-ARQUITECTONICOS>>

Según lo escrutado por el historiador francés Robert Muchembled⁶⁰ en el proceso de invención del hombre moderno, podemos hablar, en general, que a partir del siglo XVI, la justicia real y la moral cristiana convergen contra el arquetipo de hombre medieval pecaminoso y violento. Se promociona entre otras cosas a través de la criminalización de las costumbres populares dentro de un largo proceso de aculturización, una nueva sociabilidad basada en el autocontrol y en la interiorización del conformismo.

¿Qué papel jugó la cárcel? ¿Qué importancia tienen estos factores para los historiadores de la prisión? Por regla general, se coincide en no separar el estudio de la cárcel de los distintos órdenes penales que la sustentan. Además, las reflexiones weberianas sobre el monopolio de la violencia, por ser como es “sabiduría convencional”, inspiran todas las explicaciones. En tal sentido, resulta necesario conocer desde los postulados de la escuela liberal clásica del derecho penal y de la criminología positivista hasta los más contemporáneos de las teorías de la anomia, de las subculturas criminales, las del labelling approach y las llamadas teorías sociológicas del conflicto, además de modelar la actitud y el pensamiento del historiador, es básico para la propia reconstrucción histórica.⁶¹

⁶⁰ MUCHEMBLED, R. (1998). “L’invention de l’homme moderne. Sensibilités, mœurs et comportements collectifs sous l’Ancien Régime”, Paris, Fayard.

⁶¹ Sigue siendo básico el libro de Alessandro Baratta sobre la sociología jurídico-penal y su exposición crítica de las corrientes criminológicas: BARATTA, A. 1993. “Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal”. Madrid, Siglo XXI Editores.

CAPÍTULO II

EL DERECHO PENITENCIARIO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS GENERALES

2.1. El derecho penitenciario

Dentro del contexto de la lucha estatal contra la delincuencia, la ejecución de las penas tiene un papel fundamental. Por un lado, vinculado profundamente al marco de las disciplinas penales, y por otro, en el contexto de la política criminal del Estado. No obstante lo anterior, ello no agota el ámbito de conexiones de la ejecución penal, puesto que también importa en el plano de los problemas generales de desarrollo, ya que cuestiones tales como la prevención del delito y el tratamiento del delincuente dependen estrechamente de la planeación y las políticas de desarrollo.

En lo que sigue se desarrollará primeramente un concepto de derecho penitenciario, revisando la discusión en torno al contenido del mismo, para luego indagar en la naturaleza jurídica de éste.

2.1.1. Concepto

Según señala Jean Pradel, el Derecho Penitenciario es la más reciente de las disciplinas penales.⁶² Es precisamente esta condición la que ha propiciado uno de sus mayores problemas, el de la “intitulación”, ello por cuanto el término de “Derecho Penitenciario” no ha sido ni es un concepto unánimemente aceptado.⁶³ Dicha situación también fue vivida en algún momento por el Derecho penal, aunque es posible señalar al menos cuatro diferencias en esta problemática.

En primer lugar, señala Téllez Aguilera, “mientras que el Derecho Penal tuvo que enfrentarse principalmente a una sola denominación alternativa, la de “Derecho Criminal”, el Derecho Penitenciario ha tenido frente a sí nombres tan dispares como “Ciencia penitenciaria”, “Sistemas penitenciarios”, “Estudios penitenciarios”, “Instituciones penitenciarias”, “Preceptiva penitenciaria”, “Derecho de ejecución penal”, “Disciplina carcelaria”, “Penología”, “Derecho carcelario” o “Derecho administrativo penitenciario”, por citar sólo algunos de los más significativos”.⁶⁴

⁶² Citado en TÉLLEZ AGUILERA, A. 2011. “Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario”, en Revista de Estudios Penitenciarios, N° 255, p. 9. (PRADEL, JEAN: “Approche comparée du Droit pénitentiaire”, en *Revue de Pénitentiarie e de Droit Pénal*, 2005, n°1, p. 11).

⁶³ TÉLLEZ AGUILERA, A, ob cit., p. 9.

⁶⁴ TÉLLEZ AGUILERA, A, ob. cit., pp. 9-10.

Una segunda diferencia que plantea Téllez Aguilera hace referencia a la data en que cada uno de estos términos se consolida. El término de Derecho Penal desbanca al de Derecho Criminal durante el siglo XIX, mientras que en el caso del Derecho Penitenciario, es hasta bien entrado el siglo XX cuando se consolida.⁶⁵

En tercer lugar, “el adjetivo “penitenciario”, a diferencia del de “penal”, ha sido criticado por la carga religiosa⁶⁶ que etimológicamente arrastra, lo que en ocasiones ha sido visto como un lastre para su desarrollo como disciplina científica.”⁶⁷ En tal contexto, García Valdés se pregunta ¿Cómo puede pretenderse conseguir una evolución seria en el Derecho Penitenciario, cuando su misma denominación y sustancia significan penitencia y, por tanto, castigo, y penitenciaria, el lugar donde éste se cumple?⁶⁸ Luego, dónde quedan contempladas ideas como rehabilitación, educación y resocialización.

Finalmente, la cuarta diferencia que plantea Téllez Aguilera apunta a la difusión del término, ya que la denominación de “Derecho Penal” es de uso

⁶⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A, ob. cit., p. 10.

⁶⁶ Según Eugenio Cuello Calón, el calificativo de penitenciario, nació para designar exclusivamente cierta modalidad de ejecución de las penas de privación de libertad inspirada en un sentido de expiación reformadora” (CUELLO CALÓN, EUGENIO. 1951. “Derecho Penal, t. I (Parte general), 10ª. ed.. Barcelona, Bosch. pp. 721-722). A propósito, véase MELOSSI, D. y PAVARINI, MASSIMO. 1980. “Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)”. México, Siglo XXI Editores. pp.19-23; y, RUSCHE, GEORG y KIRCHHEIMER, OTTO. 1984. “Pena y estructura social”. Bogotá, Editorial Temis.

⁶⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A, ob. cit., p. 10.

⁶⁸ GARCÍA VALDÉS, CALOS. (1971) “*Sistema Penitenciario Español*”, en: Cuadernos para el Diálogo, n° XXVIII extraordinario (“Delito y Sociedad”), Madrid, p. 53.

general, sólo exceptuado por los ordenamientos del Common Law, mientras que el término “Derecho Penitenciario” no ha conseguido asentarse de modo inequívoco, más que en Italia⁶⁹ y España y de forma relativa en lugares como Francia (donde se le llama “*Science pénitentiaire*”)⁷⁰, en Alemania (donde entre el siglo XIX y hasta la mitad del XX dominó la rúbrica de “Ciencia penitenciaria”⁷¹ y más modernamente se prefiere el vago concepto de ejecución penal –“*Strafvollzug*”—) y en algunos países hispanoamericanos, en donde la influencia norteamericana le lleva a andar de la mano con el de “Penología”.

Acorde a la doctrina actual, el derecho penitenciario puede definirse como aquella rama del derecho que tiene como objetivo regular el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad y del proceso de reinserción de los delincuentes⁷². Es necesario aclarar que no es objeto de la regulación penitenciaria la ejecución de otras sanciones penales –multa, prohibición de acudir/residir en determinados lugares, privación del permiso de conducir, etc. – ni tan siquiera de las medidas de seguridad, aunque éstas puedan conllevar el internamiento de la persona.

⁶⁹ No obstante en Italia también se utilizó la etiqueta de Ciencia Penitenciaria, como resultado de las influencias de Ezechia Marco Lombroso. Véase, del mismo: (1902) *El delito. Sus causas y remedios*. Tradujo Bernaldo Quirós. Madrid, Victoriano Suárez.

⁷⁰ Hay autores franceses que prefieren el término *Droit Pénitentiaire*, tales como Lygia Négrie-Dormont, Stanislaw Plawsky, Robert Schmelck y Georges Picca (TÉLLEZ AGUILERA, A, ob. cit., p. 11, nota 6).

⁷¹ Este ciclo puede entenderse cerrado con la aparición en 1954 de la obra de Wolfgang Mittermaier *Gefängniskunde –Estudio de las cárceles–* (Mittermaier, Wolfgang: *Gefängniskunde*, Franz Valhem Verlag, Berlin-Francfort, 1954).

⁷² En el mismo sentido, MAPELLI, BORJA. 1996. “*Las consecuencias jurídicas del delito*”. Madrid, Editorial Civitas, p. 113, quien se refiere al derecho penitenciario como el “conjunto de normas jurídicas por medio de las cuales se regula la ejecución de la pena privativa de libertad”.

No obstante, las circunstancias de la reclusión en los mismos establecimientos penitenciarios por falta de otros más específicos, por una parte y la progresiva aceptación del sistema vicarial entre penas y medidas, por otra, ha favorecido la inclusión en la Ley penitenciaria y más aún en su Reglamento de algunas normas referidas al régimen de ejecución de las medidas.⁷³

Como consecuencia de lo anterior, la doctrina emplea dos conceptos de Derecho Penitenciario con contenidos diferentes. Uno más amplio, en el que quedaría incluida la ejecución de las medidas de internamiento e incluso de la totalidad de las penas, y el otro reservado exclusivamente a las penas privativas de libertad, y dentro de ellas a la prisión. El primer concepto es propio de la ciencia penitenciaria angloamericana, ello debido al incipiente desarrollo legislativo y dogmático.

A nuestro modo de ver, es inconveniente incluir dentro de lo penitenciario la ejecución de todas las penas, debido a la enorme complejidad que presenta la privación de libertad, ella le da a esta fase ejecutiva una dimensión cualitativamente distinta que sólo en este caso justifica contar con un cuerpo legislativo independiente. Ahora bien, conviene tener en cuenta que debido a la

⁷³ MAPELLI, BORJA, ob cit, p.113. Asimismo, Enrique Sanz Delgado lo define como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad" (GARCÍA VALDÉS, CARLOS. 1999. "Diccionario de Ciencias Penales". Madrid, Edisofer, p. 205). Roxin señala como derecho penitenciario aquel que "contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de libertad. (ROXIN, CLAUS (1997). Derecho penal. Parte general. Madrid, Civitas. pp. 45-46).

complejidad y al desarrollo de las distintas situaciones penitenciarias, no debe extrañar que encontremos entre las disposiciones, normas que se refieren a instituciones que no son las propiamente penitenciarias, como hospitales o centros de rehabilitación.

Entre las definiciones más conocidas sobre el Derecho Penitenciario, las hay que “engloban las medidas de seguridad y otras penas que afectan la libertad, de donde resulta la confusión entre Derecho ejecutivo penal y penitenciario, y las hay que asocian, de una sola vez, el conjunto de normas con la ciencia que las estudia”.⁷⁴ Si se prescinde de la referencia a medidas de seguridad y se habla sólo de penas privativas de libertad, sería válida la clásica definición “conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución.”⁷⁵

⁷⁴ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. 1975. *La Prisión*, México D.F. Fondo de Cultura Económica.

⁷⁵ Definición de Novelli, citada en GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. 1975. *La Prisión*, México D.F. Fondo de Cultura Económica, p.33. Otras definiciones señaladas son: “la disciplina jurídica que, “recogiendo las normas fundamentales del Derecho Penal, del que es continuación hasta rematarle, desenvuelve la teoría de la ejecución de las penas, tomada esta palabra en su sentido más amplio, en la cual además entran hoy las llamadas medidas de seguridad, y especialmente, de la ejecución de las penas centrípetas de libertad y de las medidas de seguridad que implican detención o clausura, equivalentes de aquellas” (BERNARDO DE QUIROS, CONSTANCIO. 1953. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. México, Imprenta Universitaria, pp. 9-10). Eugenio Cuello Calón, refiriéndose al que él llama Derecho de ejecución penal, indica que “contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado” (CUELLO CALÓN, EUGENIO. 1958. *La moderna penología*. Barcelona, Editorial Bosch. p.13). Según Juan José González Bustamante, el Derecho penitenciario es el “conjunto de normas para la ejecución de las sanciones, de acuerdo con los fines jurídicos y sociales que impone el Estado al realizar su función punitiva” (GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ. 1959. *Principios de Derecho procesal penal mexicano*. México, Editorial Porrúa. p. 317). Pettinato

Para evitar salvedades y reservas, García Ramírez prefiere entender al Derecho penitenciario como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad”. La elaboración del concepto de penas privativas de libertad es externa al Derecho Penitenciario.⁷⁶

2.1.2. El derecho penitenciario: ¿técnica o derecho?

Tal como señala Sergio García Ramírez⁷⁷ se ha discutido sobre la verdadera calidad de derecho del Derecho Penitenciario. A este respecto, cabe destacar la opinión de Jiménez de Asúa, quien en 1964 señalaba: “No creemos que todavía pueda asumir la preceptiva penitenciaria el prestigioso título de Derecho”⁷⁸. La respuesta de García Ramírez no se hace esperar y señala que “carece de importancia práctica si el derecho penitenciario es o no verdadero Derecho, como carece de trascendencia efectiva, porque no altera en lo mínimo su función ni estorba sus propósitos, que el Derecho sea o no verdadera ciencia.”⁷⁹

considera que el Derecho penal ejecutivo es “el conjunto de normas positivas que se relacionan a los diferentes sistemas de pena; a los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas; a la custodia o tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión y rehabilitación del delincuente, inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internos y liberados”. (*Relaciones entre el Derecho penal y los sistemas penitenciarios*”, en: Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal, p. 357).

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. ob cit. p. 33.

⁷⁷ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. ob cit. p. 29.

⁷⁸ JIMÉNEZ DE AZUA, LUIS. 1954. *“Tratado de Derecho Penal”*. Buenos Aires, Editorial Losada. Tomo I. p. 64. Previamente, JIMÉNEZ DE AZUA, LUIS. 1954. “La Ley y el delito”. México, Editorial Hermes. p. 25.

⁷⁹ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. ibid.

En términos generales, podemos entender al Derecho penitenciario como una preceptiva, esto es, un recetario, un repertorio de reglas, en suma, una técnica para el castigo, la ejemplaridad, la expiación o la corrección. De ello, se sigue que “toda vez que la preceptiva se encuentra encerrada en fórmulas que desbordan el mero propósito técnico y, desde el punto de vista formal, reúnen las condiciones de lo jurídico, lo cierto es que estamos, objetivamente, ante un verdadero Derecho”.⁸⁰

Según García Ramírez, pareciese que “hay más bien un desdén, más prejuicio que un juicio, el cual se basa sólo en el menor desarrollo legislativo y doctrinal del penitenciario, por contraste con la exuberancia sustantiva y adjetiva” del Derecho Penal, Civil, Constitucional y tantos otros. Conclusivamente podemos indicar que el Derecho Penitenciario “será siempre una preceptiva, una técnica, porque de lo contrario sería inútil, y será además Derecho, en la medida en que sus mandatos se revistan formalmente con la fuerza de lo jurídico”.⁸¹

⁸⁰ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, p.29.

⁸¹ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. ob cit. p. 32-33. En dicho punto el autor mexicano señala a modo de nota una serie de títulos que representan la bibliografía en materia penitenciaria, previa exclusión de numerosos artículos. El resultado, es una escueta lista, no siempre de autores nacionales y no siempre en atenta correspondencia con la realidad actual del país. Aquella idea, si bien es complementaria al texto principal, es muy útil para ejemplificar el punto relativo al incipiente desarrollo científico de la materia. (Sírvese como modelo la nota 16, en pp. 111-112). Tal situación, hoy 40 años después sigue siendo válida para el caso chileno.

2.1.3. Naturaleza jurídica del Derecho penitenciario

El jurista italiano Giovanni Novelli^{82 83} en 1933 fue el primero en lanzar la tesis de la autonomía del Derecho Penitenciario frente a otras ramas del Derecho. Otros autores niegan este carácter y lo consideran parte integrante del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal e incluso del Derecho Administrativo. No faltando quien lo considera incluido en la Penología⁸⁴ o formando parte de la Ciencia Penitenciaria. Sin embargo, la autonomía que goza el derecho penitenciario se fundamenta en su distinto objeto con respecto a las demás ciencias del crimen, esto es, la ejecución de la pena privativa de libertad.

⁸² Giovanni Novelli fue un jurista italiano, quien estuvo a cargo de las prisiones en Italia durante el período 1930-1943. Se le reconoce la reforma del sistema penitenciario, a modo de integrar los planteamientos fascistas. Es responsable de la creación del *“Reglamento per gli istituti di prevenzione e di pena”*, aprobado por Decreto regio N° 787, de 18 de junio de 1931. Asimismo, impulsó el desarrollo científico de una nueva rama del Derecho, así como de divulgación general de “lo penitenciario”; lo primero lo logró en 1930, fundando la *“Rivista di Diritto Penitenziario”* y lo segundo mediante la creación del Museo Criminal Italiano.

⁸³ “Abanderados del autonomismo son Novelli, que se refirió al Derecho penitenciario, y Hafter, que lo hizo al ejecutivo penal” (GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. Ob cit. p.111). Chichizola defiende la autonomía la autonomía del Derecho ejecutivo penal, “porque esta nueva rama de las ciencias jurídicas abarca en su contenido un conjunto de normas que, aunque de naturaleza diversa y, provenientes de distintas fuentes, poseen un objeto común: regular las relaciones entre el Estado y el condenado durante la ejecución de las sanciones penales”; y porque “el desarrollo alcanzado por las instituciones relativas a la ejecución de las sanciones penales justifica plenamente la legitimidad del derecho ejecutivo penal como rama autónoma de las ciencias jurídicas” (CHICHIZOLA, MARIO. 1966. *“Derecho ejecutivo penal”*, en: *Criminalia*, año XXXII, núm. 11. p.687).

⁸⁴ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, 2011, “Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario”, en Revista de Estudios Penitenciarios, N° 255, p. 11.

La doctrina mayoritaria, aún sin dejar de reconocer su naturaleza multidisciplinar por las singulares características que conlleva la ejecución de las penas privativas de libertad, considera que se trata de un derecho autónomo que forma parte del Derecho público interno, en razón de que es una rama jurídica que tiene: a) Sus propias fuentes: Legislación Penitenciaria; b) Su propio objeto: La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad; y, c) Su propia jurisdicción: Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.⁸⁵ -Este último elemento no aplica al caso chileno, por cuanto está pendiente el tema relativo a la creación de Tribunales de Ejecución o de Vigilancia-.

Al Derecho Penitenciario, sin perjuicio de regular las condiciones jurídicas de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, se le deben exigir, al menos, dos objetivos fundamentales, como son: a) Diseñar nuevos modos de ejecución penal y distintas sanciones que superen la pena de prisión clásica; y, b) Mejorar las condiciones penitenciarias y los derechos de los reclusos.⁸⁶

La doctrina comparada entiende al derecho penitenciario como una rama del derecho en estricta relación con el derecho penal y del derecho procesal penal, “constituyendo su prolongación natural en lo referente a la ejecución de la pena; con el Derecho Procesal por cuanto la actividad

⁸⁵ MAPELLI, BORJA. 1996, Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid. Civitas.

⁸⁶ Ídem.

penitenciaria se desempeña bajo el control jurisdiccional de un Juez de Vigilancia Penitenciaria⁸⁷; con el Derecho Administrativo por corresponder a la Administración la competencia en la ejecución de las normas penitenciarias; y como referencia fundamental, con el Derecho Constitucional, por contener la propia Constitución del Estado normas tendientes a garantizar los derechos de los internos.”⁸⁸

Las normas que rigen el ámbito penitenciario han suscitado tradicionalmente la cuestión de su naturaleza jurídica. ¿Se trata de normas administrativas, procesales, penales, penitenciarias o, incluso, no son normas en un sentido jurídico? La cuestión no es meramente discursiva, sino que tiene importantes implicaciones en su desarrollo. Situarlas en uno u otro marco de referencia supone someterlas a distintos principios y garantías.

Durante mucho tiempo se entendió que las normas que regulaban la ejecución de las penas carecían de rango jurídico, siendo entendidas como normas interiores del Estado, una especie de régimen “doméstico”. Los reclusos, como los funcionarios, se vinculan con la Administración mediante unas relaciones especiales de sujeción. A partir de esta teoría el status jurídico

⁸⁷ El caso chileno el Juez de Garantía vendría a ser lo más cercano a un juez de ejecución penal o de vigilancia penitenciaria, como sí se contempla en la mayoría de los ordenamientos modernos.

⁸⁸ GARCÍA VALDÉS, CARLOS. *et al.* (2000) Diccionario de Ciencias Penales, Madrid, Edisofer. p. 205.

del interno queda reducido a una forma en extremo sencilla en la que todo son obligaciones y apenas se reconocen derechos. La regulación de la cuestión penitenciaria se hacía por lo general mediante órdenes de servicio o disposiciones dirigidas a resolver cuestiones muy específicas. La teoría de las relaciones especiales de sujeción no puede sostenerse en la actualidad porque en el Estado de Derecho no existen zonas ajenas al control jurídico, y mucho menos cuando se trata de privaciones de derechos fundamentales, los cuales se hayan protegidos por nuestra Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales ratificados por esta.

Tampoco puede aceptarse la naturaleza procesal, porque las normas penitenciarias ni organizan los tribunales ni regulan la actividad jurisdiccional. Es más, los procesalistas distinguen con acierto entre la ejecución y el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la primera de carácter procesal, la segunda, no. La actividad procesal de ejecución se refiere a los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena, en tanto que el cumplimiento es una actividad distinta. Ambos no guardan entre sí una relación de sucesión, sino de contemporaneidad, de ahí que encontremos en el Derecho Penitenciario normas de naturaleza procesal, como las que se refieren a los recursos en el régimen disciplinario, y otras de una naturaleza diferente.

Más lejos se encuentran las normas penitenciarias de las penales. Las separa el que éstas son normas jerarquizadas con una función imperativa y motivadora con el fin de prevenir comportamientos delictivos, mientras que las normas penitenciarias son participativas y adquieren su validez no tanto por su formalización positiva como por su aceptación con la comunidad prisional.

Por último, no son tampoco administrativas porque su contenido va más allá de la mera regulación de la actividad de un órgano administrativo. De la misma manera que las relaciones entre interno y Administración, no se agotan con la relación jurídico-administrativa.

Actualmente la doctrina tiende a considerar el Derecho Penitenciario como un Derecho material y autónomo distinto del Derecho Penal y Procesal, por cuanto cada uno tiene su propio contenido, pero que sin embargo, junto a ellos forma el sistema jurídico penal guardando entre sí una relación inmediata. En este sentido, afirmamos que la autonomía del Derecho Penitenciario es una autonomía integradora; quiere decir que en la actualidad el Derecho Penitenciario ha abandonado su secular carácter secundario y es más bien, como apunta Pavarini⁸⁹, el Código Penal el que va a encontrar en él una instancia ejecutiva con la que reconciliarse orgánicamente, incorporando en su

⁸⁹ PAVARINI, Massimo, 1995, "Fuera de los muros de la cárcel: La dislocación de la obsesión correccional", en: BUSTOS, Juan (dir.) Prevención y teoría de la pena, LexisNexis, Santiago de Chile, p.156 y ss.

reforma las estrategias de política penitenciaria. El Derecho Penal moderno no puede hoy prescindir, en rigor, de un atento análisis de la legislación penitenciaria.

En orden a los principios inspiradores de esta rama del sistema penal, declararse por una autonomía integradora significa que el Derecho Penitenciario se vincula a los principios generales del sistema penal aportando además algunos que le son propios derivados de la relación jurídico-penitenciaria. Así por ejemplo, mientras que el principio de legalidad se muestra igualmente eficaz en el Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, el principio de resocialización sólo afecta a este último.

En la órbita penitenciaria tiene su principal baluarte, hasta el grado de que no se ha podido hacer dogmática puramente penitenciaria ni segregar con nitidez, para efectos docentes y doctrinales, el Derecho penitenciario.⁹⁰

2.2. Principios informadores del derecho penitenciario

En el Derecho Penitenciario, al igual que en otras ramas del derecho, existen principios que informan el contenido del mismo, sirviendo además como guías que han de seguirse para su eventual desarrollo y ejecución. En términos

⁹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. ob cit. p 30.

comparados, el Derecho Penitenciario consta de más o menos cuatro grandes principios, no obstante, en nuestro ordenamiento no todos ellos están reconocidos. Algunos de estos principios son comunes a otras ramas del derecho y actúan de forma similar, pero hay algunos que son propios de esta materia y son reconocidos tanto en la normativa internacional como en la vernácula. En razón de ello, el desarrollo siguiente será muy dispar, prestando especial importancia a los principios de legalidad y resocialización.

2.2.1. Principio de legalidad

2.2.1.1. El sentido genérico de la garantía ejecutiva

La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión, tiene como punto de partida la exclusión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad. “La previa condena y la aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad en el Ordenamiento Jurídico. La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está

presidida por el respeto a las normas”.⁹¹ Así, la ley y el reglamento penitenciarios establecen una serie de normas jurídicas que regulan la vida del preso. “Pero si se pone el acento sólo en ellas, se pierde la perspectiva de la realidad sobre la que se proyectan”.⁹²

2.2.1.2. Fundamento y origen del principio de legalidad

En términos de fundamentación del sistema, Ferrajoli entiende que la importancia del respeto al principio de legalidad resulta máxima, pues afecta a la legitimidad del mismo.⁹³ Según indica Bergalli, “el principio de legalidad arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”.⁹⁴

⁹¹ MATA Y MARTÍN, RICARDO M. 2011. “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año X, N° 19. p.55.

⁹² BELTRÁN, NUÑEZ. 2005. “*El cumplimiento de la pena de prisión*”, en Molina Blázquez, María (Coord.), “*La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*”. Editorial Bosch. p. 140. En tal sentido, es un hecho innegable que los reclusos y el propio sistema penitenciario en su conjunto crean sus normas no jurídicas, incluso contra legem, hasta el punto de decirse que “la práctica es la que hace la norma y no la norma la que hace la práctica”(Mansuy, Isabelle, “The Principle of Legality and the Execution of Sentences in France and Germany: Law = Rights?”, Champ pénal/Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie [En línea], Vol. II, 2005. Consulta 29-05-2013. [URL: <http://champpenal.revues.org/3263>]).

⁹³ En tal sentido FERRAJOLI, Luigi, 1995, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trotta, 2001, pp. 21-22. Hay opiniones como las de Naucke, quien apunta a la racionalidad del sistema y señala que “sin principio de legalidad no hay en los tribunales ambiente alguno posible de racionalidad”. (NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), 2000, La Insostenible situación del Derecho Penal, Granada, COMARES, p. 545).

⁹⁴ MATA Y MARTÍN, ob cit. p. 56. Citando a Bergalli. 1998. “*Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*”, en Jueces para la Democracia N°32, p. 58. A propósito del principio de legalidad y su importancia en la formación del Derecho Público y el Estado

En términos conceptuales, podemos establecer una diferencia entre el principio de mera legalidad, como “principio perteneciente al Derecho público que establece las condiciones para la existencia de toda norma jurídica”⁹⁵ y, por otra parte, el principio de estricta legalidad, “con el cual se condiciona la validez de las leyes a la taxatividad de sus contenidos”⁹⁶. Este último, constituye una garantía exclusiva del Derecho Penal, que impone ciertas exigencias a la propia ley respecto de su aplicación por parte de los jueces.

Bergalli señala que la vigencia del principio se encuentra fuertemente socavada por las transformaciones sufridas por el Estado y por las interpretaciones surgidas desde distintas tradiciones jurídicas, pese a lo que “sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuando desde los sectores hegemónicos de la sociedad”.⁹⁷ El principio de legalidad constituye el punto de encuentro de distintas perspectivas “aparece enclavado en el punto de acoplamiento estructural o interpenetración”⁹⁸ del sistema político y el sistema jurídico.

Moderno, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2001, *La Lengua de los Derechos*, Madrid, Alianza.

⁹⁵ MATA Y MARTÍN, ob cit. p. 56.

⁹⁶ MATA Y MARTÍN. id.

⁹⁷ MATA Y MARTÍN ob cit. p. 57, en continuación de nota 8. Citando a Bergalli, p. 62.

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, “*Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?*”, en ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTÍN (Directores) y MUÑOZ DE MORALES, ROMERO (Coordinadora). 2007. “*El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. p. 70.

2.2.1.3. Fórmulas normativas del principio

Al respecto, Cuello Calón señala que a partir del “principio básico de legalidad de la pena, se origina como consecuencia lógica el de la legalidad de su ejecución”. Esto puede ser resumido en la máxima “*nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege*”. Luego, la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad no ha de quedar abandonadas al libre arbitrio de la autoridad penitenciaria, o de la administración, sino que habrá de practicarse con arreglo a lo dispuesto en las leyes u otras disposiciones legales. La garantía penal, asegurada por el principio de legalidad de las penas, quedaría incompleta en gran parte sin la "garantía ejecutiva"⁹⁹ que protege la legalidad de la ejecución de la pena.

El principio de legalidad de las penas no se encuentra expresamente consagrado en nuestro ordenamiento, sin embargo, este puede ser construido de manera doctrinal a partir del artículo 19 número 3 incisos 6 y 7 de nuestra Constitución Política de la República, el cual señala: “La Constitución asegura a todas las personas: 6° Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado; y, 7° Ninguna ley podrá establecer penas

⁹⁹ La garantía de ejecución importa la imposibilidad de ejecutarse una pena si no es de conformidad a las circunstancias determinadas por la ley y en los reglamentos. (RANCIONERO CARMONA, FRANCISCO. 1999. “*Derecho penitenciario y privación de libertad*”. Madrid, Dykinson, p. 33).

sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”; debiendo abarcar este principio, las etapas de conminación, adjudicación y ejecución de la pena o medida de seguridad.¹⁰⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ley alguna que regule lo relativo a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, agravándose esta circunstancia por la inexistencia de una instancia jurisdiccional exclusiva que resuelva los conflictos que surgen entre los internos y la Administración Penitenciaria o de los internos entre sí. Además, la infracción al principio de legalidad es fácilmente constatable, puesto que la ejecución de la pena privativa de libertad está regulada en un Decreto¹⁰¹. Ante lo expuesto, una comisión especial de la Cámara de Diputados ya había propuesto en enero de 1992 la elaboración de una Ley Penitenciaria para resolver en parte los problemas del sistema penal; sin embargo, los problemas que expuso la Comisión subsisten aún 22 años después dado que a la fecha la legislación en el ámbito penitenciario es incompleta, con déficit en la protección jurisdiccional en la ejecución penal, generando condiciones materiales poco transparentes.

¹⁰⁰ VALENZUELA, JONATHAN. 2005. *“Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile”*, en: Revista de Estudios de la Justicia, N°6. p.199.

¹⁰¹ Decreto Supremo 518 de 1998, del Ministerio de Justicia.

La ausencia de una base legal para la ejecución de las penas privativas de libertad constituye una violación del principio “*nulla poena sine lege*”. Otros autores ven en dicha ausencia una violación a los principios rectores del Estado de Derecho y de los Tratados sobre Derechos Humanos Internacionales ratificados por Chile y con actual vigencia¹⁰².

Sería un progreso fundamental del sistema penitenciario la introducción de un dogma *nulla executio sine lege*, con el mismo carácter corriente de su equiparable penal, que permita a los sujetos penitenciarios conocer ex ante la materialidad del sistema, pudiendo dentro del mismo ejercer sus derechos plena e informadamente.¹⁰³ Ello generaría que los ciudadanos puedan conocer con una estimable precisión y antelación cuál es la conducta penada (tipo penal) y cuál es la intensidad de la sanción (pena) y por sobretodo de qué modo se va a ejecutar ésta. La respuesta penal, a diferencia de otras, está sometida a unas reglas de determinación estrictas pensadas como una garantía para la persona y la ciudadanía en general¹⁰⁴.

¹⁰² STIPPEL, JÖRG. 2006. “Las Cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile”. Santiago, LOM. Esto además acarrea la necesaria consecuencia de que el penado se convierta en “cosa de la administración”. A su condición de “sujeto” de la ejecución se sobrepuso la de “objeto”, lo cual conlleva a que sea mermado constantemente en sus derechos fundamentales y sirva sólo de instrumento estadístico-cuantitativo del sistema. El sistema debería estar planteado al servicio de él y no considerar al reo como parte del inventario.

¹⁰³ GARCÍA RAMÍREZ. ob cit. p 35

¹⁰⁴ MAPELLI, Borja. ob cit. p 121.

2.2.2. Control judicial

Los privados de libertad en el ámbito penitenciario se encuentran en constante riesgo de sufrir afectaciones ilegítimas a sus derechos fundamentales. Es por ello que Foucault ha señalado que “el sistema penitenciario es la región más sombría del aparato de justicia”¹⁰⁵. Aquí junto a la privación de libertad (ambulatoria), existe una privación respecto del ejercicio de otros derechos, tales como la intimidad, la libertad de información o expresión, libertad de creencia, etc., cuestión que en muchos casos no es cuestionada por los propios afectados y es aceptada o tolerada por quienes tienen el deber de proteger y asegurar tales derechos.¹⁰⁶

El principio de proporcionalidad que es propio del derecho penal también encuentra su amenaza en las actuaciones realizadas por los funcionarios de la administración penitenciaria, toda vez que no existe una delimitación clara respecto de los derechos y deberes a que se ven sometidos los condenados, más aun teniendo en cuenta la especial calidad de estos sujetos en relación al

¹⁰⁵ KÜNSEMÜLLER, Carlos, 2005, La Judicialización de la Ejecución Penal, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso, pp.115.

¹⁰⁶ Según señala el profesor KÜNSEMÜLLER “el Derecho Penal sustantivo no le toca al delincuente ni un solo pelo, pero en la ejecución penal, representada fundamentalmente, por la privación de libertad, los hombres pierden su personalidad y su sociabilidad”. KÜNSEMÜLLER, op cit, p.116.

Estado (relación de sujeción, en que debe regularse el modo de preservación, tutela y ejercicio de los derechos no afectados por la pena).

El contenido mismo del principio de control establece la función exclusiva de los jueces y tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicho contenido normativo se encuentra ampliamente difundido en la legislación comparada, estableciéndose normas consagradorias del mismo. A este efecto sirva señalar el caso español, que en el artículo 3.1 del Código Penal español, establece que: “no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”.

En nuestro ordenamiento no existe una consagración expresa de este principio, no obstante es posible deducirlo de la interpretación de ciertas normas de nuestra Constitución Política y del Código Procesal Penal.

En este sentido, el artículo 10 del Código Procesal Penal establece la Cautela de garantías, la cual queda regulada de la siguiente forma: “En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes,

adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento”.

Asimismo existen otras normas relativas a la protección de los sujetos que se hallaren privados de libertad, como señala el artículo 95 del código recién aludido, en que se establece el “amparo ante el juez de garantía”, que consagra el derecho de toda persona privada de libertad a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, a fin de que este examine la legalidad de su privación de libertad, así como las condiciones en que se encontrare.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Artículo 95 del Código Procesal Penal - Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal

Existe en el Código Procesal Penal un artículo que consagra un llamado control judicial, tal es el caso del artículo 169¹⁰⁸, no obstante, su contenido no hace referencia a lo que nosotros interpretamos como un principio fundamental del sistema penitenciario. Luego, el artículo 186 vuelve a hacer referencia a este control judicial, pero ahora a propósito del control de detención, etapa anterior a la formalización de la investigación.¹⁰⁹

En la legislación comparada existen normas que establecen las atribuciones de los tribunales para hacer cumplir la pena impuesta, a modo de ejemplo, el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria Española señala que: “El juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

¹⁰⁸ Artículo 169.- Control judicial. En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva.

Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales.

¹⁰⁹ Artículo 186 CPP.- Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.

En Chile este principio tiene una aplicación incompleta, por cuanto luego de ejecutar la pena, no existe un ámbito judicial al que puedan recurrir los privados de libertad, no obstante ello, a partir del párrafo 2° referido a la ejecución de las sentencias penales, se consagran una serie de artículos que nos ayudan a construir un principio de control judicial o de judiciabilidad de la ejecución de las penas. Para ello es necesario el marco legal que establece el artículo 467¹¹⁰ que señala a que normas debe ceñirse la ejecución de las sanciones.

Un requisito esencial que establece nuestra legislación para proceder al cumplimiento y ejecución de las sentencias es que éstas se encuentren ejecutoriadas. Frente a ello el artículo 468¹¹¹ del Código Procesal Penal señala que “Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo”. Este párrafo, reconoce la obligación de parte de los tribunales de llevar a cabo la ejecución de las sentencias. Asimismo, el artículo 472 establece la ejecución civil, señalando: “En el cumplimiento de la decisión civil de la

¹¹⁰ Artículo 467.- Normas aplicables a la ejecución de sentencias penales. La ejecución de las sentencias penales se efectuará de acuerdo con las normas de este Párrafo y con las establecidas por el Código Penal y demás leyes especiales.

¹¹¹ Artículo 468.- Ejecución de la sentencia penal. Las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo.

Quando el condenado debiere cumplir pena privativa de libertad, el tribunal remitirá copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado estuviere en libertad, el tribunal ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior.

sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil”.

Existen otras herramientas establecidas por las leyes chilenas que tienen mayor o menor injerencia en la ejecución de las sentencias, tal es el caso del recurso de revisión o revisión de sentencias firmes. Las normas que regulan este recurso se encuentran en los artículos 473 y siguientes del Código Procesal Penal.¹¹²

A propósito de una posible reforma al sistema Valenzuela Saldías apunta que “sin duda la propuesta de una jurisdicción especializada para la resolución de los conflictos que se susciten en el ámbito de la ejecución de las penas

¹¹² Artículo 473.- Procedencia de la revisión. La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:

- a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola;
- b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena;
- c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal;
- d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado, y
- e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme.

Artículo 477.- Efectos de la interposición de la solicitud de revisión. La solicitud de revisión no suspenderá el cumplimiento de la sentencia que se intentare anular.

Con todo, si el tribunal lo estimare conveniente, en cualquier momento del trámite podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y aplicar, si correspondiere, alguna de las medidas cautelares personales a que se refiere el Párrafo 6º del Título V del Libro Primero.

constituye una de las demandas de reforma al sistema penitenciario más generalmente planteada”. Tal es el caso que desde principio de los años noventa distintos actores han abogado por una reforma al sistema de ejecución de penas¹¹³.

En tal sentido el principal apoyo institucional a la propuesta de un órgano jurisdiccional especializado se halla en el artículo 25 letra b) del Pacto de San José de Costa Rica¹¹⁴, por cuanto establece el derecho a contar con un recurso efectivo, para la protección contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes. Frente a ello, se podría decir que a lo menos de forma parcial nuestra legislación cumple al establecer los recursos de protección y amparo como medios de cautela de los derechos fundamentales frente a las posibles afectaciones derivadas de actuaciones arbitrarias y o ilegales por parte de particulares y el Estado.

¹¹³ Este punto será abordado en el capítulo 5 del presente trabajo.

¹¹⁴ El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el acápite sobre protección judicial prescribe que:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

“2. Los Estados partes se comprometen:

a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

2.2.3.- Humanidad

Este principio deriva de la asunción de los legisladores penitenciarios respecto de los principios de proporcionalidad de las penas y del respeto a la dignidad humana del recluso. En Chile, a partir del Reglamento Penitenciario de 1993 se entiende comprendida en nuestra legislación la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Así lo regulaba el artículo 6 del Decreto Supremo 1771 señalando que: “Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u otra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento”.

Asimismo desde el año 2009, mediante el Decreto 340 publicado en el Diario Oficial de Chile (núm. 39288) con fecha 14 de febrero de 2009, se ratificó el protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹¹⁵. “Este protocolo obliga a los Estados a crear mecanismos nacionales de prevención, cuyos responsables tendrán la potestad de visitar, sin aviso previo, cualquier lugar de detención. A su vez tienen el derecho de ver los registros, hablar con todas las personas privadas de libertad sin restricción alguna y de hacer recomendaciones a las

¹¹⁵ Este protocolo implica una reiteración del Pacto de Internacional de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo en el art.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Bélem, entre otros.

autoridades”¹¹⁶. A pesar de ello, en el informe anual del Instituto de Derechos Humanos (INDH) del año 2011, se señalaba que desde el momento de la ratificación del protocolo habían pasado tres años sin que el Estado hubiese creado un mecanismo nacional de prevención¹¹⁷. Frente a esta situación, el Gobierno informó a las Naciones Unidas que dicho mecanismo sería creado al alero de este instituto.¹¹⁸

En la ejecución penitenciaria resulta absolutamente necesario armonizar la dignidad humana del recluso con la tutela jurídica a que se encuentran sometidos. Siendo obligación de la administración penitenciaria reducir dentro de sus competencias los efectos nocivos que la pena privativa de libertad conlleva. En tal sentido es concluyente la afirmación de Beccaria al señalar que: “no hay libertad cuando algunas veces las leyes permiten que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa”.

¹¹⁶ STIPPEL, Jörg, 2013, Cárcel, derecho y política, Santiago, LOM, p.158.

¹¹⁷ INDH, 2011, Informe anual 2011, Santiago, p. 198.

¹¹⁸ Véase la declaración de la Oficina del Alto Comisionado titulada, Mecanismos para prevenir la tortura en América del Sur: El camino a seguir, en: <<http://acnudh.org/2012/05/mecanismos-para-prevenir-la-tortura-en-america-del-sur-el-camino-a-seguir-en-chile/>>

2.2.4.- Principio de Resocialización

La resocialización implica la creación o modificación de las condiciones sociales necesarias para producir menor índice de delincuencia. No obstante, este principio no está ajeno en la ejecución penitenciaria a su propia crisis en su interpretación ni a los obstáculos con que se encuentra.

El reconocimiento del principio de resocialización en nuestro sistema lo encontramos en la LOC Gendarmería n° 2859 de 1979, la cual en su artículo 1 dispone: “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y **contribuir a la reinserción social** de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”¹¹⁹; sin embargo, en concreto, de acuerdo al funcionamiento de dichos recintos, no se aprecia como prioridad la reinserción

¹¹⁹ Anterior a la modificación de la Ley Orgánica, por parte de la ley 20.426 del año 2010, el artículo 1° señalaba: “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”. Es curioso que la modificación solo sea de una palabra y según STIPPEL podría explicarse de la siguiente forma: “La tarea de ‘rehabilitar’ a alguien tiene una connotación invasiva y forzosa aplicable a todos durante la reclusión, en cambio ‘contribuir a la reinserción social’ alude más bien a la idea de ayudar a un sujeto y pone énfasis en el hecho de que cada recluso va a salir en algún momento de la cárcel y que requiere estar preparado para ello”. Además, con esta declaración no pasa desapercibido que “Gendarmería de Chile sea uno más dentro de los órganos públicos encargados de la reinserción del condenado”. (STIPPEL, Jörg, 2013, Cárcel, derecho y política, Santiago, LOM, p.173).

de los internos, reflejándose lo anterior en los montos que los presupuestos dedican a este ítem, que son generalmente más bajos, sin siquiera superar el 1% en muchos casos¹²⁰.

En efecto, en nuestro país, de los ítems consultados, los programas de reinserción y salud son los que ocupan un menor porcentaje, aunque tomados individualmente todos han aumentado su gasto. Respecto al presupuesto, la tendencia desde el año 2000 ha sido creciente, con un promedio anual de más del 35,4%. Los gastos en personal representan el mayor rubro con 62,5%, 62,1% y 66,8% en el año 2005, 2006 y 2007. Los gastos en programas de reinserción han ido disminuyendo de 25,2% en el año 2005 a un 20,1% del presupuesto total en el año 2007.¹²¹

La función resocializadora tiene una base histórica, puesto que ya en el siglo XVIII se pretendía que las penas fuesen moderadas y proporcionales a los delitos; surgiendo desde entonces la idea de la penitenciaría, de la cárcel. Con el surgimiento de la cárcel, cambió también la finalidad con que se aplicaban las penas (corrección); de allí entonces surge la idea de la resocialización que se funda en la premisa de cambiar (o mejorar) a un sujeto.

¹²⁰ DAMMERT, Lucía. 2006. El sistema carcelario en América Latina y el Caribe. *Santiago, Flacso*.

¹²¹ *Idem*.

De acuerdo a lo anterior, resulta pertinente preguntarse ¿Quién quiere educar, reformar y preparar para una futura vida en libertad al economista que fraudó a un banco, al gobernante que engañó al fisco, al empresario que contaminó el medio ambiente?, quizás nadie. La percepción común de delincuente profusamente aprovechada por los políticos, castigada por los legisladores y comercializada por los medios de comunicación masiva, es la del hombre “malo”, el “bandido”, el “pato malo”, quien contraviene con su forma de vida las expectativas sociales.

Más allá de los intereses sectoriales y de la aparente selectividad del sistema penal, la cárcel y en consecuencia la pena privativa de libertad, como herramienta ideada para transformar y “mejorar” al sujeto sometido a su aplicación, no es el mejor camino a seguir para cumplir este fin.

El proceso de resocialización dentro de las cárceles queda en abierta contradicción con la autonomía de la voluntad de los sujetos¹²²; de esta manera, la cárcel cumple también una serie de funciones no estipuladas en la sentencia condenatoria que impone una pena privativa de libertad. De lo anterior, surge el cuestionamiento fundamental respecto a la utilidad de la cárcel como

¹²² Según señala Jonatan Valenzuela, sólo es posible plantear la defraudación de una expectativa normativa respecto de quien razonablemente puede esperarse que comprenda eficazmente el mensaje normativo que contiene la ley y que puede actuar conforme a él (VALENZUELA, Jonathan, 2005, “Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile”, REJ, N°6.)

herramienta de resocialización, por ser la propia pena la que estigmatiza al delincuente frente a la sociedad.

Se hace urgente a estos propósitos la necesidad de someter a la deliberación democrática la determinación del “para qué” y “cómo” debe padecerse la pena en el ámbito penitenciario nacional; no basta una función resocializadora de la pena si las diversas instancias ideológicas y operativas del sistema no actúan de un modo coherente con dicho propósito.

Finalmente, el deber de resocializarse recae sobre la sociedad, respecto de su confianza en la cárcel¹²³; esto, por cuanto dentro de las prioridades de la ciudadanía no se encuentra el destinar recursos, presupuestarios o personales, en mejorar a un individuo que cometió un delito. Por tanto, el gran desafío es partir por “transformar” el pensamiento ciudadano para que el reo resocializado que sale de la reclusión se enfrente nuevamente a una sociedad abierta a acogerlo.

¹²³ CONTESSE, Jorge, 2009, Informe anual sobre derechos humanos en Chile, Universidad Diego Portales, Programa Acciones de Interés Público y Derechos Humanos, Santiago de Chile, Ed. Universidad Diego Portales.

CAPÍTULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO

3.1. Introducción

“En un sentido amplio, por ejecución penal se entiende el cumplimiento de cualquier sanción. En un sentido estricto, sólo el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. Luego, en este último sentido se entiende tanto el cumplimiento de las penas como de las medidas que impliquen una privación de libertad”¹²⁴ Para efectos de este trabajo, nos referiremos a esta última acepción, más restringida, que entiende la etapa de ejecución como el cumplimiento de una pena privativa de libertad y también a la ejecución de medidas privativas de libertad diferentes al cumplimiento de una condena.

En las últimas décadas ha sido posible observar una evolución en el ámbito internacional en materia de ejecución. Diversos Tratados Internacionales han elevado los estándares que deben cumplir los Estados a nivel de Derechos Humanos, teniendo como base el respeto por la dignidad de las personas al interior de los recintos penitenciarios. Muchos países ya han adecuado su normativa a esos estándares, creando sistemas que permitan a quienes se encuentran privados de libertad, acceder de forma expedita al sistema judicial

¹²⁴ BUSTOS JUAN y HORMAZÁBAL HERNÁN. 1997. Lecciones de Derecho Penal, volumen I. Madrid, Editorial Trotta, p 222.

de modo de hacer valer sus derechos. Nuestro país sin embargo, se encuentra en deuda en esta materia. El Sistema Penitenciario en Chile mantiene una estructura que depende directamente de la administración (que se encuentra en manos de Gendarmería de Chile) y con un dificultoso acceso al poder judicial. No existe una judicatura especializada que conozca los problemas que sufren a diario las personas privadas de libertad, ya sea por sentencia ejecutoriada como quienes se encuentran cumpliendo alguna medida preventiva que implique la privación de libertad. Actualmente, estas reclamaciones son conocidas por el Juez de Garantía, que es al mismo tiempo quien resguarda los derechos de la víctima y los testigos. Esto supone el inconveniente que muy probablemente el juez tienda a ver al recluso como un imputado dentro del proceso penal y no como una víctima que solicita la defensa de sus derechos contra el aparato estatal. “Parecería más conveniente, que en estos casos se tratase de jueces administrativos y no de jueces penales, pues estos últimos tienden a ver en el preso al acusado y no al querellante.”¹²⁵

El Presidente de la Corte Suprema, el señor Milton Juica, en su discurso de inauguración del año judicial 2011 señaló lo siguiente: “La situación penitenciaria en Chile se encuentra en un estado de colapso absoluto y de

¹²⁵ FEEST, Johannes. Ponencia realizada en Santiago de Chile, Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 21 y 22 de Agosto de 2003. La protección jurídica en el ámbito penitenciario, en Cd-Rom “Acceso a la Justicia en el ámbito penitenciario”, Editado por GTZ, 2004.

irrespeto grave a los derechos y garantías de quienes están privados de libertad, la que requiere una solución inmediata por quienes tienen la obligación de hacerlo, ya que estos sucesos, que fácilmente se olvidan, se producen con una frecuencia inaceptable”¹²⁶. Esto a raíz del incendio ocurrido en la cárcel de San Miguel en Diciembre del año 2010 en el cual fallecieron 81 internos.

Situaciones como estas requieren de la implementación de soluciones que pongan el acento en el respeto a los derechos y dignidad de las personas que se encuentran privadas de libertad.

Atendidas las condiciones actuales en nuestro país, es imperioso que exista una modificación de raíz, que entre de lleno a la creación de una legislación tanto penitenciaria como post-penitenciaria, que sienta las directrices de control y orientación de la pena, como la de una judicatura especializada que mire a las personas privadas de libertad como sujetos de derechos y que tenga un cabal conocimiento del funcionamiento del sistema penitenciario. En caso contrario, nos mantendremos en un sistema arcaico con escasos derechos una vez dictada la sentencia y muy alejados del ideal resocializador que señalan los diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se mantienen vigentes.

¹²⁶ Discurso inaugural del año judicial, el Presidente de la Corte Suprema, Milton Juica, a propósito del incendio de la cárcel de San Miguel el año 2010.

No obstante, antes de abordar la necesidad de una reforma y el proceso en que se encuentran dichas materias, resulta necesario revisar las fuentes del derecho penitenciario, lo cual nos llevará a entender la situación actual a nivel normativo. Según Bernardo de Quirós, las fuentes propias del derecho penitenciario son “la Constitución Política del Estado, el Código Penal, las leyes ejecutivas, los reglamentos institucionales, las resoluciones administrativas y las costumbres carcelarias”¹²⁷. Para nuestro caso, esta enumeración no sería precisa, por cuanto no comprende el Código Procesal Penal y Código de Procedimiento Penal, además de múltiples normas que se encuentran disgregadas en nuestro ordenamiento, incluyendo en ellas, las costumbres carcelarias.

A modo de graficar el carácter de tal disgregación, basta citar como ejemplo el Compendio de Derecho Penitenciario preparado por la Defensoría Penal Pública, que tenía como pretensión, comprender dentro de un único texto, todas las normas relativas al ámbito penitenciario y la ejecución de las penas, no logró tal fin a cabalidad, escapando algunas disposiciones a tal compilación.

La normativa penitenciaria en nuestro país cuenta con estudios tan viejos como la memoria de grado de Benjamín Vicuña Mackenna, la cual ya describía

¹²⁷ DE QUIRÓS, Bernardo: Lecciones de Derecho penitenciario, pp. 15-16.

problemas que reflejaban un estado muy similar a la actual. No obstante ello, recién a comienzos de los noventa, a partir de la ratificación de tratados internacionales por parte de Chile, se obligó a reformular la normativa interna a efecto de procurar el respeto a los Derechos Humanos.

Para examinar nuestra normativa penitenciaria, es necesario hacerlo a partir de los tratados internacionales ratificados por Chile, cuestión que presenta distintos niveles de relevancia; en principio por la discusión que supone el valor que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional; por el grado de acogida que presentan los derechos universalmente reconocidos y cuál ha sido su inclusión; así como el problema relativo a la disgregación de las normas, lo cual dificulta enormemente realizar una sistematización de las mismas.

El esquema de análisis que se utilizará implica una lectura de cada tratado de manera individual, destacando los derechos pertinentes en cada uno de ellos y su descripción normativa.

Una de las características de la ejecución de la pena en nuestro país, según hemos señalado y hablando en términos puramente normativos, es que carece de un cuerpo orgánico que la regule. Esta etapa del proceso penal, y en general el cumplimiento tanto de sanciones penales -privativas y no privativas

de libertad- como de otras medidas que pudieren implicar una privación de derechos, se encuentra regulada en una serie de normas dispersas en diversos cuerpos normativos, algunos de carácter legal pero fundamentalmente en textos reglamentarios. Existe referencia también a esta materia a nivel Constitucional y en los Tratados Internacionales.

Comenzaremos nuestro estudio haciendo una revisión de las normas más importantes actualmente aplicables a esta materia, a fin de enmarcar la discusión y conocer parte de la situación que actualmente existe en Chile.

3.2. Constitución Política de la República

Nuestra carta fundamental no se refiere de manera expresa a la ejecución penal pero establece una serie de directrices que enmarcan el cuadro de las garantías que corresponden a toda persona en tanto sujeto de derechos, como particularmente a quienes se encuentran sufriendo alguna sanción o medida que implique privación de libertad o de derechos.

La Constitución Política de la República comienza señalando que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Y aunque pueda parecer evidente, es indispensable hacer presente que este principio básico - que también aparece señalado en la Declaración Universal de los Derechos

Humanos- se aplica a todas las personas, sin distinción alguna de raza, sexo o condición; este principio general y básico alcanza también, y sin lugar a dudas, a aquellas personas que se encuentran privadas de libertad producto de una condena o medida precautoria, lo cual implica que dicha privación o restricción de derechos debe realizarse siempre con estricta sujeción a lo establecido por la Ley, que es la única autorizada para limitar la libertad, y alcanzar sólo aquellos derechos que resultaron afectados por sentencia firme y ejecutoriada, y no a otros derechos ni de otra forma que la señalada por la Ley y el juez.

Toda restricción de derechos debe estar autorizada por una resolución judicial emanada de un razonamiento jurídico basado en una Ley.

Uno de los artículos más relevantes de la Constitución es el N° 19, referido a los Derechos Fundamentales de las personas, y por supuesto merece en este punto una referencia respecto de aquellos numerales que pudieran resultar directa o tangencialmente relevantes en materia de ejecución:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”

Este derecho básico es fundamental para aquellas personas que se encuentran privadas de libertad. Es deber del Estado velar porque las condiciones al interior de los recintos penitenciarios sean adecuadas, de forma

que sólo se prive de la libertad, pero que se resguarde la vida, integridad y en cualquier caso, la dignidad de las personas.¹²⁸

Es importante que el marco legislativo que regule la ejecución de las sentencias penales tenga especial énfasis en el resguardo de la vida, integridad física y psíquica de todas las personas que se encuentran privadas de libertad o cumpliendo una pena de cualquier naturaleza. Esto teniendo en cuenta que la vida de estas personas se encuentra por completo regulada según los estándares que existen al interior de los recintos penitenciarios, teniendo los reclusos un margen mínimo de decisión respecto de sus propias actuaciones. En términos generales ellos no pueden, dentro de una cárcel, velar por su propia vida y su integridad; es el Estado quien debe hacerlo por ellos.

“3º Igual protección en el ejercicio de sus derechos (...)

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos...”

¹²⁸ Esto puede vincularse con el artículo 2 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que señala que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado.

La igualdad ante la Ley debe ser asegurada por el Estado, tanto por el legislador, como dice el texto, como por el poder judicial en el ejercicio de sus atribuciones. Es relevante que existan los mecanismos adecuados para que las personas puedan ejercer sus derechos frente a un organismo jurisdiccional imparcial y en base a normas de carácter legal.

Del artículo N° 19 de la Constitución es el numeral 7° el que se refiere más directamente a la temática de la ejecución en materia penal, toda vez que se vincula específicamente a la libertad personal y a la libertad de desplazamiento. Este número asegura a todas las personas “el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. En 9 letras señala diversas situaciones y derechos que deben resguardarse en el marco de la detención de una persona, de forma que se asegure su integridad, dignidad y sus derechos en general durante todo el proceso.

De todas las situaciones que trata este numeral, estimamos es fundamental poner énfasis, para efectos de este trabajo, en lo señalado en la letra b): “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las Leyes”.

Y es de toda la relevancia esta letra porque en esta simple frase lo que hace es dar rango constitucional a uno de los principios formativos del Derecho

Penal, que es el principio de legalidad. Toda persona tiene derecho a su libertad personal, salvo que una ley, o la propia Constitución permitan la privación o limitación de este derecho, y asegura además que este sólo podrá restringirse en la forma que estas señalen.

Existe aquí un conflicto entre lo que señala la Constitución y la forma en que actualmente se lleva a cabo la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, pues si bien es claro que la restricción de libertad sólo se produce en los casos establecidos en la Ley, la manera en que ésta se lleva a cabo se rige sólo a muy grandes rasgos por una Ley (La Ley Orgánica de Gendarmería), pero en lo sustancial se rige sólo por normas de carácter reglamentario.

A mayor abundamiento, “[...] en el derecho chileno es manifiesta la infracción de la garantía de ejecución legal de las penas en el ordenamiento jurídico chileno, pues no hay un cuerpo normativo con rango de Ley que regule todo lo concerniente a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, agravada esta situación por la inexistencia de una instancia jurisdiccional exclusiva que resuelva los conflictos que surgen entre los internos y la Administración penitenciaria o de los internos entre sí.”¹²⁹

¹²⁹ VALENZUELA, Jonatan. ob cit. p 199.

3.3. Instrumentos internacionales ratificados por Chile

El artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de 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”.

No obstante la discusión que existe a nivel doctrinario respecto del rango que adquieren las normas internacionales al interior de nuestra legislación producto del artículo 5, lo relevante para efectos de este trabajo es que los instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes tienen pleno valor normativo, y dado que forman parte de nuestra legislación, haremos una revisión de las principales normas internacionales relativas a los derechos que deben tener aquellas personas que se encuentran privadas de libertad por acto de autoridad del Estado.

3.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, de acuerdo a su carácter general, no trata específicamente los derechos

fundamentales en el ámbito penitenciario, así como las condiciones que dicho espacio debe prestar con el objeto de proteger y respetar los mismos. No obstante, existen numerosas normas que resultan completamente atingentes y es necesario destacarlas:

3.3.1.1. Igualdad

Tal como establece el artículo 1 de la Declaración “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, cuestión que se reitera y profundiza en el artículo 2.1 al señalar que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El artículo 6 establece el principio de igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de ésta. Mientras que el artículo 8 señala que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Todo es reafirmado en el artículo 10.

3.3.1.2. Legalidad

Este principio no se encuentra expresamente indicado, pero se deduce de la norma del artículo 9 que señala que “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. La prohibición de arbitrariedad implica la previa tipificación de la conducta por la cual se detiene o somete a juicio a una persona, estableciendo los mecanismos de dicho procedimiento y obligando al seguimiento de un debido proceso de ley.

3.3.1.3. Humanidad de las penas

El artículo 5 establece que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Esta cláusula implica una prohibición de exceso en la administración de las penas y conductas por parte del Estado, cuestión que a nivel de teoría de la pena está justificado en el Principio de Proporcionalidad. A modo complementario, es útil indicar la prohibición de esclavitud que dispone el artículo 4 del mismo cuerpo legal.¹³⁰

¹³⁰ Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante, DUDDHH: Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

3.3.1.4. Vigencia de los derechos

Aquí nos referimos a derechos que son propios de todo individuo y en razón de ello, la normativa establece de manera tajante la vigencia de los mismos. No obstante son reconocidos, hay derechos que ni siquiera fuera de la prisión están completamente asegurados. Luego, nos encontramos con discusiones en torno al carácter programático de muchas normas consagradas en nuestra Constitución o reconocidos por ésta:

- Derecho a la propiedad individual (17)
- Libertad de pensamiento, conciencia y religión (18)
- Libertad de opinión y expresión (19)
- Libertad de reunión y de asociación pacífica (20.1)
- Derecho a la seguridad social y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (22)
- Derecho al trabajo. Libre elección, condiciones equitativas y satisfactorias, que le asegure una existencia conforme a la dignidad humana (23)
- Derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre (24)

3.3.1.5. Limitaciones a los derechos¹³¹

El artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que “en el ejercicio de sus derechos libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.¹³²

3.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Si bien el contexto de este pacto tiene un ámbito más restringido, es posible destacar ciertas normas pertinentes:

3.3.2.1. Derecho a la libertad y seguridad personales

El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho a la libertad y seguridad personales, comprendiendo en este precepto diferentes derechos, prohibiciones y obligaciones para con los afectados. Este artículo 9 se encuentra en concordancia con el también artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en términos amplios, consagra el debido proceso de ley.

¹³¹ Carácter de la restricción se funda en el principio kantiano básico de “mi libertad individual termina donde empieza la de los demás”.

¹³² Esta cláusula limitante es conocida en la dogmática de los derechos fundamentales como restricción de restricción o en lengua alemana como *Shranken-Shranken*.

Los numerales del artículo 9 presentan las siguientes cuestiones:

- a) Prohibición de prisión o detención arbitrarias. Esto implica que las únicas causas de privación de libertad deben estar señaladas por la ley, en conformidad con el procedimiento establecido por ésta (9.1). De esta manera la norma actúa ex ante como una razón de primer orden para la determinación de la conducta a seguir.
- b) Obligación de informar a toda persona, al momento de la detención, de las razones de la misma, además se debe notificar la acusación en su contra (9.2).
- c) Se obliga a llevar al detenido ante un juez o funcionario encargado de ejercer funciones judiciales, para que sea juzgada dentro de un plazo razonable¹³³ o dejada en libertad (9.3).
- d) Excepcionalidad de la prisión preventiva. Libertad debe estar sujeta a “garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo” (9.4).

¹³³ La razonabilidad de los plazos, sin embargo, queda a discreción del legislador. En nuestra normativa el control de detención consta de un plazo de 24 horas, desde la detención realizada por Carabineros o Policía de Investigaciones. Hay excepciones a esta regla como es el caso de inmigrantes lo que genera que en la práctica resulte dudosa su irrestricta aplicación.

- e) Derecho de toda persona privada de libertad en virtud de detención o prisión a “recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida si la prisión fuera ilegal” (9.4).

3.3.2.2. Cumplimiento de las penas privativas de libertad

Este artículo 10, es el primer artículo de estas normas internacionales de carácter general que se refiere específicamente al régimen penitenciario. Así, en razón de lo allí señalado, el régimen penitenciario es caracterizado por los siguientes aspectos:

- a) Humanidad de las penas. El artículo 10.1. se refiere a la necesidad de que las personas privadas de libertad, sean tratadas “humanamente” “y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Con ello, se refrenda lo expresado por la Declaración y que el pacto reafirma en su artículo 14.2.
- b) Separación de los sujetos. El artículo 10.2 expresa la necesidad de que las personas privadas de libertad por medidas de diferente naturaleza, tengan un tratamiento penitenciario separado. Quedaría manifiesto en la separación existente entre procesados y

condenados, sujetándolos a un tratamiento “adecuado a su condición de persona no condenada”.¹³⁴

El precepto también implicaría la separación de los menores procesados de los adultos en igual condición; en relación a lo anterior, la norma señalada por el 14.3 expresa que “los menores delincuentes estarán separados de los adultos”.

- c) Finalidad del régimen penitenciario. Según dispone el artículo 10.3, la finalidad es “la reforma y la readaptación social de los penados”, reafirmando la idea de separación, indicando que los menores delincuentes “serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.¹³⁵

3.3.2.3. Normas accesorias

- a) Prohibición de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- b) Prohibición de esclavitud (8.1), servidumbre (8.2.) y trabajos forzados (8.3.a).

3.3.2.4. Derecho de las personas condenadas a muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena.

¹³⁴ Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante, PIDCP, establece el principio de separación: preventiva/ condenados.

¹³⁵ Artículo 1ero del Reglamento Penitenciario.

3.3.2.5. Reafirmación de una serie de Derechos Fundamentales

- a) Prohibición de ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada o en su correspondencia (artículo 17.1. Primera parte).
- b) Prohibición de ataques ilegales a la honra y reputación (artículo 17.1. Segunda parte).
- c) Derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incluyendo la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado (18.1). Todo ello puede ser limitado por la ley en atención al “orden público” (18.3).
- d) Prohibición de ser objeto de “medidas coercitivas” que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección” (18.2).
- e) Derecho a no ser molestado a causa de sus opiniones (19.1).
- f) Libertad de expresión e información (19.2). Puede limitarse por la ley en razón del “orden público” (19.3.b).
- g) Derecho de toda persona de asociarse libremente con otras (22.1 y 2).

3.3.3. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

Si bien pudiéramos señalar que las normas anteriores tienen un carácter general, respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos se podría decir que es de tipo especial, debido a que tiene preceptos dedicados al tratamiento y finalidades penitenciarios.

3.3.3.1. Derecho a la integridad personal

- a) Respeto por la integridad. Aquí se indica que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (5.1). [Art. 19 N°1 inc.1° Constitución Política de la República, en adelante, CPR.]

- b) Prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tal sentido señala que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (5.2). [Arts. 150 N°1, 150A y 150B Código Penal, en adelante, CP; Art. 15 Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, en adelante, LOGENCHI; Art. 6 inc. 1° Reglamento Penitenciario, en adelante, RP; Art. 7° y 10.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante, PIDCP; Art. 5 Declaración

Universal de Derechos Humanos, en adelante, DUDDHH; Arts. 1 y 2.1 CTCID; Arts. 1, 2 y 3 CIPST; Art. 1 PBTR; y Principio 6].

- c) Carácter personal de la pena, cuestión que es expresada en el apartado 3 del artículo 5, señalando que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente”. Ello supone una novedad respecto de las otras Cartas analizadas previamente, por cuanto refleja la necesidad de que no haya sanciones penales directas o indirectas respecto de personas ajenas al hecho cometido, como podrían ser familiares o cercanos al delincuente¹³⁶. [Art. 58 Reg. Mín.]

- d) En relación al régimen penitenciario, en el apartado 4 del artículo 5 se establece la regla general de separación de los condenados y la obligación de sometimiento a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. El apartado 6, consigna la finalidad del régimen al indicar que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. A pesar de la similitud con la norma establecida en el Pacto, la Convención no especifica que la forma de lograr esta readaptación sea el “tratamiento”.

¹³⁶ Caso de la responsabilidad vicarial.

- e) Separación de los menores. El apartado 5 establece la obligación de separación de los menores respecto de los adultos, cuando sean procesados. [Art. 18 RP; y 10.3 PIDCP]

3.3.3.2. Prohibición de la esclavitud y servidumbre¹³⁷

Si bien, la prohibición es clara al señalar que “nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” (6.2), no es absoluta por cuanto establece que “en los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente”. Así, con el objeto de subsanar dicha disconformidad, el numeral 6.3. indica que no constituye trabajo forzado u obligatorio “los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por autoridad judicial competente”. No obstante lo anterior, la segunda parte del apartado 2 establece limitantes al señalar que “el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”.

¹³⁷ La prohibición de la esclavitud existe en Chile desde tiempos de la Patria Vieja, en que por iniciativa de Manuel de Salas, se estableció el 15 de octubre de 1811 la “libertad de vientres”, que consistió en declarar libres a los hijos de esclavos que nacieran a partir de ese instante en el país. Posteriormente, durante el Gobierno de Ramón Freire, se consagró mediante el Art. 8° de la Constitución de 1823, el cual señala que: “En Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás”.

En relación al cumplimiento de dichos trabajos o servicios, la segunda parte del apartado 3 establece que estos deben “realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”. El profesor Rodrigo Medina señala que “esta declaración es de [...] máxima importancia, ya que establece la exclusividad pública del régimen penitenciario y la primacía de la administración en el control de los trabajos en beneficio privado que pueden efectuar los internos”.¹³⁸

3.3.3.3. Caso especial del artículo 8

Este artículo consigna una norma que, a nuestro juicio, puede ser considerada de dos formas: una primera interpretación le otorgaría el carácter de norma general de debido proceso; mientras que una segunda interpretación resultaría de principal importancia en la justiciabilidad de los derechos de los internos. Nos referiremos a esta segunda interpretación.

¹³⁸ Rodrigo Medina Jara, en: “Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario”, en: GJ 290, pp.7 y ss.

El precepto establecido en el apartado 1 del artículo 8, que resulta muy similar a lo indicado en el artículo 14.1¹³⁹ del Pacto, señala que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Según propone el profesor Medina, “por medio de este precepto, puede sostenerse la justiciabilidad de los derechos de las personas reclusas. En primer lugar, por la amplitud de los términos usados por el texto: “...para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En segundo lugar, porque el texto del apartado 6 del artículo 8 de la Convención establece que la justiciabilidad de los derechos de los detenidos o procesados (lo que excluiría a los condenados): “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a

¹³⁹ El Artículo 14.1 del PIDDDH establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales”.

Lo recién señalado debe relacionarse con lo expresado en el apartado 1 del artículo 25 de la Convención: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”^{140 141}

3.3.3.4. Derechos *erga omnes* también aplicables a los privados de libertad

¹⁴⁰ Este respecto puede vincularse con la funcionalidad que se le atribuye a la Acción de Protección (Art. 20 CPR; y Auto Acordado de la Corte Suprema, de 24 de Junio de 1992, sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) y al Recurso de Amparo Art. 21 CPR; Título V de la Primera Parte del Libro II Código de Procedimiento Penal (arts. 306 a 317); y, Auto Acordado de 19 de diciembre de 1932 de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y fallo del Recurso de Amparo.

¹⁴¹ Este requerimiento impone la obligación al Estado de poner a disposición de cualquier ciudadano los recursos necesarios para lograr la efectiva justiciabilidad de sus derechos.

- a) Derecho de toda persona a ser respetada en su honra y al reconocimiento de su dignidad (artículo 11).¹⁴²

- b) Derecho de toda persona a la libertad de conciencia y de religión (artículo 12). Este derecho contiene las mismas implicancias de las normativas antes mencionadas. El punto a destacar es lo contenido en el apartado 2 del artículo 12, que establece la prohibición de ser objeto de medidas restrictivas que tengan como finalidad, menoscabar la libertad de conservar la religión o las creencias. Sin embargo, dicho derecho puede ser objeto de las limitaciones que emanan del “orden público” (apartado 3).¹⁴³

3.3.4. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura

La Convención Interamericana entrega un concepto de tortura en su Artículo 2, indicando que: “se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos

¹⁴² Destacable es la posición secundaria de la Dignidad en relación a la normativa Europea, para tal efecto véase la Convención para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁴³ Aquí nuevamente estamos en presencia de una Restricción de Restricciones. Más aun, se utiliza como límite un concepto válvula como es el “Orden Público”.

físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular a personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.¹⁴⁴

Asimismo, el artículo 5 en su inciso 1° establece la inadmisión de justificaciones para la tortura, señalando situaciones bajo las cuales históricamente se ha intentado dar razón a la misma. Especialmente importante para nosotros resulta su inciso 2°, por cuanto indica que “Ni la peligrosidad del detenido o penado ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”.¹⁴⁵

Finalmente, otra cuestión llamativa de esta Convención, es la señalada en el artículo 8 inciso 2° indicando que “Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno respectivo del Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido

¹⁴⁴ Esta frase es interesante por cuanto la misma rehabilitación o reeducación de un privado de libertad podría llegar a considerarse una hipótesis de tortura en la medida que tienda a eliminar su personalidad.

¹⁴⁵ Esta situación puede relacionarse con los castigos administrativos existentes al interior de las cárceles o recintos penitenciarios. [Véase el Informe del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile “Acceso a la Justicia”].

aceptada por ese Estado”. Es decir, abre la puerta a la jurisdicción internacional a efectos de sancionar el delito de tortura.

3.3.5. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos¹⁴⁶

El objeto de estas reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de reclusos.

3.3.5.1. Principio de legalidad. Información. *Non bis in idem*

3.3.5.2. Prohibición de tortura y malos tratos

- a) Prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (Regla 31).
- b) Regulación de penas de aislamiento y reducción de alimento (Regla 32).

¹⁴⁶ Estas reglas fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

- c) Regulación de medios coercitivos como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza (Regla 33).

3.3.5.3. Principios que regulan la aplicación de sanciones administrativas

- a) Tipicidad

La Regla 29 consagra el principio de tipicidad, éste en tanto proyección del principio de legalidad, establece la idea de que sólo serán aplicables las infracciones y sanciones expresamente señaladas en el catálogo enunciado por la propia normativa carcelaria.¹⁴⁷

- b) Publicidad

La Regla 35 establece el principio de publicidad, que tiene por objeto que cada uno de los privados de libertad conozca el catálogo de conductas que constituyen falta y su correspondiente sanción. Para dar cabal cumplimiento a este principio, el código de conductas que constituyen falta deberá publicitarse a través de los medios que determine la autoridad penitenciaria. Asimismo, los funcionarios deben proporcionar la información de la manera más

¹⁴⁷ CASTRO, Álvaro; CILLERO, Miguel y MERA, Jorge. 2000. *“Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad”*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. p.158.

clara y sencilla posible, procurando que el privado de libertad comprenda de manera íntegra las normas disciplinarias y de convivencia del centro respectivo.¹⁴⁸

c) Proporcionalidad

Este principio, consagrado en la Regla 32, subyace en el sistema como un criterio en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la administración penitenciaria. El principio de proporcionalidad funciona guardando la debida adecuación o proporción entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción, considerando especialmente las circunstancias del hecho y las circunstancias personales del infractor¹⁴⁹. Esto puede resumirse en una prohibición de exceso respecto de la sanción.

d) *Non bis in idem*

Este principio está consagrado en la Regla 30 que señala: “Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción”. En términos generales, implica la prohibición de

¹⁴⁸ Ibídem, p.159.

¹⁴⁹ Ídem.

que un mismo hecho se sancione dos veces. No obstante ello, tiene a lo menos dos proyecciones: por un lado, impide que autoridades de un mismo orden y en virtud de diferentes procedimientos castiguen dos veces un mismo hecho; y del otro, prohíbe acumular sanciones penales y administrativas en los casos de concurrencia de identidad de un sujeto, hecho y fundamento.

3.3.5.4. Derechos económicos, sociales y culturales de los privados de libertad

Las Reglas 15, 20.1, 20.2, 21.1, 21.2, 22.1, 22.2, 22.3, 23.1, 23.2, 24, 25.1, 25.2, 26.1, 32.3 y 40 establecen derechos de diversa índole, regulando en su mayoría aspectos relativos a la salud de los reclusos, a las internas embarazadas y las facilidades que se les deben prestar, además de cuestiones como la existencia de bibliotecas que tengan por objeto la instrucción y recreación de los privados de libertad.

3.3.6. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos¹⁵⁰

- 1) Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.
- 2) No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.
- 3) Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar.

3.3.7. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Se trata de un documento que enumera 39 principios más una cláusula general, y que regula diversas materias en las que destacan la aplicación de sanciones administrativas al interior de los recintos carcelarios.

- 1) Los tipos de conductas de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la

¹⁵⁰ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por ley o por reglamento dictados conforme a derecho y debidamente aplicados.

- 2) La persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter tales medidas superiores para su examen.

3.3.8. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas

Es un documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Básicamente es una reiteración de derechos ya reconocidos en otros instrumentos.

- I. Trato humano
- II. Igualdad y no discriminación
- III. Libertad personal
- IV. Legalidad
- V. Debido proceso de ley
- VI. Control judicial y ejecución de la pena
- VII. Petición y respuesta

Luego, el instrumento regula detalladamente el tema relativo a las condiciones de privación, tratando desde los derechos y restricciones de los privados hasta temas relativos a la salud e higiene.

3.4. Adecuación de la normativa: Leyes relativas al ámbito penitenciario y de ejecución de la pena

Desde la década de los noventa, a nivel latinoamericano, se ha levantado un discurso reformista en el plano normativo, cuestión que ha llevado a la dictación de “reglamentos penitenciarios que recogen en buena medida estándares mínimos de derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos”¹⁵¹. Si algo destaca en dichas reformas, es el impulso compartido hacia una humanización de la institución penitenciaria, cuestión a la que se ha llegado como resultado de distintos discursos teóricos y la experiencia internacional en la materia.

Chile no está exento de este fenómeno, siendo el Reglamento Penitenciario chileno, contenido en el Decreto 518 de 1998, un “importante esfuerzo por adaptar la legislación interna a las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile,

¹⁵¹ VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. ob cit. p. 191.

lo que el propio reglamento señala en su artículo 4^o¹⁵². Es este mismo artículo 4^o del Decreto 518, el que se remite a las normas internacionales, por lo que resulta sumamente importante el estudio de las normas comprendidas en el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen la obligación al Estado de que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, asimismo el principio de prohibición de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

3.4.1. Código Penal

El Código Penal es un cuerpo orgánico de normas que data del año 1874, el cual “establece primero los principios generales que constituyen la base del sistema penal, analizando en seguida los diversos actos particulares sometidos a la acción de esta Ley”¹⁵³. Sus normas atienden al fondo mismo de la acción punible y de las penas aplicables estructurando el derecho penal chileno. Sin embargo, se refiere escasamente a la ejecución misma de las penas. La mención a este respecto se encuentra en el Libro I Título III N^o 5, denominado “De la ejecución de las penas y su cumplimiento”. Este pequeño

¹⁵²

Ídem.

¹⁵³

Mensaje del Código Penal Chileno.

apartado consta de 10 artículos (artículo 79 al 89) de los cuales podemos destacar los siguientes:

Art. 79: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”.

Sólo un juez tiene la facultad, en virtud de lo establecido por la Ley, de condenar a una persona a una pena privativa de libertad, y sólo una vez que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

Art. 80 inc. 1º: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

La lectura de este solo inciso nos llevaría a pensar que la ejecución penal sólo podría realizarse en base a una Ley que determine la forma en que debe llevarse a cabo y entraría en conflicto con el actual funcionamiento del sistema que se rige fundamentalmente en base a reglamentos. Esto sin embargo, encuentra su explicación en el inciso siguiente:

Art. 80 inciso 2º: “Se observará también además de lo que dispone la Ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los

establecimientos penitenciarios en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio.”

El Código señala también que las penas deben cumplirse en los establecimientos penitenciarios que señale el Reglamento respectivo, que los menores y las mujeres deben cumplir sus penas separados de los adultos y los hombres, respectivamente, de las posibilidades de trabajo y del destino que tendrá el producto del mismo.

Son normas básicas que derivan la regulación de la ejecución penal a la existencia de normas especiales, lo que en la práctica se ha traducido en que la ejecución penal se encuentra casi exclusivamente regulada por normas de carácter reglamentario.

3.4.2. Código Procesal Penal

Este cuerpo normativo proviene de una realidad muy diferente de aquella que imperaba al momento de dictarse el Código Penal. Constituye un cuerpo orgánico de normas, que entró en vigencia de forma progresiva en nuestro país desde el año 2000 hasta el año 2005, y que vino a modificar el antiguo y arcaico

procedimiento penal, poniendo en vigencia un sistema en que el imputado ya no es visto como un objeto de persecución penal, sino como un sujeto de derechos.

En cuanto a la ejecución de la pena propiamente tal, podemos hacer referencia al artículo 95, que se refiere al amparo ante el Juez de Garantía. Este artículo señala que toda persona privada de libertad tendrá derecho a concurrir ante el Juez para efectos de que “examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare...”¹⁵⁴ De esta forma, actualmente quien tiene la competencia para atender a las reclamaciones que tengan las personas privadas de libertad respecto de sus condiciones al interior de los recintos penitenciarios son los Jueces de Garantía. No obstante ello, dado que estos Tribunales no cuentan con especialización en materia de ejecución de penas y sistema penitenciario, muchos Jueces optan por confiar únicamente en los informes emitidos por el organismo especializado, que es Gendarmería de Chile, sin atender mayormente a las necesidades reales de los internos.

¹⁵⁴ Artículo 95 del CPP.

3.4.3. Código Orgánico de Tribunales

Este Código trata sobre la organización y funcionamiento del aparato jurisdiccional y de quienes forman parte del mismo. Sólo tiene aisladas normas que se refieran a temas particulares de ciertas áreas del derecho. En lo referente a la ejecución en materia penal, podemos destacar la letra f) del artículo 14 referido a los juzgados de garantía. La letra mencionada señala que corresponde a los Jueces de Garantía: “Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal”. Esto constituye una excepción a la regla general de competencia contemplada en el artículo 113 inciso 2º del mismo Código, según el cual “la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren dictado en primera o en única instancia”.¹⁵⁵

3.4.4. Ley Orgánica de Gendarmería

El DL 2859 fue publicado y promulgado en Septiembre del año 1979.¹⁵⁶ Esta Ley constituye el pilar normativo de la organización de Gendarmería de

¹⁵⁵ Artículo 113 inciso 1º del COT.

¹⁵⁶ La Ley Orgánica de Gendarmería sufrió una modificación muy importante en el 2010, mediante la ley 20.674, que ajustó normas del estatuto del personal de Gendarmería.

Chile y también de la ejecución de las penas. Es una Ley breve que consta de 3

Títulos:

3.4.4.1. Título Primero

El primero se refiere a la naturaleza y objetivos de Gendarmería. El artículo 1 señala que “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la Ley”.¹⁵⁷

De modo que tres son las principales finalidades a las cuales Gendarmería debe tender respecto de las personas privadas de libertad, y que por ende están sometidas a su autoridad:

- a) Atender
- b) Vigilar
- c) Rehabilitar.

Gendarmería debe resguardar tanto a quienes se encuentran tras las paredes de los recintos penitenciarios, como a quienes cumplen sus condenas “en el medio libre”.

¹⁵⁷ CHILE. Ministerio de Justicia. 1979. Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Artículo N° 1.

3.4.4.2. Título Segundo

El título segundo se refiere a la estructura orgánica de Gendarmería, la cual está encabezada por un Director Nacional, nombrado por el Presidente de la República, puesto que constituye un cargo de exclusiva confianza.

Existen además tres subdirecciones:

- a) La Subdirección de Administración y Finanzas, “encargada de velar por la eficaz, eficiente y oportuna gestión de los recursos humanos, financieros y materiales de Gendarmería de Chile a objeto de lograr un adecuado funcionamiento de la institución.”¹⁵⁸
- b) La Subdirección Técnica, encargada de “desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social.”¹⁵⁹
- c) Y finalmente la Subdirección Operativa, que deberá “implementar las políticas institucionales destinadas al fortalecimiento de la seguridad de los establecimientos penitenciarios en el país”¹⁶⁰

¹⁵⁸ Artículo 7 de Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

¹⁵⁹ Artículo 8 de Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

¹⁶⁰ Artículo 8 A de Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

3.4.4.3. Título Tercero

El tercer título de esta Ley se refiere a normas complementarias entre las cuales encontramos la necesidad de que el personal de Gendarmería utilice armas (esto es posible dado el carácter militarizado que tiene esta institución), la imposibilidad de sus miembros de sindicarse o de ir a huelga. Luego tenemos una norma que se condice con lo revisado previamente tanto respecto de la Constitución Política como la normativa internacional.

“Artículo 15.- El personal de Gendarmería deberá otorgar a cada persona privada de libertad un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes.”¹⁶¹

Luego aparecen normas relativas a la creación y modificación de establecimientos penitenciarios, a la carrera funcionaria del personal, a la adquisición de bienes. Finalmente resaltan estas normas el derecho que tienen los reclusos a recibir salud de forma gratuita.

3.4.5. Ley 18.216: Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad

¹⁶¹ Artículo 15 de Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

Esta ley del año 1983, modificada por la ley 20.587 de 8 Junio del año 2012, se refiere al cumplimiento de las sanciones penales mediante penas distintas a la privación de libertad, y tiene como fundamento el principio de *ultima ratio* del derecho penal, y la necesidad de mantener vínculos entre el condenado y el medio social de forma que pueda reinsertarse, evitando tener el efecto negativo que provoca el encierro al interior de los recintos penitenciarios.

Es importante señalar que antes de la modificación legal del año 2012, la Ley 18.216 tenía por objetivo sustituir la pena privativa de libertad por otras medidas llamadas “alternativas” las cuales no eran consideradas una pena propiamente tal. Actualmente la Ley señala que tiene por objetivo sustituir la pena privativa de libertad por otras penas distintas, pero que son efectivamente penas para todos los efectos legales.

El artículo primero señala lo siguiente: “La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas”¹⁶²:

- a) Remisión condicional
- b) Reclusión parcial

¹⁶² Artículo 1° de la Ley N° 18.216.

- c) Libertad vigilada
- d) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34¹⁶³
- e) Prestación de Servicios en beneficio de la comunidad

Respecto de la remisión condicional, la ley señala que esta consiste en la “sustitución de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo”.¹⁶⁴ Para que ésta proceda se requiere:

- i) Que la pena impuesta no exceda de tres años.
- ii) Que no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
- iii) Que existan antecedentes que permitan presumir que el sujeto no volverá a delinquir.
- iv) Cuando las dos circunstancias anteriores hacen innecesaria la aplicación de una pena privativa de libertad.

En cuanto a la reclusión parcial, ésta consiste en el encierro ya sea en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales durante 56 horas semanales.¹⁶⁵ Esta puede aplicarse en los siguientes casos:

¹⁶³ Se refiere al caso de que el condenado a pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor, sea un extranjero que no resida legalmente en Chile.

¹⁶⁴ Artículo 3° de la Ley N° 18.216.

¹⁶⁵ Artículo 7 de la Ley N° 18.216

- i) Cuando la pena aplicada no exceda tres años.
- ii) Si no ha sido condenado anteriormente o lo ha sido a una pena dos años, o a más de una pena que en total no excedan ese límite.
- iii) Si existen antecedentes que permitan presumir que esta pena disuadirá al condenado de cometer nuevos delitos.

La Prestación de Servicios en Beneficio de la Comunidad es una de las importantes innovaciones de la modificación a la Ley 18.216, y consiste en “la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile”¹⁶⁶. Para que esta resulte aplicable, es necesario que se cumplan copulativamente los siguientes requisitos:

- i) Que la pena originalmente impuesta no exceda 300 días.
- ii) Antecedentes que permitan presumir que esta pena disuadirá al condenado de cometer nuevos ilícitos.
- iii) Si concurre la voluntad del condenado a someterse a esta pena.

Finalmente la libertad vigilada consiste en “someter al penado a un régimen de libertad de prueba que tenderá a su reinserción social a través de

¹⁶⁶ Artículo 10 de la Ley N° 18.216.

una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.”¹⁶⁷ Se aplica en los siguientes casos:

- a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a dos años y no excediere de tres, o
- b) Que se tratase de alguno de los delitos contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 20.000¹⁶⁸, o en los incisos segundo y tercero del artículo 196 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2009¹⁶⁹, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Ley de Tránsito), y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de tres años.

Además, en estos casos, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

¹⁶⁷ Artículo 14, inciso 1° de la Ley N° 18.216.

¹⁶⁸ CHILE. Ministerio del Interior. 2005. Ley 20.000. Artículo N° 4: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas (...) a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

(...)El que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.”

¹⁶⁹ Se refiere al manejo en estado de ebriedad causando lesiones menos graves, graves o la muerte de una persona.

a) Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena, y,

b) Que existan antecedentes que permitan concluir que este tipo de condena resultará eficaz para la reinserción social del penado.

Cabe hacer presente además que la modificación legal de 2012 introduce el concepto de libertad vigilada intensiva que “consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.”¹⁷⁰

Esta se aplica, cumpliéndose los mismos requisitos señalados para la libertad vigilada, en los siguientes casos:

- a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco; o,
- b) Si se tratare de los delitos de amenazas, homicidio o lesiones cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, abusos y otros delitos sexuales

¹⁷⁰ Artículo 14, inciso 2º de la Ley N° 18.216.

distintos a la violación o la promoción o facilitamiento de la entrada o salida del país de personas para ejercer la prostitución, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de cinco años.

El plazo de la intervención corresponderá al mismo que le hubiere correspondido cumplir si se aplicara la pena privativa o restrictiva de libertad.¹⁷¹

El quebrantamiento de las condiciones impuestas hará revocar el beneficio.

3.4.6. Ley 19.856: Crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta.

Esta Ley entró en vigencia el año 2003. Su objetivo es “establecer los casos y formas en los que una persona que ha sido condenada al cumplimiento de una pena privativa de libertad, puede reducir el tiempo de su condena, en base a haber demostrado comportamiento sobresaliente durante su cumplimiento.”¹⁷²

Esta Ley se ajusta a la normativa internacional y a los fines preventivos especiales de la pena en el sentido de buscar la resocialización de quienes

¹⁷¹ Artículo N° 16, inciso 1° de la Ley N° 18.216.

¹⁷² Texto preliminar del Artículo 1° de la Ley 19.856 de 2003.

habiendo incurrido en una conducta sancionable con pena privativa de libertad hayan demostrado que pueden rehabilitarse y reincorporarse a la sociedad.

El beneficio se aplica a reclusos con conductas sobresalientes durante el cumplimiento de su condena. La ley señala al respecto que se refiere a que “revelare notoria disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena.¹⁷³” Para ello se considerarán los factores de estudio, trabajo, rehabilitación y conducta.

3.4.7. Ley 20.084: Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal

Esta ley del año 2005 es especial en el marco de las mencionadas previamente, pues establece no sólo la responsabilidad de los adolescentes por los delitos que cometan, sino también el procedimiento aplicable para llegar a la determinación de dicha responsabilidad, las sanciones procedentes y – lo que resulta relevante para efectos de este estudio – la forma de ejecución de dichas sanciones.

Tiene relevancia realizar esta distinción entre personas adultas y adolescentes que cometen hechos delictivos pues en el primer caso se debe

¹⁷³ Artículo 7 inciso 1º de la ley N° 19.856.

velar por su dignidad y calidad de sujeto de derechos; en el caso de los adolescentes el estándar de protección a los imputados es mucho mayor ya que debe velarse en el proceso y en la etapa de ejecución si corresponde, por el interés superior del niño y del adolescente.

Esta Ley que se aplica a los jóvenes de entre 14 y 17 años vino a asegurar las garantías legales y constitucionales de un debido proceso a quienes cometan infracciones a la ley penal y se encuentren dentro de este grupo.

Para el resguardo de la integridad de estos adolescentes y en el entendido que la sanción debe ocasionar el mínimo menoscabo al menor en su desenvolvimiento en el medio social, se modifica el catálogo de penas instando a la implementación de sanciones no privativas de libertad que hagan reflexionar al infractor. Éstas pueden consistir en amonestaciones, multas, reparación del daño causado, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, libertad asistida y libertad asistida especial.

En cuanto a las sanciones privativas de libertad, éstas pueden consistir en internación en régimen semi-cerrado o cerrado, ambas con programa de reinserción social. Estos programas deben realizarse, dentro de lo posible, con apoyo de las familias.

“Artículo 26 inc. 1º.- Límites a la imposición de sanciones. La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso.”

El Título II de la Ley 20.084 establece un procedimiento especial al que deben sujetarse los adolescentes tanto en la investigación para determinar la comisión de un delito, como en el juzgamiento y en la ejecución de la pena. De manera supletoria de aplicará el Código Procesal Penal.

El título III se refiere a la ejecución de sanciones y medidas.

En primer lugar cabe destacar que el organismo encargado de la ejecución tanto de medidas no privativas de libertad como de los centros cerrados de privación de libertad, y de los centros en que se cumplan medidas de internación provisoria es el Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Para dar cumplimiento a las sanciones privativas de libertad y a las medidas de internación provisoria existirán tres tipos de centros¹⁷⁴:

- a) Los centros para la internación en régimen semicerrado, cuya administración puede recaer también de forma directa en el SENAME o

¹⁷⁴ Artículo 43 inciso 2º de la Ley 20.084 de 2005.

en los colaboradores que hayan celebrado convenios con dicha institución.

- b) Los centros para la internación en régimen cerrado.
- c) Los centros de internación provisoria.

En estos dos últimos casos, los centros estarán custodiados por personal de Gendarmería pero que, a diferencia de lo que ocurre en los recintos penitenciarios de adultos (en que la administración recae directamente en esta institución), éstos se mantendrán fuera del recinto, pudiendo ingresar sólo en ciertos casos específicos como motines o hechos de grave riesgo para los adolescentes.

El art. 44 de la Ley señala de forma clara las condiciones básicas de los centros de privación de libertad: “La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre.

En virtud de ello, deberán desarrollarse acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal.”¹⁷⁵

¹⁷⁵ Artículo 44 de la ley 20.084.

En ese mismo sentido, se regula la aplicación de medidas disciplinarias y se ordena la separación de los adolescentes privados de libertad de la población adulta.

El párrafo segundo del título III trata de los derechos y garantías de la ejecución de la pena para los adolescentes, y señala un catálogo de derechos que deben ser conocidos por el menor que cumple su condena. Posteriormente, se señala que quien debe ejercer el control de la ejecución es el juez de garantía (lo mismo ocurre, como vimos previamente, con el control de la ejecución penal en el caso de los adultos).

El artículo 53 señala que el Juez de Garantía tendrá la facultad de sustituir la pena impuesta al adolescente por otra menos gravosa, en tanto ello parezca favorable para la integración social de infractor; asimismo se le otorga la facultad de remitir condicionalmente cuando se estime que ya se ha cumplido con los objetivos buscados al imponer la sanción, y siempre mediando un informe favorable del Servicio Nacional de Menores.

3.5. Reglamentos aplicables en materia de ejecución penal

3.5.1. Decreto Supremo N° 518: Reglamento de Establecimientos Penitenciarios

Este reglamento es el que rige todo lo relativo al funcionamiento de los Establecimientos Penitenciarios, tanto en lo que tiene que ver con la organización misma de Gendarmería como la de vida de los reclusos al interior de los penales. Es aquí donde encontramos la mayor parte de la normativa relativa a la ejecución de penas.

Según señala este Reglamento, los internos se encuentran en una relación de derecho público respecto del Estado, lo cual es interesante desde el punto de vista de las garantías. Señala además que fuera de aquellos derechos que necesariamente deban privarse o limitarse producto de la medida o pena que los tenga en el recinto, su condición jurídica es la misma que la de los ciudadanos libres.

El reglamento de establecimientos penitenciarios enmarca el funcionamiento de los recintos penitenciarios dentro del ámbito de los principios y normas emanadas de la Constitución, los Tratados Internacionales y las Leyes, haciendo referencia a ciertos derechos de los internos como el derechos

a no ser discriminado, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a defensa, a que se respete tu integridad y dignidad, el derecho a que se resguarde su salud y se les permita profesar una religión, entre otros. Revisaremos algunos de los aspectos más relevantes de esta normativa.

3.5.1.1. Título I “De los Establecimientos Penitenciarios”¹⁷⁶

Esta denominación genérica se aplica a todos aquellos recintos en que permanezcan custodiadas personas privadas de libertad en razón de detenciones, prisión preventiva o penas privativas o restrictivas de libertad.

Además comprende los establecimientos en que se controle a aquellos condenados que por beneficio legal o reglamentario se encuentren en el medio libre (estos se denominan “Centros de Reinserción Social”).

Tal como señalan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las personas condenadas no deben encontrarse en el mismo espacio físico, ni confundirse con los no condenados. En ese sentido el reglamento señala que la Administración de Gendarmería debe instar –atendiendo a las posibilidades financieras- a que existan recintos diferenciados para personas

¹⁷⁶ Título I del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

detenidas y en prisión preventiva por un lado (llamados “centros de detención preventiva”), y para condenados por otro (denominados “Centros de cumplimiento penitenciario”). En caso de que esto no fuera posible a lo menos es necesario que, dentro del recinto penitenciario, estos se encuentren separados.

También se señala que los menores de edad deben estar en recintos totalmente separados de los internos adultos.

Respecto de los centros penitenciarios femeninos, en ellos deben existir espacios que cumplan las condiciones adecuadas para el tratamiento pre y post natal, además del cuidado de los hijos lactantes de las internas.

3.5.1.2. Título II “Del Régimen Penitenciario”¹⁷⁷

El artículo 24 del DS 518 establece que el “Régimen penitenciario es el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la Ley procesal para los detenidos y

¹⁷⁷ Título II del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”.¹⁷⁸

Al ingresar un interno a un recinto penitenciario, se abre ingreso mediante una ficha que lo individualiza y permite darle un tratamiento diferenciado; al menos en la teoría. Más adelante veremos que hay países donde la creación de programas individuales y personalizados para los reclusos es una realidad que permite dar un tratamiento adecuado y enfocado a la rehabilitación y resocialización de los internos. Desde el momento que los internos ingresan oficialmente, están obligados a cumplir con todos los preceptos reglamentarios.

En los establecimientos de régimen cerrado, existen principios estrictos de seguridad, orden y disciplina, y en él todas las actividades deben ser autorizadas y controladas por Gendarmería. Además, se faculta a la administración a intervenir o restringir las comunicaciones de los reclusos (ya sea de forma oral o escrita) por razones de seguridad.

Distinto es lo que ocurre en los establecimientos de régimen semi-abierto que “se caracterizan por el cumplimiento de la condena en un medio organizado

¹⁷⁸ Artículo 24 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

en torno a la actividad laboral y la capacitación, donde las medidas de seguridad adopten un carácter de autodisciplina de los condenados”¹⁷⁹.

En este régimen existe un principio de confianza que Gendarmería deposita en los internos, quienes gozan de mucha mayor libertad al interior del recinto. Existe aquí una lógica que tiende hacia la reintegración de los internos al medio libre, de forma de hacer el cumplimiento de la pena en un medio que sea más parecido a la libertad.

En los establecimientos de régimen abierto lo que se pretende es que quienes participan de él puedan convivir de forma normal, con ausencia de controles rígidos.

En los establecimientos donde existan internos menores de edad el esfuerzo está focalizado en una actividad educativa, que les permita participar de un ambiente que se asemeje tanto en la responsabilidad, libertad y disciplina a la de un establecimiento educacional. La administración penitenciaria debe velar, enfáticamente en el caso de menores, por tender hacia la resocialización de estos jóvenes.

¹⁷⁹ Artículo 30 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

3.5.1.3. Título III, Derechos y las obligaciones de los internos

El Párrafo 1º denominado “De las obligaciones de los internos” enumera las siguientes obligaciones¹⁸⁰:

- a) Permanecer en el establecimiento de disposición de la autoridad y cumplir su condena.
- b) Acatar las normas del régimen interno.
- c) Mantener una actitud de consideración y respeto con sus compañeros, funcionarios y autoridades tanto dentro como fuera del recinto.
- d) Conservar el orden y el aseo de las dependencias, y mantener una presentación personal aseada.

En cuanto a los derechos, esta Ley contiene además un catálogo de los mismos, de los cuales mencionaremos los más relevantes:

- a) Los internos tienen derecho a recibir atención médica al interior de los Recintos Penitenciarios, y excepcionalmente en recintos externos.¹⁸¹
- b) Los internos tienen derecho a que se informe a su familia- o a la persona que indiquen- del momento y los motivos de su ingreso; tienen derecho además a informarse por distintos medios de comunicación

¹⁸⁰ Artículo 33 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

¹⁸¹ Artículo 34 y ss. del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

masivos, a enviar y recibir correspondencia (aunque de ésta debe llevarse un control). No podrá suspenderse la comunicación entre el interno y su abogado.¹⁸² Este derecho no siempre se cumple con la amplitud que señala el reglamento, toda vez que suelen ser restringidos los derechos de los internos a mantener comunicación con el exterior argumentando motivos de seguridad.

c) Los internos tienen derecho a condiciones básicas de vida, entre las cuales la ley señala las siguientes¹⁸³:

- i) Un vestuario digno,
- ii) A que se les entregue al menos un catre, colchón y frazadas.
- iii) A que se les entregue alimentación adecuada.

d) Tienen derecho a visitas. El Reglamento las distingue en ordinarias a extraordinarias. Las primeras son las realizadas por familiares u otras personas autorizadas previamente, y tendrán una periodicidad de a lo menos 2 horas una vez por semana. Las segundas son visitas practicadas por motivos especiales. Este régimen lo que hace es intentar mantener un vínculo entre el interno y el exterior.

e) Los internos tienen derecho a realizar peticiones a las autoridades de los recintos, ya sea verbalmente o por escrito.

¹⁸² Artículos 39 y ss. del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

¹⁸³ Artículos 45 a 47 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

f) Los internos tienen derecho a educación. Este derecho, si bien se encuentra contemplado normativamente en este apartado, no tiene en la realidad un soporte efectivo para ser ejercido adecuadamente. En la práctica, sólo unos cuantos pueden acceder a educación que más que un derecho, es para las personas privadas de libertad, un beneficio.

Existe el derecho de todo interno a efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita. “Además la administración penitenciaria debe incentivar a los internos a realizar otro tipo de estudios”¹⁸⁴. Esta normativa no satisface los requerimientos educacionales que necesitan las personas privadas de libertad para poder reinsertarse en la sociedad –ya que actualmente completar la educación básica no es suficiente para insertarse en el mundo laboral. Más aún, ocurre en la práctica que la posibilidad de los internos de estudiar es escasa, sujeta a la disponibilidad reducida que existe interior de los Recintos Penitenciarios. Este es probablemente uno de los puntos que sea más relevante reforzar para lograr que efectivamente las sanciones sirvan para cumplir el objetivo de reinsertar a las personas a la sociedad.

¹⁸⁴

Artículo 59 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

3.5.1.4. Título IV Disciplina en los establecimientos penitenciarios

El párrafo primero comienza señalando que los derechos de que gocen los internos podrán ser restringidos por razones de seguridad¹⁸⁵, norma que nuevamente confiere a la administración un amplio margen de discrecionalidad en lo que dice relación al cumplimiento de los derechos de los internos.

La Administración Penitenciaria podrá sancionar las faltas disciplinarias. Tales faltas están catalogadas en graves, menos graves y leves.

Las faltas se encuentran expresamente tipificadas en este reglamento¹⁸⁶. En tal caso, el artículo 81 señala también de forma expresa las sanciones aplicables a las faltas, las cuales pueden ir de una amonestación verbal a la internación en celda solitaria durante un máximo de 10 días.

Para la aplicación de estas sanciones existe un procedimiento en el cual, la mayoría de las veces, no existe derecho a defensa por parte del interno.

Las sanciones son aplicadas por el Jefe del Establecimiento y sólo en caso de infracciones graves, éste se encuentra obligado a escuchar

¹⁸⁵ Artículo 75 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

¹⁸⁶ Artículos 76 y ss. del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

personalmente al infractor antes de aplicar la sanción. En los demás casos puede basarse en declaraciones, testimonios e informes del Consejo Técnico.

Además los Jefes de Turno al interior del establecimiento podrán disponer la incomunicación y el aislamiento provisorio, durante 24 horas por una falta grave, dando cuenta de inmediato al Jefe del Establecimiento. Para aplicar estas sanciones no es necesario obtener autorización judicial, la cual sólo se requiere en el caso de la repetición de una medida disciplinaria –salvo en el caso de las personas que se encuentran en prisión preventiva, en cuya situación es necesario siempre solicitar dicha autorización. En la práctica ocurre que la mayor parte de las veces ni siquiera en el caso de la repetición de medidas disciplinarias se pide autorización a los Tribunales, sino que la autoridad penitenciaria se limita sólo a dar aviso de ello una vez adoptada la medida, lo cual podría producir un menoscabo a los derechos del interno quien, nuevamente, no tiene derecho a defenderse.

Además la aplicación de estas sanciones implica una rebaja en la calificación de conducta de los internos, la cual tendrá efectos en la determinación de su posibilidad de optar a beneficios¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Artículo 88 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

Como se puede apreciar la aplicación de sanciones al interior de los Recintos Penitenciarios está lejos de otorgar al interno los elementos mínimos para poder defenderse, dificultando además con ello su posibilidad de acceder a beneficios intrapenitenciarios.

3.5.1.5. Título V, Sobre las actividades y acciones para la reinserción social

El Título V de este Reglamento se refiere a un tema que es fundamental, y de la más alta importancia según señala la Constitución y los Tratados Internacionales. Las “Actividades y Acción para la Reinserción Social”¹⁸⁸. Este, que debería ser el objetivo principal de las penas privativas de libertad, parece carecer de la consagración adecuada en nuestra Carta Fundamental.

El artículo 92 del reglamento señala que “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 regulan.”

¹⁸⁸ Título V del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

Si bien la Administración Penitenciaria debe propender a la participación en actividades orientadas a la reinserción, los internos son libres de participar o no en ellas, sin que esto le implique sanciones disciplinarias. El sistema funciona en base a incentivos, de forma que muchos internos participan en actividades de reinserción social con la sola intención de reducir el tiempo de sus condenas, pero sin existir un interés ni un conocimiento real respecto de las posibilidades de resocialización.

Dentro de las actividades de reinserción social se encuentran contemplados los permisos de salida de los internos, los cuales se otorgan de forma gradual. Son los siguientes¹⁸⁹:

- a) Salida esporádica
- b) Salida dominical
- c) Salida de fin de semana
- d) Salida controlada al medio libre.

Su concesión será evaluada y dependerá fundamentalmente “de las necesidades de reinserción social del interno y de la evaluación que se efectúe respecto de su participación en las actividades para la reinserción social que, con su colaboración, se hayan determinado según los requerimientos

¹⁸⁹ Artículo 96 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

específicos de atención, de modo que pueda presumirse que respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad delictiva”¹⁹⁰

La facultad de otorgar este beneficio es privativa del Jefe del Establecimiento, previo informe social y psicológico que acrediten la conciencia del interno respecto del delito cometido, del mal causado con él y su voluntad de cambio, además de las posibilidades del interno de contar con medios o recursos de asistencia y apoyo. Además se requiere la aprobación del Consejo Técnico.

Los permisos en general (salvo la salida esporádica), están asociados a la observancia de buena conducta, a la asistencia a la escuela del establecimiento si corresponde, o en otras actividades de capacitación, culturales y recreacionales. Además, se considera la posibilidad del interno de contar con medios de apoyo o asistencia ya sean familiares, penitenciarios o de redes sociales.

Por desgracia, no obstante el Reglamento contempla entre su normativa las actividades de reinserción social, estas no tienen una sistematización en su tratamiento y salvo este sistema de incentivos, no existen una orgánica ni legal ni reglamentaria orientada a la reinserción.

¹⁹⁰ Artículo 96 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

3.5.1.6. Título VI La Administración de los Establecimientos Penitenciarios

En primer lugar, habla de la organización misma, la cual será establecida por resolución del Director Nacional de Gendarmería. El Jefe de cada establecimiento será asesorado por un organismo colegiado denominado “Consejo Técnico” integrado por “el Jefe Operativo y por los oficiales penitenciarios, personal de vigilancia, profesionales y funcionarios a cargo de áreas y programas de rehabilitación y del normal desarrollo del régimen interno.”¹⁹¹ Este órgano es el articulador de las acciones de tratamiento de la población penal.

3.5.2. Decreto Ley N° 409: Establece normas relativas a Reos

Este decreto del año 1932 tiene por objetivo que las personas que hayan cumplido cualquier clase de condena puedan reinsertarse posteriormente a la sociedad, sin mantener el estigma de “condenado”. Para estos efectos, y cumpliendo una serie de requisitos establecidos en el Decreto, pueden eliminarse los antecedentes de forma que se le considere como si nunca hubiere delinquido, para todos los efectos legales y administrativos.

¹⁹¹ Artículo 118 del Decreto Supremo N° 518 de 1998.

Además existe dentro de esta norma un artículo destinado a las personas que egresen del sistema penitenciario, la cual tiene como finalidad ser un apoyo para aquellas personas que una vez fuera del encierro no cuenten con las posibilidades para insertarse debidamente a la sociedad:

El artículo 7 inc. 1º señala que “En todas las prisiones de la República, tanto de hombres como de mujeres se destinará un departamento separado de la población carcelaria, para que sirva de dormitorio y comedor a todos los egresados de las prisiones, en cualquier época que hayan cumplido su condena, que lo soliciten del jefe de la respectiva prisión, por carecer de recursos.”

Por desgracia esta norma solo tiene un carácter programático, puesto que esto ha quedado relegado exclusivamente al papel, no teniendo aplicación. La realidad es que en la práctica no existen mecanismos de apoyo y reinserción que están orientados a apoyar en sus necesidades más básicas a personas que se encuentren egresadas del sistema penal.

3.5.3. Decreto Supremo Nº 64 de 1960 sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes

Este decreto tiene por objeto la eliminación definitiva de antecedentes del prontuario penal, para permitir que una persona que haya sido absuelta en un proceso penal, o en cuyo favor se haya dictado sobreseimiento, amnistía, o cuando existan anotaciones erróneas en el prontuario penal, o bien, en caso de personas que hayan sido condenadas, habiendo transcurrido un determinado lapso de tiempo de varía según la magnitud de la condena, puedan reinsertarse a la sociedad sin mantener el estigma que implica el haber sido investigado o sentenciado por algún ilícito penal.

3.5.4. Decreto Ley N° 321: Establece la Libertad Condicional para los penados

El Decreto Ley del año 1925, modificado en junio del año 2012, señala que la libertad condicional es un modo especial de cumplir una pena en libertad, en casos en que el sentenciado se encuentre “corregido y rehabilitado para la vida social”.¹⁹²

La Libertad condicional es un derecho para quienes, habiendo sido condenados a penas superiores a un año, cumplan los siguientes requisitos:

¹⁹² Artículo 1° del Decreto Ley N° 321 de 1925.

- i) Haber cumplido la mitad de la condena (u otra cantidad de tiempo establecida según el tipo de delito o la magnitud de la condena).
- ii) Conducta intachable.
- iii) Haber aprendido un oficio,
- iv) Haber asistido con regularidad y provecho a las escuelas del establecimiento.

Antiguamente la libertad condicional era concedida y revocada por decreto supremo, es decir, dependía directamente de la autoridad administrativa. Actualmente, con la modificación del año 2012, esta facultad se trasladó a una Comisión de Libertad Condicional que funcionará en la Corte de Apelaciones, y en el caso de un condenado a presidio calificado, toca su decisión al pleno de la Corte Suprema.

3.5.5. Decreto Supremo N° 2442, de 1926. Reglamento de la Ley de Libertad Condicional

El artículo 1° del DS N°2442 señala que “La libertad condicional es un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, y habiendo cumplido ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado por sentencia ejecutoriada.”¹⁹³

¹⁹³ Artículo 1° del Decreto Supremo N° 2442 de 1926.

La norma reitera la idea señalada en el DL 321 en el sentido que la libertad condicional es una recompensa para el condenado que haya cumplido la mitad de la condena, salvo el caso de ciertos delitos graves, en cuyo caso se requiere que hayan cumplido 2/3 de la condena, que hayan presentado una conducta intachable, hayan aprendido un oficio y asistido con regularidad y provecho a las escuelas del establecimiento.

Para determinar la conducta intachable, existe un órgano denominado “Tribunal de Conducta” que será el encargado de determinar si el interno cumple los requisitos necesarios para acceder a este beneficio; para ello toma en consideración las notas que tenga el interno en su hoja de vida en el semestre anterior. A su vez, para establecer esta calificación las autoridades tomarán en cuenta los siguientes elementos¹⁹⁴:

- i) Su conducta en el patio o calle, y también en el taller o escuela al que asista.
- ii) Su asistencia al taller y la escuela.
- iii) El aseo de su celda y útiles
- iv) Las manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación y moralidad.

¹⁹⁴ Artículo 19 Decreto Supremo N° 2442.

Las personas que obtienen el beneficio de libertad condicional quedan sujetas a una serie de condiciones y obligaciones señaladas en este Reglamento, y quedarán sometidas al control del Tribunal de Conducta del lugar de su residencia.

En caso de incumplir dichas condiciones, la libertad podrá ser revocada, volviendo a cumplir el tiempo que le reste de condena privado de libertad.

Finalmente, señala el Reglamento, cuando una persona en libertad condicional haya cumplido la mitad de su pena, obteniendo las mejores calificaciones en conducta, trabajo y/o estudio, podrá solicitar el indulto del tiempo restante.¹⁹⁵

3.5.6. Decreto Supremo N° 542: Crea el Patronato Nacional de Reos, con domicilio en Santiago, y los Patronatos de Reos de la República

El Decreto Supremo N°542 del año 1943, crea un organismo que tiene por objetivo el resguardo y protección de las personas condenadas que se encuentren privadas de libertad, en libertad condicional, los egresados del sistema penitenciario, los ofendidos y sus familias. Operativamente, funciona

¹⁹⁵ Artículo 38 Decreto Supremo N° 2442.

protegiendo y promoviendo óptimas condiciones materiales y laborales, manteniendo un control de sus remuneraciones y procurando administrar los ahorros que hagan los internos en prisión.

La realidad de esta institución es que no cuenta con presupuesto suficiente que permita efectivamente resguardar la integración de los internos a la sociedad y velar adecuadamente por sus intereses.

CAPÍTULO IV

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

4.1. Antecedentes

El interno, como sujeto de derechos, solamente tiene como sanción por su sentencia la privación de libertad, que incluye las limitaciones propias del encarcelamiento, pero sigue gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en nuestra Constitución Política así como en los Tratados Internacionales que se encuentra ratificados y vigentes en nuestro país¹⁹⁶. Concorde a lo anteriormente descrito, el Reglamento Penitenciario dispone en su artículo 2do, lo siguiente: “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 ciudadanos libres”, explicitando de esa forma en una norma infra legal la condición ciudadana de los reclusos.

A mayor abundamiento, quienes se encuentran encarcelados en un centro penitenciario tanto preventiva como definitivamente, por éste sólo hecho no pierden de forma alguna su calidad de ciudadanos debiendo por tanto ser

¹⁹⁶ ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 2010; “Entrevista a Mónica Maldonado. Las Condiciones Carcelarias en Chile”; por Valeska David.

sujetos de protección de sus garantías constitucionales, utilizando los mecanismos que la legislación franquea para hacerlos valer en el caso que sientan su derecho amenazado o quebrantado.

Nuestro país tiene una de las más altas tasas del mundo de personas privadas de libertad, ya en el año 2009 la Fiscal Judicial Mónica Maldonado lo confirmaba en una entrevista dada al Anuario de Derechos Humanos del año 2010, señalando que “Hay más de 315 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes, con más de 52.000 personas encarceladas, siendo la capacidad total del sistema para recibir a encarcelados de aproximadamente 27.000”.¹⁹⁷ Este aumento considerable de la población penal contribuye a la generación y propagación de una serie de conflictos que impiden que los reclusos puedan cumplir su condena en condiciones dignas y humanas, a saber: hacinamiento, problemas de infraestructura carcelaria, problemas de higiene y ornato, falta de control de los internos, disminución de áreas recreativas, falta de privacidad de las actividades de los reclusos, entre otros problemas, que hacen urgente un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de quienes se encuentran privados de libertad.

¹⁹⁷ Anuario de Derechos Humanos, 2010, ob cit.

4.2. ¿Cuál es el objeto de protección?

La Constitución Política del Estado, sumado a la normativa legal y reglamentaria vigente, permite señalar que los condenados poseen derechos que no pueden ser suspendidos o mermados justificando que cumplen determinada condena; enumerándose entre los más relevantes, los siguientes:

- a) Dignidad de la persona sometida al cumplimiento de una pena: nuestra Constitución Política del Estado, señala que toda persona nace igual en dignidad y derechos y asegura a todas las personas la protección a la vida privada y pública. La ley Orgánica de Gendarmería de Chile, señala que sus funcionarios deben otorgar a cada persona privada de libertad un trato digno de su condición humana, sin incurrir en tratos vejatorios o abuso de la autoridad.
- b) Derecho a un trato imparcial sin discriminación: el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece en su artículo 5º que las normas del presente Reglamento deben ser aplicadas imparcialmente, no pudiendo existir diferencias de trato fundadas en el nacimiento, raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias. La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno.

- c) Derecho a la integridad Física y Psíquica: la Constitución Política del Estado establece la prohibición de todo apremio ilegítimo, recogiendo este principio en el artículo 19 N° 1, el derecho a la integridad física y psíquica de toda persona. El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala en su artículo 6º: “Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento”.
- d) Libertad Ideológica y religiosa: la Constitución Política del Estado en su artículo 19 N° 6, protege la libertad de conciencia, 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. Por su parte, el artículo 19 N°2 asegura que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado. Al respecto, la Ley de Culto N° 19.638 señala el derecho de toda persona a recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre. En efecto, se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas.

- e) Derecho a la educación y cultura: el artículo 59 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios indica que todo interno tendrá derecho a que la Administración Penitenciaria le permita, dentro del régimen del establecimiento, efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita. Ello constituirá una obligación para la Administración Penitenciaria, con los alcances y limitaciones que las disposiciones legales pertinentes establecen para la población no recluida. La Administración Penitenciaria incentivará, con fines de reinserción social, a que los internos efectúen estudios de enseñanza media, técnica o de otro tipo.
- f) Derecho al Trabajo: el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se refiere en su artículo 2° al trabajo penitenciario, indicando que la Administración Penitenciaria promoverá el desarrollo de actividades o cursos de capacitación destinados a facilitar la inserción laboral de los internos. Sin perjuicio de lo dispuesto por la normativa aplicable a los Centros de Educación y Trabajo, las actividades laborales que desarrollen los internos podrán consistir en:
- i) Trabajos por cuenta propia, en forma independiente con productos ofrecidos por los internos directamente al público o por encargo de personas jurídicas o naturales, siempre que para ello no se pacte una remuneración sino un precio para la obra, especie o producto.

ii) Trabajos subordinados ejecutados en el marco de actividades productivas o de capacitación que se ejecuten al interior de los establecimientos penitenciarios en virtud de proyectos convenidos por terceros con la Administración Penitenciaria.

Los internos tendrán derecho a desarrollar trabajos individuales o en grupos, que les reporten algún tipo de beneficio económico para contribuir a solventar los gastos de su familia y crear un fondo individual de ahorro para el egreso.

g) Derecho a comunicarse con el exterior: el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en su artículo 41 indica que los internos condenados podrán comunicarse en forma escrita, en su propio idioma, con sus familiares, amigos, representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria y en general, con las personas que ellos deseen.

Estas comunicaciones se efectuarán de manera que se respete al máximo la privacidad y, en todo caso, se regularán por el procedimiento contemplado en el reglamento.

h) Derecho a efectuar peticiones y quejas: en Chile el derecho de petición se rige, en primer lugar, por la Constitución Política de la República, que en su artículo 19 N°14 asegura a todas las personas: “el derecho de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés

público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

4.3. Mecanismos de protección

Para proteger los derechos y garantías mencionados anteriormente, nuestra legislación contempla una serie de mecanismos de protección que permiten garantizar a los reclusos el debido respeto de las normas en los casos en que sean infringidas por la administración penitenciaria.

Existen mecanismos constitucionales y legales, los cuales pueden dividirse en: a) Mecanismos constitucionales: Recurso de protección y amparo; b) Mecanismos infraconstitucionales: protección establecida en el Reglamento de establecimientos penitenciarios y control de ejecución penal realizado por el Juez de Garantía “cautela de garantías”; y, c) Mecanismos establecidos en instrumentos internacionales.

En primer término, se estudiarán los mecanismos dispuestos en nuestra Constitución Política de la República, luego, los instrumentos internacionales reconocidos por ésta, y, finalmente los mecanismos legales o infralegales correspondientes a nuestra normativa interna.

4.3.1. Mecanismos constitucionales de protección

Los mecanismos constitucionales de protección permiten que los ciudadanos recurrir ante los tribunales de justicia cada vez que sea violado, restringido o amenazado el ejercicio de sus constitucionales por un acto arbitrario o ilícito, o una omisión. Por lo anterior, las personas privadas de libertad o sus familiares pueden acogerse a este tipo de recursos¹⁹⁸.

4.3.1.1. Recurso de protección

Este recurso se encuentra preceptuado en el artículo 20 de nuestra Constitución Política de la República, el cual lo describe como sigue: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida

¹⁹⁸ STIPPEL, Jörg. 2013. “Cárcel, Derecho y Política”. Santiago, LOM Ediciones. Pág 187.

protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

En resumen, este recurso consiste en aquella acción que la Constitución concede a todas las personas que como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales.

4.3.1.1.1. Derechos específicos protegidos y objetivos de su interposición

Los derechos respecto de los cuales se puede presentar este recurso se encuentran descritos en los numerales citados por el artículo 20 ya mencionado; por tanto, en términos generales, son los siguientes¹⁹⁹:

- Derecho a la vida.

¹⁹⁹ Ver catálogo completo de derechos protegidos por la Constitución en su artículo 19.

- Igualdad ante la ley.
- Derecho ser juzgado por los tribunales que establece la ley y que estén establecidos antes de la ejecución del hecho.
- Derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
- Inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.
- Libertad de conciencia y libertad de culto.
- Derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado.
- Libertad de enseñanza.
- Libertad de opinión e información.
- Derecho de reunión.
- Derecho de asociación.
- Libertad de trabajo, su libre elección y libre contratación.
- Derecho de sindicalización.
- Libertad para desarrollar cualquier actividad económica.
- Derecho a no ser discriminado en el trato del Estado en materia económica.
- Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.
- Derecho de propiedad.
- Derecho de propiedad intelectual e industrial.

- Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando sea afectado por un acto u omisión imputable a una persona o autoridad determinada.

Uno de los principales objetivos que buscan en general todas las personas que interponen un recurso de protección es que la Corte de Apelaciones respectiva ordene todas las medidas necesarias para restablecer el derecho vulnerado y asegurar su protección, ofreciendo en el caso particular de los internos, la posibilidad de reclamar ante los tribunales superiores de justicia otros derechos fundamentales que no tienen que ver con la libertad personal de los internos.

En la práctica, los internos recurren de protección para compensar la ausencia de jurisdicción contencioso-administrativa. Movilizando este recurso, los internos tienen la posibilidad de reclamar ante el tribunal los problemas relacionados con el trato que reciben en los centros penales, las condiciones de habitabilidad, entre otros aspectos.

4.3.1.1.2. Requisitos de interposición y forma de tramitar el recurso de protección

En el autoacordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales de fecha 24 de junio del

año 1992, en adelante, el “Autoacordado”, se regula lo relativo a la tramitación de este recurso en las Cortes²⁰⁰.

En esencia, dicho autoacordado regula los aspectos generales que a continuación mencionamos:

a.- Plazos, legitimidad activa, requisitos:

i.- El recurso de protección puede interponerse por cualquier persona, natural o jurídica o incluso por un grupo de personas, que hayan sufrido de acuerdo al tenor de la ley perturbación o amenaza de sus derechos consagrados constitucionalmente o también, puede ser interpuesto por un tercero en representación de ellas.

ii.- No requiere del patrocinio de un abogado.

iii.- La interposición del recurso debe realizarse directamente en la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se cometió el acto o se incurrió en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione la vulneración.

iv.- El plazo de interposición del recurso es de 30 días corridos desde que ocurre el acto o amenaza o cuando se genera la omisión que motiva el recurso o desde el momento que se tuvo conocimiento de dicho acto o amenaza, hecho que debe ser acreditado ante la Corte.

²⁰⁰ Autoacordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, promulgado con fecha 24 de junio de 1992.

v.- Los requisitos formales que debe contener el recurso son los siguientes.

vi.- Debe presentarse por escrito en papel simple, por telégrafo o télex.

vii.- El recurrente debe fundamentar la acción u omisión ilegal o arbitraria que sirve de base a su interposición así como los derechos o garantías consagradas en la Constitución que se ven vulneradas.

b.- Procedimiento

De acuerdo al mencionado autoacordado, presentado el recurso a la Corte de Apelaciones competente, ésta examinará “en cuenta” si se cumplen con los requisitos formales y si se mencionan los hechos que puedan constituir la vulneración de las garantías constitucionales indicadas en el artículo 20 de la CPR; de no cumplirse con los requisitos antedichos, la Corte declarará inadmisibile el recurso por resolución fundada. Dicha resolución, es susceptible de recurso de reposición ante el mismo tribunal, dentro de tercero día.

Acogido el recurso a tramitación, la Corte ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionario o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe,

señalándole que conjuntamente con éste el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.

Recibido el informe y los antecedentes o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo en las Cortes de Apelaciones de más de una sala.

Los oficios necesarios para el cumplimiento de las diligencias decretadas se despacharán por comunicación directa, por correo o telegráficamente, a través de las oficinas del Estado y por medio de un Ministro de Fe.

El Tribunal cuando lo juzgue conveniente, puede dictar Orden de No Innovar.

Las personas, funcionarios o u órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso.

La sentencia que se dicte, sea cual sea el resultado, será apelable ante la Corte Suprema. Dicha sentencia se notificará personalmente o por el estado diario, a la persona que hubiere deducido el recurso y a los recurridos que se hubieren hecho parte en él. La apelación se deberá interponer en un plazo fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación por el Estado Diario de la sentencia que decide el recurso.

Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en la sala que corresponda, la cual si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agrega extraordinariamente a la tabla respectiva de la sala que corresponda.

Para entrar al conocimiento del recurso o para el mejor acierto del fallo, la Corte Suprema podrá solicitar de cualquier autoridad o persona los antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto.

La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en su caso, fallará el recurso dentro de quinto día hábil, pero tratándose de las garantías constitucionales contempladas en los números 1°, 3°, inciso 4°, 12° y 13° del artículo 19 de la CPR, la sentencia se expedirá dentro del segundo día hábil, plazo que se contará desde que se halle en estado la causa.

Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema podrán interponer la condena en costas.

Contra la sentencia que expide la Corte de Apelaciones, no procede el recurso de casación.

4.3.1.2. Recurso de amparo

El recurso de amparo es una acción que la Constitución concede a toda persona detenida, presa o arrestada con infracción a la Constitución o a la ley, o que sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

La libertad personal es el derecho que tiene toda persona para residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse cuando lo desee de un punto a otro y entrar y salir del territorio nacional, siempre que cumpla con las normas vigentes.

De acuerdo a Stippel, “con este recurso se garantiza la protección de la libertad personal. Se pueden hacer valer aspectos de la legalidad de la detención o de la duración de la pena. Aparte de la libertad, este recurso protege también la seguridad individual; por tanto, la formulación de la norma permite recurrir al tribunal, además, respecto de la forma en que se ejecuta la pena²⁰¹”.

4.3.1.2.1. Objetivo de la interposición de este recurso para los privados de libertad y clases de recursos que se pueden interponer.

²⁰¹ STIPPEL, Jörg. ob cit. p 188.

Uno de los principales objetivos que la generalidad de los privados de libertad busca al interponer este recurso es que un juez revise la legalidad de su reclusión.

En otros casos, los internos interponen este recurso con el fin de restablecer el derecho vulnerado y asegurar la debida protección del afectado.

En relación a sus categorías, hay dos tipos de amparo:

- a) Amparo Correctivo, que busca corregir un arresto, detención o prisión producida con infracción a la Constitución o a la ley.

Al respecto, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 95 del CPP, toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, caso que expondremos a continuación.

- b) Amparo Preventivo, que busca prevenir toda perturbación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual.

Este es el recurso de amparo por excelencia regulado en el artículo 21²⁰² de la Constitución Política de la República y es en el cual nos basaremos principalmente a lo largo de este trabajo.

²⁰² Artículo 21 CPR: “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija. El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”

4.3.1.2.2. Requisitos de interposición y forma de tramitación del recurso de amparo.

i.- Este recurso puede ser interpuesto por el propio afectado o cualquier persona a su nombre. No requiere para su interposición y tramitación del patrocinio de un abogado.

ii.- Dependiendo del tipo de amparo que se trate, se interpone ante el Juez de Garantía (amparo correctivo) o el juez del lugar donde se encuentre el afectado; y ante la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado se interpone el amparo preventivo.

iii.- Para facilitar la interposición del mismo, este recurso no requiere mayores formalidades de interposición; el único requisito prescrito es que antes de este requerimiento no se haya presentado ninguna otra acción legal.

iv.- No existe un plazo determinado para interponer el recurso de amparo, a diferencia de lo mencionado en el recurso de protección; sin embargo, se entiende que debe la persona sufrir al interponer el recurso, la privación, amenaza o perturbación de libertad.

4.3.1.3. Examen de admisibilidad de los recursos constitucionales interpuestos por los privados de libertad

Durante el proceso de examen de admisibilidad de los recursos de amparo y protección presentados, el conflicto sometido a decisión del tribunal ni siquiera es analizado sustantivamente; por lo anterior, el fallo que decreta la admisibilidad del recurso en su caso no significa en absoluto que el derecho reclamado no haya sido vulnerado sino que más bien por aspectos formales, los ministros declinan pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Este examen generalmente se realiza en la Sala Tramitadora de la Corte respectiva y al no existir en el autoacordado la exigencia de cumplir con requisitos formales extras, la Corte sólo se dedica a revisar los fundamentos del mismo.

Cuando un recurso supera esta etapa entonces hablamos de que procederá el análisis sustantivo del mismo; sin embargo, nos detendremos en qué deriva en que los recursos se decreten inadmisibles y cuál es el porcentaje de los reclamos que se rechaza en esta etapa.

4.3.1.3.1. Resoluciones que declaran inadmisibles un recurso²⁰³

Las resoluciones comprenden generalmente sólo dos o tres breves oraciones que no abordan los hechos y argumentos jurídicos.

En la mayoría de los casos, los jueces argumentan que los hechos descritos no corresponden al campo de aplicación de una demanda constitucional (68 casos, 44,2%); en otros, sostienen la improcedencia manifiesta (25 casos, 16,2%). También hay demandas que no fueron tramitadas porque los jueces suponen la comisión de un delito; en estos casos, establecen que no les corresponde una investigación penal, razón por la cual desestiman la demanda constitucional como inadmisibles (19 casos, 12,3%).

La mayoría de los recursos iniciados por internos (56,5%) fue declarada inadmisibles porque los jueces consideraron que no competía al campo de aplicación del recurso. Al parecer, se recurre a este argumento más bien en función del demandante que del caso.

De acuerdo a los análisis realizados por Jörg Stippel en “Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile”²⁰⁴, los recursos pueden

²⁰³ De acuerdo a lo analizado por el abogado alemán Jörg Stippel, alrededor del 40% de los recursos fracasan en esta etapa, por requisitos meramente formales; para los tribunales, este requisito es el más fácil, no necesitan aclarar los hechos ni fundamentar posteriormente los contenidos de la sentencia. Los expedientes se cierran anticipadamente y con ello se frustra la esperanza de los demandantes a un control jurídico efectivo antes que se haya iniciado siquiera (STIPPEL, Jörg, 2006, ob. cit.).

agruparse en base a sus argumentos de inadmisibilidad, en los siguientes grupos:

i.- Recursos donde se procede a una aplicación demasiado estricta de los límites procesales: Muchos recursos son declarados inadmisibles porque los ministros aplican con demasiada rigurosidad las disposiciones procesales.

a.- Recurso caratulado erróneamente: Si los reclusos caratulan un escrito como recurso de amparo, a pesar de que el objeto litigioso corresponda al ámbito de aplicación del recurso de protección, la demanda es rechazada por ser inadmisibile, aún cuando las mismas cortes son competentes para ver ambos recursos.

b.- No recaratulación del recurso: En otros procesos, los ministros omiten proponer al recurrente que caratule de otra forma su solicitud para poder decidir entonces conforme al fondo del asunto. En el proceso de amparo, la Constitución permite expresamente la comparecencia del recluso ante la Corte; en los procesos de recursos de protección, la Corte puede disponer escuchar al recurrente, llamar al centro de reclusión o buscar un interrogatorio directo al recluso; no obstante, en todos los casos revisados por el autor, no hay ninguna iniciativa en ese sentido.

²⁰⁴ STIPPEL, Jörg. 2006. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Santiago, LOM Ediciones.

ii.- Recursos donde se desatiende el objeto litigioso: Muchas veces los ministros declaran inadmisibles un recurso porque ignoran el objeto litigioso. Las garantías de rango constitucional no son tratadas como tal porque los tribunales ignoran los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

El procedimiento de prueba libre permite a los tribunales recoger pruebas durante el proceso de examen de admisibilidad, ordenando que se produzcan informes de tipo médico legal. El proceder de los tribunales en estos casos no es uniforme. Sólo se ordena cuando el recluso o el abogado lo piden expresamente.

Los ministros consideran a los reclusos principalmente como delincuentes y no como ciudadanos privados de libertad. Por ésta razón, al momento de dictar sentencia no se piensa en los derechos fundamentales de todo recluso, sino sólo en el derecho penal.

iii.- Recursos donde se genera un trato desigual de los reclusos: La “igualdad ante la ley” exige que la persecución penal tenga lugar sin considerar la autoridad de la persona. Si un juez toma conocimiento de un posible delito cuya víctima es un recluso debería automáticamente un procedimiento de investigación criminal, independientemente de que el posible hechor sea un funcionario de Gendarmería u otro recluso.

En la práctica judicial, los ministros eluden o posponen abrir los procesos de investigación criminal.

a.- No se abre una investigación criminal: En algunos casos, los ministros no derivan el expediente al órgano de persecución penal a pesar de que el objeto litigioso del recurso es la comisión de un delito. En la práctica, los actos violentos y el daño a la propiedad entre reclusos son excluidos del ámbito de aplicación del derecho penal. La Corte desatiende el principio de legalidad.

b.- El hecho punible es comunicado sólo a la administración penitenciaria: En otros casos, los potenciales hechos punibles no son comunicados al órgano de persecución penal, sino a la administración penitenciaria.

Los ministros no conciben a estos grupos de personas como posibles víctimas de un crimen. Su protección por medio del derecho penal y la imposición del poder punitivo del Estado pasan de una competencia de los órganos de persecución penal a una de la administración penitenciaria. En la práctica, se encarga la protección de la vida del recluso a la misma institución que es acusada indirectamente de ponerla en peligro.

c.- Se posterga iniciar las investigaciones criminales: A pesar de que las cortes abren investigaciones criminales en algunos procesos, muchas veces se demoran demasiado, con lo que afectan el éxito de las futuras diligencias investigativas.

La ley señala que el amparo se debe fallar en un plazo máximo de 24 horas; es decir, incluso si la Corte instruye diligencias probatorias antes de decidir, el caso debe ser gestionado dentro de ese plazo.

El Gendarme responsable de los maltratos puede seguir trabajando en el recinto penal, intimidar a los posibles testigos y hacer desaparecer los medios de prueba, lo que dificulta cualquier investigación criminal y además aumenta la probabilidad de que se repitan los maltratos.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo a los estudios realizados por el profesor Stippel, muchas veces las Cortes exhortan a los destinatarios “para que adopten las medidas que fueren pertinentes”; sin embargo, en las resoluciones no se detalla en qué deben consistir esas medidas.

Los antecedentes nos indican que los tribunales no persiguen con sus instrucciones adicionales la protección del demandante tal como está previsto en la Constitución Política de la República. La práctica resolutoria de las Cortes de Apelaciones respecto de la revisión de la admisibilidad parece ser en parte arbitraria.

4.3.1.3.2. Examen sustantivo de los recursos interpuestos ante las Cortes respectivas

Cuando los tribunales declaran admisible un recurso deciden conforme al fondo sobre el objeto litigioso. Para tomar su decisión, los ministros recurren básicamente a dos documentos:

a.- Escrito en el cual el afectado o su abogado entablan el recurso.

b.- Informe de la parte demandada, que es normalmente la administración penitenciaria.

Para formarse una opinión respecto a lo sustancial del caso, la Corte solicita al o los demandados un informe en base a los cargos formulados por el demandante; para ello, el tribunal fijará un plazo bajo apercibimiento de sanción en el caso que no lo cumplan²⁰⁵.

Una vez que la Corte recibe los informes, decide sobre la procedencia del recurso. No obstante, durante todo el proceso los tribunales tienen la posibilidad de instruir cualquier otro tipo de medidas adicionales para resolver mejor el caso.

La duración del proceso hasta la sentencia de primera instancia depende del tipo de recurso. La ley estipula que los procesos concernientes a los

²⁰⁵ Las sanciones en caso de no cumplimiento del plazo para emitir el informe puede variar desde una amonestación o multa hasta incluso, la suspensión temporal del servicio.

recursos de amparo deberían resolverse dentro de 24 horas. En casos excepcionales, se extiende a seis días. En la práctica, las cortes necesitan más de 24 horas sólo para resolver sobre la admisibilidad; hasta llegar a resolver los amparos constitucionales también sobre el fondo, transcurren en promedio casi dos semanas.

Para resolver los recursos de protección, rige un plazo de dos a cinco días. El plazo más corto se aplica, entre otros casos, cuando el objeto litigioso es la violación de derecho a la integridad física o el derecho a un debido proceso. En promedio, las cortes necesitan unos ocho días para decidir sobre la admisibilidad. La resolución sobre el fondo los tomó cerca de 64 días.

El problema radica en que no se estableció la forma en que deben tramitarse los recursos de protección y las prácticas de prueba.

En la práctica, los recurrentes no tienen acceso al contenido de los informes emitidos por Gendarmería de Chile u otras instituciones y tampoco pueden ver los expedientes en el tribunal. No se conoce ningún caso en que se haya otorgado permiso de salida a un recluso para ver su expediente.

4.3.1.3.3. Situaciones por las cuales no se admite el recurso interpuesto

Existen situaciones claves en las cuales no se admite el recurso interpuesto por motivos que agrupados nos permiten comprender los fundamentos tras las resoluciones.

1.- Por el proceder de la administración penitenciaria: En algunos casos, los reclusos no logran hacer respetar sus derechos en las cortes porque la administración penitenciaria influye por diferentes vías en el proceso.

a.- Concede lo solicitado inmediatamente después de que el recluso “moviliza” sus derechos: Si bien el recluso logra imponer sus intereses, fracasa finalmente ante la Corte. Podrían adoptar disposiciones para prevenir que se repita un acto amenazante pero por lo general, esto no sucede.

La posibilidad que tiene la administración penitenciaria de influir sobre los hechos concretos se debe generalmente a la inacción de los tribunales.

Gendarmería de Chile se moviliza recién cuando los reclusos recurren a los tribunales como “medio de presión”.

b.- Concede lo solicitado ante amenaza para la vida: En otros casos, la administración penitenciaria concede al recluso lo que ha solicitado recién cuando la amenaza para su vida es inminente. Las cortes rechazan los recursos

por infundados. La acción judicial dificulta de esta manera también futuros procesos por responsabilidad civil del Estado.

La administración penitenciaria se moviliza recién frente a un peligro agudo de muerte y concede más de lo que había solicitado en el recurso.

La ineficacia del recurso es consecuencia de lo prolongado del proceso y de la indolencia de los ministros que se toman dos semanas para decidir sobre la admisibilidad del recurso.

La Corte evade profundizar en la obligación de Gendarmería de Chile de proteger la salud de los reclusos y por ello no se pronuncia sobre la lesividad de su proceder. El proceder de la Corte despierta la impresión de que la prolongación del proceso sirve para dar la oportunidad a la administración penitenciaria de corregir la situación. De esta manera, evitar un control jurídico posterior de la legalidad de los actos.

c.- Intimidación del recluso: Cuando el objeto de la demanda es un acto abusivo del personal penitenciario, se producen también intimidaciones del recluso por parte de la administración penitenciaria. Una vez que el recluso presenta el recurso, la Corte pide un informe a la administración penitenciaria. En un siguiente paso del proceso, se encarga generalmente a la administración penitenciaria tomar la declaración al recluso respecto de las acusaciones planteadas en el recurso, interrogatorio que normalmente es realizado por funcionarios que han estado involucrados en los incidentes denunciados e

incluso por los vigilantes que han sido responsabilizados por los abusos e individualizados. La Corte generalmente no investiga las posibles contradicciones entre lo expuesto en el recurso y lo declarado por el recluso ante los funcionarios de Gendarmería.

d.- Ejercicio del “Poder de Definición” por la vía del ocultamiento de hechos: Cuando los reclusos acuden a la Corte para exigir un determinado tratamiento médico, la administración penitenciaria puede influir sobre la sentencia ocultando hechos, por ejemplo, al reproducir solo una parte de los informes médicos o negar la necesidad de realizar exámenes adicionales. La Corte por lo general, confía sin cuestionamientos en lo informado por Gendarmería de Chile.

e.- Contextualización adversa: La administración penitenciaria también puede afectar el éxito de un recurso abriendo una investigación disciplinaria interna paralelamente al proceso del recurso ante la Corte. Cuando esta investigación interna comprende las mismas acusaciones del recurso, pero finalmente las desecha como infundadas, puede influir como un prejuicio sobre la decisión judicial.

2.- Por la forma de proceder de los tribunales: La actuación de los tribunales puede ser un factor que incide en el fracaso de los recursos.

a.- Desconsideración del derecho a ser oído: Otros recursos no prosperan porque los ministros desatienden el derecho que tienen los reclusos

a ser oídos. Los reclusos normalmente no tienen ninguna posibilidad de conocer lo que informa la administración penitenciaria ni otros informes, peritajes, afirmaciones o declaraciones solicitados o recogidos por el tribunal.

b.- Inobservancia del principio inquisitivo: Los jueces aceptan la exposición de los hechos tal como la presenta la administración penitenciaria sin comprobar si ésta es verídica. Esto se confirma incluso cuando el recurso está relacionado con posibles hechos punibles.

Por su parte, los ministros renuncian en la práctica a todo control de legalidad.

c.- Falta de control de legalidad: Muchos recursos de protección no prosperan porque las cortes se abstienen de someter los hechos expuestos en los escritos a un control legal. Al momento de dictar sentencia, no se recurre a las normas del Reglamento Penitenciario y, cuando se hace, su aplicación no se controla considerando los derechos garantizados en la Constitución Política de la República.

d.- Falta de control en el ejercicio de la discrecionalidad: Muchas veces los recursos no prosperan porque los ministros se abstienen de someter los hechos a un control minucioso del ejercicio de la discrecionalidad. Los ministros se abstienen de examinar el proceder de la administración penitenciaria bajo la luz de los derechos de los reclusos, garantizados en la Constitución.

4.3.1.3.4. Apelaciones presentadas ante la Corte Suprema

El Código Procesal Penal de 1907 estipula disposiciones especiales para tramitar las apelaciones a las sentencias contra los amparos constitucionales. Solo se puede apelar en beneficio del recurrente. La apelación no tiene efecto suspensivo y su plazo es de 24 horas, no teniendo el recurrente obligación de fundamentar o agregar otras exigencias al mismo.

Las apelaciones de los recursos de protección deben contener tanto un fundamento de hecho como de derecho. El plazo de apelación es de 5 días y se cuenta a partir del momento en que se notifica la sentencia de la instancia inicial.

La Corte Suprema puede solicitar antecedentes adicionales de cualquier autoridad o persona que estime importante para la resolución del caso. La Corte Suprema debe fallar en un plazo de dos a cinco días. Los fallos son inapelables.

Los ministros de la Corte Suprema omiten someter las sentencias de las Cortes de Apelaciones a un cuidadoso control de legalidad. Las normas no son acatadas o no son interpretadas en su significación para el caso concreto.

El proceder de los ministros de la Corte Suprema muestra además que existe un tratamiento desigual de los diferentes reclusos.

La conducta de los ministros de la Corte Suprema también contribuye a que las personas privadas de libertad no puedan imponer sus derechos eficazmente ante los tribunales.

4.3.2. Mecanismos de protección establecidos en los instrumentos internacionales

Nuestro ordenamiento constitucional establece que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en cuanto se hallan éstos reconocidos en algunas de las dos fuentes formales a que tal precepto alude:

i.- Norma constitucional; o,

ii.- Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Deberá convenirse que ellos no podrán ser desconocidos, más cuando se le impone por aquel precepto un deber explícito a todo órgano del Estado de respeto y promoción de los mismos.

La Reforma Constitucional de 1989 trajo consigo la inmediata aplicación del orden internacional, en cuanto receptor de derechos esenciales por los órganos estatales; es más, el Código Procesal Penal ha debido explícitamente autorizar la invocación de preceptos contenidos en los Tratados Internacionales,

a efecto de que las normas referidas a las garantías judiciales de los imputados en un procedimiento, puedan reclamarse y aplicarse directamente.²⁰⁶

Por lo anterior, los tratados internacionales tienen pleno vigor por tanto, se aplican las normas relativas a peticiones y quejas que los privados de libertad pueden formularse mientras hacen uso de su sanción a los organismos respectivos.

El derecho mencionado se tratará en el capítulo siguiente, donde se expondrán los principales ejemplos de su aplicación.

4.3.2.1. Derecho a efectuar Peticiones y Quejas

Este derecho consagrado en los principales pactos internacionales suscritos por nuestro país consideran el derecho de todo privado de libertad a poder informar a las autoridades u organismos competentes de las condiciones en las cuales se encuentra cumpliendo condena, de hechos particulares suscitados a propósito de su reclusión o de todo otro antecedente que considere necesario exponer.

²⁰⁶ PINOCHET ELORZA, César;. 1990. "Eficacia de la elevación de rango constitucional de los tratados internacionales sobre los derechos humanos", en "Cuadernos de análisis jurídico: La Reforma Constitucional de 1989", Ediciones Escuela de Derecho UDP.

A mayor abundamiento, declaraciones como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁷” y el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” en sus artículos 2 y principio 33²⁰⁸ respectivamente, señalan en conjunto, el derecho que tienen los privados de libertad para reclamar un trato digno ante las autoridades respectivas, basándose principalmente en evitar los abusos de poder, las desigualdades y toda otra infracción a la dignidad de los ciudadanos reclusos.

²⁰⁷ De acuerdo a este Pacto, en su artículo 2 en esencia, se establecen los siguientes derechos: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; y, c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁰⁸ En base al principio 33 del “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, el privado de libertad contiene los siguientes derechos: a) La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; b) Los derechos que confiere el párrafo 1 del presente principio, podrán ser ejercidos por un familiar de la persona presa o detenida o por otra persona que tenga conocimiento del caso cuando ni la persona presa o detenida ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos. La petición o recurso serán confidenciales si así lo pidiere el recurrente; c) Toda petición o recurso serán examinados sin dilación y contestados sin demora injustificada. Si la petición o recurso fueren rechazados o hubiere un retraso excesivo, el recurrente tendrá derecho a presentar una petición o recurso ante un juez u otra autoridad. Ni las personas detenidas o presas ni los recurrentes sufrirán perjuicios por haber presentado una petición o recurso de conformidad con el párrafo 1 del presente principio; d) Cabe señalar que también esta norma ordena a las autoridades del recinto penal, a que provean a los presos vías confidenciales para proveer sus quejas y además la necesidad de control judicial para garantizar este derecho.

4.3.3. Mecanismos de protección infra constitucionales

4.3.3.1. Protección establecida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios

Podemos desprender de lo dispuesto en los artículos 1 y 2²⁰⁹ respectivamente del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios²¹⁰ (en adelante, REP), que una de las principales misiones de la administración penitenciaria es el cuidado, integración y resocialización de todos los ciudadanos que se encuentran privados de libertad.

El marco bajo el cual se desarrolla la actividad penitenciaria es al amparo de lo prescrito en nuestra constitución y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sus leyes, reglamento y sentencias judiciales. En dichos instrumentos se establece como base la responsabilidad²¹¹

²⁰⁹ Artículo 1 REP: “La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en él y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”.

Artículo 2 REP: “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”.

²¹⁰ Decreto Supremo 518 del 22 de mayo de 1998.

²¹¹ Al respecto, nuestra legislación contempla la Responsabilidad del Estado por falta de Servicio de los órganos a cargo de la administración penitenciaria. Sobre lo anterior se entiende que quienes resulten perjudicados por la actuación de la administración penitenciaria pueden exigir que se les indemnice en el marco de una demanda por responsabilidad extracontractual del Estado. El Estado debe responder independientemente de la responsabilidad que le corresponda a los respectivos funcionarios; también, debe responder por los perjuicios ocasionados por la falta de servicio de los órganos de la Administración.

de todos los funcionarios y los relacionados que quebranten o mermen los derechos fundamentales de los privados de libertad durante el ejercicio de su sanción²¹².

En base a lo anterior, la administración penitenciaria debe cumplir durante sus funciones y en particular en sus relaciones con los internos, con la normativa mencionada. Por lo anterior y dada las instrucciones contenidas en los cuerpos normativos citados, los funcionarios deben procurar la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición de interno y ciudadano, anulando todo tipo de trato degradante, inhumano y ajeno a la calidad mencionada.

A mayor abundamiento, los funcionarios deberán en todo momento garantizar la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo

²¹² El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en su artículo 2, amparado en el artículo 32 N° 8 de la constitución, que consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la República en todas las materias que no sean propias del dominio legal, señala: “Será principio rector de dicha actividad (la penitenciaria) 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”.

integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas.²¹³

Incluso es más, el mismo Reglamento menciona en su artículo 6 inciso 3 señala: “la administración penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatible con la condición del interno”. El inciso 2 del mismo artículo establece que: “la administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de sus derechos compatibles con su situación procesal”.

Cualquier infracción, amenaza o perturbación a los derechos consagrados en la Constitución y demás normativas vigentes puede ser en fase reglamentaria, reclamada por los internos sometiéndose al procedimiento descrito en el artículo 58²¹⁴, que funciona como sigue:

²¹³ Este informe, de acuerdo a su propia descripción, forma parte de los resultados del estudio “Evaluación y Sistematización del Modelo y Sistema de Defensa Penitenciaria, de la Defensoría Penal Pública (DPP)”, que la Dirección de Estudios Sociológicos de la Pontificia Universidad Católica de Chile (DESUC) desarrolló para la Defensoría Penal Pública, en adelante, “Informe Plan Piloto”, p 27.

²¹⁴ Artículo 58 REP: “Los internos tendrán derecho a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, las que deberán efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda. En ningún caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones. Toda petición debe ser respondida en el plazo de quince días corridos o, a lo menos, dentro del mismo plazo, deberá informarse el estado de tramitación en que se encuentra. El ejercicio de este derecho no obsta a la interposición de recursos judiciales que sean pertinentes”.

- i.- Las peticiones las puede realizar el interno en forma verbal o escrita.
- ii.- El Alcaide a cargo del centro penitenciario se encargará de responder por la misma vía, los reclamos, previa citación a audiencia al interno.
- iii.- La norma dispone que el plazo para contestar o informar del estado de la solicitud es de 15 días corridos.
- iv.- Sin perjuicio del ejercicio de este derecho, el interno puede en paralelo o posteriormente, formular sus reclamos, peticiones o solicitud a otras entidades.

En base a lo mencionado, el interno cuenta a su favor con un mecanismo rápido y directo para poder formular sus requerimientos o reclamaciones; sin perjuicio de ello no nos consta el real uso del mismo por parte de los reclusos y la efectividad de las soluciones que brindan en el penal. Nos atenderemos a los casos estudiados posteriormente para poder arribar a una conclusión sobre lo mencionado.

4.3.3.2. Control de ejecución penal realizado por el Juez de Garantía. Revisión audiencia control de garantías

Una de las novedades de la implementación de la Reforma Procesal Penal se introduce con la instauración de los “Juzgados de Garantía”, institución que en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 letra f del Código Orgánico de Tribunales, participa de la siguiente forma en la protección de los privados de libertad, a saber: “Corresponderá a los jueces de garantía: Hacer ejecutar las

condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal” (el destacado es nuestro). Al respecto, de acuerdo a Stippel, la obligación establecida al juez de garantía significa en la práctica que “a falta de juez de garantía de ejecución penitenciaria, la ley atribuye a los jueces de garantía (...) competencia para resolver las solicitudes y reclamos de los reos o penados y de las personas a quienes de haya aplicado una medida de seguridad que se planteen durante el tiempo de ejecución de la condena o la medida”; por lo anteriormente expuesto, existe la posibilidad de que tanto los reos preventivos como los condenados puedan acceder a la justicia solicitando acciones o formulando peticiones al juez de garantía²¹⁵.

Uno de los mecanismos explícitos preceptuados en la normativa procesal penal se encuentra en su artículo 10²¹⁶, el cual regula la denominada “Audiencia de cautela de garantías” la que, de acuerdo a Mónica Maldonado, consiste en el análisis de casos reclamados por los imputados respecto a diversas situaciones que implican afección a sus derechos fundamentales. En dicha audiencia, se

²¹⁵ STIPPEL, Jörg; ob cit. p. 132.

²¹⁶ El artículo 10 del CPP dispone: “Cautela de garantías: En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento del mismo”.

pueden analizar, discutir y resolver jurisdiccionalmente los conflictos que los imputados pueden plantear a los jueces de Garantía sobre la forma en que se está llevando a cabo la privación de libertad.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, esta vía no ha sido utilizada por los reos condenados siendo sólo un privilegio destinado a los reos preventivos. Por lo tanto, no será analizado pormenorizadamente en este capítulo.

4.4. Defensoría Penal Pública como institución encargada de velar por los derechos fundamentales de los privados de libertad

4.4.1. Derecho a la defensa

Nuestra Constitución prescribe (en esencia) en el artículo 19 n° 3 lo siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas: n° 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 hubiere sido requerida (...).

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales y víctimas de delitos

dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no se nombrare uno en la oportunidad establecida en la ley (...).”

Primitivamente, cuando se instauró este deber en nuestra Carta Fundamental del año 1980, el “Derecho a defensa” se cumplía imperfectamente debido a que los procesados carentes de recursos económicos para proporcionarse una buena defensa debían recurrir a las Corporaciones de Asistencia Judicial o Fundaciones afines, las cuales (y hasta la fecha inclusive) se encuentran prácticamente en su totalidad integradas por alumnos que requieren cumplir uno de los requisitos para poder obtener el título de abogado, más no son abogados en absoluto ni menos, expertos en los temas criminales que se les asignaban²¹⁷. Complementando el patrocinio mencionado anteriormente, muchas causas criminales eran asumidas por abogado de turno, que no son precisamente abogados especialistas en los temas asignados sino que en su gran mayoría, desarrollaban su profesión en otras áreas del derecho. Lo anteriormente mencionado era la antigua regla general, lo cual dejaba en la

²¹⁷ COFRÉ, Leonardo. 2011. *“La asistencia y defensa jurídica del Estado a las personas en Chile”*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, p 79.

indefensión absoluta a aquellas personas que necesitaban de asesoría técnica calificada y de calidad.

A mayor abundamiento, no es sino con la reforma procesal penal que el derecho a defensa se ve fortalecido, puesto que “representa un cambio de concepción que se produce en el ordenamiento jurídico chileno acerca de lo que es y lo que implica la asistencia jurídica, como manifestación del cumplimiento del Estado a la obligación autoimpuesta en nuestra Carta Fundamental de otorgar defensa jurídica a todas las personas”²¹⁸. Este cambio de concepción introduce la incorporación de una entidad esencial en la defensa de los imputados y reclusos, como lo es la Defensoría Penal Pública.

4.4.2. Creación, organización y servicio que presta a la comunidad

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1ero de su Ley Orgánica Constitucional, la Defensoría Penal Pública “es un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia” y su finalidad principal es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados que carezcan de abogado.

²¹⁸ Informe Plan Piloto, ob cit, página 42.

Se creó por intermedio de la ley 19.718 del 10 de marzo de 2001; la cual fue el resultado final del trabajo pre-legislativo desarrollado en el seno del Ministerio de Justicia, que evolucionó desde un anteproyecto de defensa penal pública basada exclusivamente en un sistema licitado, pasando por el diseño de un servicio público de defensa penal, desembocando finalmente en un sistema único en el mundo, un sistema mixto que concilia ambos tipos de asistencias jurídicas: uno público y uno privado de carácter licitado²¹⁹.

Respecto al subsistema público, podemos destacar que se compone de un órgano principal, cual es, la Defensoría Nacional, que cuenta Defensorías Regionales y Defensorías Locales. Las Defensorías Locales son las más reconocidas por los ciudadanos, puesto que por medio de ellas se presta la defensa penal, generándose en la práctica un vínculo entre el defensor local y los imputados que carecen de defensor particular.

En relación con el subsistema de defensa licitada, éste se compone de abogados y entidades externas que prestan defensa a los imputados que carecen de abogado propio, con cargo a fondos públicos, por lo que, este subsistema es ejercido por prestadores externos mediante procesos de licitación en que pueden participar personas naturales y jurídicas, es decir, abogados y estudios jurídicos.

²¹⁹ Informe Plan Piloto, ob cit, página 44.

Los beneficiarios de este sistema, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 19.718; “son [...] todas las personas que tienen derecho a la defensa penal pública, éstos serán los imputados o acusados en un proceso penal regido por el Código Procesal Penal que carezcan de abogado y requieran de un defensor en cualquier momento del juicio”.

Con el fin de que los beneficiarios reciban una defensa judicial acorde a sus necesidades y requerimientos particulares, es que el servicio cuenta con áreas especializadas tales como: defensa penal juvenil, defensa indígena, y, lo que a nos interesa, defensa penitenciaria.

4.4.3. Defensa penitenciaria como área especializada de la Defensa jurídica ²²⁰

La defensa penitenciaria es un proyecto piloto, dependiente de la Unidad de Estudios de la Defensoría Nacional, el cual es financiado por la Agencia Española para la Cooperación Internacional y Desarrollo. Su objeto principal es proporcionar la defensa de aquellas personas que se encuentran cumpliendo condena dentro de un centro penitenciario²²¹.

En el preámbulo del Código Procesal Penal se enuncia que: “la Reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria,

²²⁰ Ídem.

²²¹ Ídem.

introduciendo principios como el de lesividad y última *ratio*; supone, además, supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción [...]"

El ejecutivo por tanto, en esta reforma buscó por una parte, mejorar, valga la redundancia, el procedimiento penal, proporcionando más transparencia y publicidad a los procesos, respetando las garantías constitucionales de todos los intervinientes; y por otro, buscó garantizar la supervigilancia de la norma, controlando la implementación y aplicación de la misma.

El Proyecto Plan Piloto Penitenciario, respondiendo a los principios enunciados en la Reforma Procesal Penal, busca en su propuesta concretar el servicio de defensa especializada de los internos que cumplen condena, dada la ausencia que existe de un sistema que aparte de proporcionar un resguardo a los internos, responda al problema de desconocimiento de los derechos y ausencia de defensa a los condenados privados de libertad que lo requieran.

La estrategia de la Defensoría Penal Pública para enfrentar el problema descrito, se basa en la entrega de una defensa en el ámbito de la ejecución penal, teniendo como aspecto central la prestación del servicio de "asesoría jurídica" a los condenados y condenadas a una pena privativa de libertad,

entendida ésta como “la atención profesional especializada proporcionada por un equipo interdisciplinario”²²².

La Defensoría Penal Penitenciaria debería buscar por este medio, el control de la correcta ejecución de la pena, y por tanto, que no se afecten más derechos que los legalmente permitidos.

Sin perjuicio de lo mencionado, éste proyecto no se ha implementado íntegramente en nuestra legislación, por lo cual a la fecha, continúa existiendo un vacío en la defensa penitenciaria efectiva de los privados de libertad.

4.4.4. Defensa de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario.

Un ámbito de vital importancia es que la Defensa que se genere en el ámbito penitenciario, permita en la práctica velar por el respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad. Al respecto, quienes día a día deben relacionarse con los internos son los defensores de la Unidad de Defensa Penitenciaria, quienes dentro del Plan Piloto ya citado, tendrían las funciones que a continuación se indican:

²²² Ídem.

i) Difusión de los derechos de los condenados privados de libertad: Implica realizar actividades colectivas e individuales de difusión en las unidades penales de la región. Comprende acciones tales como charlas, talleres, entrega y colocación, en lugares visibles, de cartillas informativas y de afiches.

ii) Realización de Actuaciones: Implica la gestión de prestaciones o servicios tales como: salidas, derivaciones, interposición de recursos, traslado unidad penal, traslado hospital psiquiátrico, entre otros.

iii) Entrega de información a condenados que no son población objetivo: Comprende la atención a condenados que efectúan un requerimiento al Programa pero que no cumplen con los requisitos para ser beneficiarios del mismo, por lo que no es factible dar curso a la solicitud recibida. En estos casos, se les informa, en forma oral y escrita, que su solicitud no puede ser cursada por no ser población objetivo.

iv) Atención de Público: Comprende atención presencial o también telefónica, principalmente de familiares de condenados privados de libertad que acuden a solicitar información y gestiones referidas a la situación de los mismos.

v) Registro de producción y monitoreo de Información: Comprende, fundamentalmente, el registro y administración de la información de producción del Servicio de Defensa Penitenciaria y de la gestión de los casos, por medio de un sistema de archivo de carpetas individuales por condenado atendido, y la posterior digitación de dichos datos en el sistema SIG-DP70.

vi) Coordinación intra y extra institucional: Comprende la gestión de relaciones intra y extra institucionales que la Unidad debe establecer para el adecuado logro de sus funciones y objetivos. Implica la interlocución con: Defensoría Regional y sus unidades constituyentes, Departamento de Estudios Defensoría Nacional, Dirección Regional de Gendarmería, Unidades Penales, Tribunales de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal, Defensorías Locales, Corporación de Asistencia Judicial, Empresas Concesionarias, entre otros.

Con lo anterior se busca implementar un sistema de Defensa especializada que permita que los internos puedan reclamar las faltas o abusos que se cometan durante su reclusión o incluso, generar que en la práctica puedan atender sus requerimientos cotidianos de forma expedita y efectiva; sin embargo, a la fecha, la Defensa de los privados de libertad y la protección de sus derechos fundamentales, se agota en la interposición de los recursos de protección y amparo ya analizados en representación de los privados de libertad, siendo éstas las únicas formas o mecanismos que tienen para poder

asegurar la debida protección de los internos, mas, como podemos concluir, es un método deficiente puesto que la burocratización del sistema y la falta de transparencia por parte de las actuaciones que se desarrollan dentro de un recinto penitenciario, generan que la Defensoría no cuente con los medios directos que le permitan un acabado conocimiento de las turbaciones o infracciones a los derechos fundamentales de los reclusos.

CAPÍTULO V

ESTADO ACTUAL DE LA REFORMA AL SISTEMA PENITENCIARIO

5.1. Política criminal y la búsqueda de una ley penitenciaria ²²³

5.1.1. Reglamento penitenciario de 1993

El reglamento penitenciario (Decreto Supremo núm. 805) fue promulgado en diciembre de 1992 y publicado en febrero de 1993, reemplazando la normativa vigente que databa de 1928. Este nuevo reglamento eliminó y modificó algunas disposiciones que correspondían al Sistema Auburniano²²⁴ y otras que habían sido incorporadas a la legislación chilena basadas en el “sistema progresivo irlandés”. Entre las reformas que se contemplaron estaban las que eliminaban la prohibición de los reos de hablar entre ellos o las de formar en fila cuando se dirigían a trabajo o clases. Se eliminó también la numeración e identificación de todas las prendas de vestir que identificaban a los internos con el grado y color de la fase respectiva del sistema progresivo.

²²³ El examen aquí realizado solo obedece al desarrollo de la política criminal en lo vinculado a proyectos y anteproyectos de ley de ejecución penal y derecho penitenciario en concreto. Para un desarrollo más completo de la Política Criminal en Chile, desde el retorno a la Democracia hasta nuestros días, véase: STIPPEL, Jörg. 2013. Cárcel, derecho y política, LOM, Santiago. capítulo I, pp. 29 a 185.

²²⁴ RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, ob cit. p. 74.

Una modificación esencial es la referida al derecho de queja. Según la normativa anterior, los reclusos solo tenían derecho a solicitar audiencia con el jefe de la prisión, al director nacional o a las delegaciones de visitadores, a los que podían exponer sus quejas y peticiones. Ahora con la nueva regulación, pueden dirigirse a otras autoridades públicas, se contempla además el derecho a queja y se faculta a los reclusos para acudir a tribunales con respecto a asuntos de su protección jurídica.

Se regulan distintos principios como la prohibición de tortura, la libertad de credo y de conciencia, la protección de la honra, el derecho a la intimidad, a educación y acceso a la información, entre otros. Se consagra también la presunción de inocencia y se establece la prohibición de ser discriminado.

En retrospectiva, cabe preguntarse si esta nueva regulación cambio en términos efectivos la protección jurídica de los reclusos. La respuesta es a lo menos dudosa, por diferentes motivos. Principalmente “las disposiciones que definen los hechos que ameritan una sanción disciplinaria siguen vigentes hasta hoy, sin embargo, en la práctica tales sanciones se ordenan en forma arbitraria. Los hechos están formulados de manera tan imprecisa y ambigua que no ofrecen ninguna seguridad jurídica. Siguen faltando reglas adecuadas de procedimiento, ofertas de apoyo y posibilidades de control.”²²⁵

²²⁵ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 44.

Las posibilidades de reclamo ampliadas persisten aún hoy y, a pesar de esto (tal como se estudió en los capítulos precedentes), su trascendencia práctica es escasa. Si bien ahora es más fácil para los reclusos fundamentar la vulneración de sus derechos, deben arreglárselas solos. Puesto que es aplicable la afirmación: “donde hay un demandante pero ningún juez no puede haber una protección jurídica efectiva. No es posible imponer eficazmente el mandato de la norma”.²²⁶

A ello se suma que el presidente Frei quiso incorporar al reglamento los Estándares mínimos para el tratamiento de personas privadas de libertad, de las Naciones Unidas, lo cual resultó relativamente ineficaz. Ello puesto que cuando uno recomienda, no norma taxativamente. Consiguientemente las disposiciones serán implementadas de forma gradual, conforme a las posibilidades técnica y financieras de la administración penitenciaria. En la práctica se deja en manos de la administración penitenciaria la decisión sobre su aplicabilidad. Luego, este tipo de normativa no tiene ningún efecto como contrapeso de los excesos de poder del Estado.

²²⁶ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit p. 45.

5.1.2. Primer proyecto para una ley penitenciaria

A fines de 1994, Clara Szczaranski, entonces asesora del Ministerio de Justicia, a modo de continuar con este proceso de humanización del sistema penitenciario, elaboró un programa provisional para la elaboración de un proyecto de ley penitenciaria. Entre los puntos a tratar destacaban:

- a) Instituir la figura del juez de vigilancia, para lo cual se debía reformar el Código Orgánico de Tribunales;
- b) Incorporar un capítulo sobre la ejecución penal en el proyecto del nuevo Código Procesal Penal, que estaba en elaboración;
- c) Necesidad de crear una Dirección nacional de ejecución de prisiones al interior del Ministerio de Justicia. Además la necesidad de una subdivisión nacional de ejecución de penas en el medio libre (en aquel momento se trabajaba en un nuevo catálogo de salidas alternativas²²⁷).

La exposición de Szczaranski evidencia que los participantes estaban interesados en una política criminal reduccionista.

²²⁷ Recién hoy podemos contar con una Ley 18.216 modificada por la ley 20.603, que introduce la “libertad vigilada intensiva” y la pena de “prestación de servicios en beneficio de la comunidad”. Asimismo sustituye la reclusión nocturna por un concepto más amplio que es la “reclusión parcial”.

La misión de elaborar un anteproyecto de ley penitenciaria fue encargada a Manuel de Rivacoba y Rivacoba (catedrático español, por entonces radicado en Chile), quien hizo entrega del anteproyecto encargado a la ministra de justicia el 20 de marzo de 1995.

El proyecto consta de 145 artículos estructurados en 4 títulos:

- I.- Disposiciones generales;
- II.- Disposiciones sobre la pena privativa de libertad;
- III.- Ejecución de todas las demás sanciones; y
- IV.- Ejecución de medidas de seguridad y rehabilitación.

En cuanto a su contenido, uno de los principios fundamentales del proyecto es la planificación de la ejecución de cualquier sanción penal.

En tal sentido el artículo 9 de este proyecto establece:

“La ejecución de cualquier pena será objeto de una planificación racional, en la que se ofrecerá al penado amplia oportunidad de participación y discusión, procurando despertar y fomentar su disposición para participar y su sentido de responsabilidad. En cualquier caso, la autoridad de aplicación instruirá detalladamente al penado acerca de sus deberes y

derechos, de las consecuencias de la violación de los primeros y del modo de ejercer legalmente a los segundos”.

Si se trata de una pena privativa de libertad, al inicio se elaborará un plan de ejecución de la pena. Así lo dispone el artículo 34 del proyecto que señala que:

“La Dirección Nacional de Ejecución de Penas contará con equipos multidisciplinarios [...] que proyectarán el plan de ejecución de la pena de prisión, contando con la participación activa del penado.” Asimismo, el artículo 35 establece que “El plan de ejecución de la pena de prisión deberá abarcar, como mínimo, los siguientes contenidos: 1. El sometimiento a un régimen de seguridad máxima, media o mínima; 2. El establecimiento y la sección en que se cumplirá; 3. La asistencia social que se prestará al condenado; 4. La instrucción que recibirá; 5. El trabajo que desempeñará; 6. Las medidas necesarias para preparar su egreso; 7. Las posibilidades de licencias o salidas transitorias; 8. Las posibilidades y plazos tentativos para su transferencia a un establecimiento o sección de menor seguridad, y; 9. El destino del producto de su trabajo conforme a lo dispuesto en el Código Penal”.

Como innovación esencial, el proyecto prevé además la constitución de una Comisión Honoraria de Ejecución de Penas y la designación de jueces de ejecución. “Conforme al proyecto, esta comisión tenía en la práctica una función fundamental: visitar por lo menos dos veces al año los centros penitenciarios y establecer en esas visitas cuántos reclusos podían ser internados en ellos bajo las condiciones exigidas en los estándares internacionales.” Luego de dichas visitas los vocales debían informar a la Dirección Nacional Penitenciaria sobre una posible sobrepoblación de los centros. Una vez informada, la Dirección estaba obligada a informar en un plazo de 45 días a la Corte Suprema sobre las medidas tomadas para resolver los problemas de sobrepoblación.

El control de la legalidad de las condiciones de reclusión y del tratamiento de los reclusos le correspondía al juez de ejecución, quien debía decidir en primera instancia sobre todos los aspectos que pudieran comprender la modificación de la pena impuesta y tenía además la competencia sobre todos los otros aspectos que conciernen a la forma de ejecución de una sentencia. Se menciona expresamente el control de las medidas disciplinarias. El control del juez se extiende también a las decisiones internas de la administración penitenciaria que pudieran perjudicar al condenado, para lo cual no requiere observar formalidades, bastando que el juez tome conocimiento de la voluntad del afectado de recurrir ante la decisión administrativa. En caso de duda, el juez debía citar al afectado para que ratifique su voluntad.

El artículo 23 del proyecto señala:

“Las resoluciones administrativas que causen gravamen al procesado o penado podrán ser recurridas ante el juez de ejecución, sin formalidad alguna, bastando para ello con que este tome conocimiento de la voluntad del interesado en tal sentido. Cuando el medio no sea fehaciente, citará al interesado para que ratifique su recurso”.

El artículo 24 indica que “La revisión se resolverá en audiencia pública, dentro de los tres días de impetrada, con procedimiento verbal y actuado”.

Si el recurrente no cuenta con un abogado, se le asignará un abogado de oficio, de acuerdo al artículo 25 del proyecto.

La mayor parte de las restantes disposiciones están dedicadas también a proteger los derechos de los reclusos. Se establece, por ejemplo, cuales deben ser las condiciones de internamiento, los artículos de higiene que se les entregarán y la asistencia médica que recibirán.

En términos generales, se trata de un proyecto de ley que busca responder a los estándares internacionales en la protección de los derechos de las personas privadas de libertad. Frente a ello se puede decir que es un

proyecto que habría mejorado sustancialmente, por lo menos a nivel normativo, las posibilidades de protección jurídica en las cárceles.

En el plan original se había previsto recoger la opinión de diversos eruditos, con vasta experiencia en la ejecución penal. El programa de trabajo disponía del plazo de un mes para ello. No obstante, finalmente se solicitó una sola opinión, la de uno de los penalistas más conocidos de América Latina, el profesor y juez argentino Eugenio Raúl Zaffaroni.

Zaffaroni respondía mediante carta a la Ministra de Justicia de la época, doña Soledad Alvear, durante el mes de abril de 1995. Según el catedrático argentino, el proyecto contenía todos los aspectos esenciales que comprendían las leyes penitenciarias modernas. Resulta destacable que no se trata solo de un proyecto para regular la ejecución penal, sino además la ejecución de las restantes sanciones penales. El proyecto refleja además en forma adecuada los derechos reconocidos internacionalmente de los reclusos. En consecuencia, el Gobierno no puede presentar como un significativo progreso.

Sin embargo, Zaffaroni critica solo un punto del proyecto: el tratamiento de los reos preventivos. El proyecto de ley comprende una disposición sobre cómo proceder cuando el centro penal sobrepasa su capacidad con reos en prisión preventiva. En dichas circunstancias el Ministerio Público, previo informe

de la Corte Suprema, deberá instruir a los jueces para acelerar²²⁸ los procesos y, si es posible, levantar la prisión preventiva.

A juicio de Zaffaroni²²⁹, el problema del exceso de reos preventivos pone de manifiesto un abuso de la prisión preventiva en la práctica judicial, la que se dicta incluso en caso de delitos menos graves y delitos con penas menores. Según el académico, existen dos respuestas para este problema: una errónea y una correcta. La errónea consiste en la construcción de más centros penales, con créditos internacionales y escandalosas ofertas de apoyo a la implementación técnica.²³⁰ Este tipo de solución tiene un trasfondo político ligado a la entrega de mayores presupuestos y la obtención de poder. Asimismo es la solución preferida por quienes aspiran a privilegios corruptos. La solución correcta consiste en disminuir la prisión preventiva, lo que se logra reduciendo la duración de los procesos. No obstante, esto no es suficiente y se debe sustituir la prisión preventiva por otras medidas no privativas de libertad.

²²⁸ El artículo 28 del proyecto dispone: “Cuando, a pesar de las medidas adoptadas por la Dirección Nacional, se mantenga el exceso de procesados en situación de privación de libertad, la Corte Suprema lo comunicará al Ministerio Público, el cual instará a los jueces o tribunales de quienes respectivamente dependen los procesados que llevan más tiempo en prisión preventiva para que activen los procesos correspondientes y, guardando siempre todas las exigencias legales, pongan término a dicha prisión lo antes posible”. En relación al artículo recién citado, resulta llamativa la utilización de la palabra “activen”.

²²⁹ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit., pp.65-66.

²³⁰ En este caso se da lugar a una economía en torno a la cárcel, existen comerciantes que ofrecen cárceles en catálogos.

Finalmente manifiesta que “ningún Estado tiene el derecho de retener a un recluso si no es capaz de ofrecerle condiciones mínimas. Si lo hace, vulnera la razón de Estado que es, como todos sabemos, un dique que nadie puede contener cuando se rompe”.

La evolución posterior de la política criminal en Chile mostrará que el segundo Gobierno de la Concertación implementó inicialmente la solución sugerida por Zaffaroni. Sin embargo, pocos después, su tercer Gobierno vuelve a amplificar la aplicación de la prisión preventiva e inicia la construcción de muchos nuevos establecimientos.

Después de recibir la visión de Zaffaroni no se consultaron otras opiniones. En este punto del proceso prácticamente se abandonó el proyecto de ley, lo que se debió a diferentes razones. En primer lugar faltó el personal necesario. La paralización del trabajo en el proyecto de ley penitenciaria coincidió con el inicio de la discusión parlamentaria sobre el proyecto de un nuevo Código Procesal Penal (junio de 1995). La División Jurídica del Ministerio de Justicia estaba a cargo de atender ambos proyectos y no contaba con suficiente personal para trabajar en ellos paralelamente a la asesoría que debía prestar al Parlamento.²³¹ Ello según lo expresado por los colaboradores participantes en el Ministerio de Justicia, Patricio Villagra y Carlos Garrido.

²³¹ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 66.

Además de los limitados recursos de personal, en el Ministerio de Justicia faltaron también los recursos económicos. La implementación del nuevo derecho procesal penal exigió, entre otros, la construcción de salas de audiencias y oficinas para el Ministerio Público y la Defensoría Penal. Por ello no existieron los recursos presupuestarios adicionales para una reforma de la ejecución penal (según Juan Bustos Ramírez²³²). Dado que tampoco prosperó el proyecto para ampliar el catálogo y la aplicación de salidas alternativas no se concretó la reducción esperada de costos en la operación de los centros carcelarios. El cálculo hecho inicialmente por Clara Szczaranski Cerda no tuvo el resultado esperado.

La nueva política de ejecución penal y del proyecto de ley difícilmente podía contar con un amplio apoyo de la opinión pública, pues apuntaba a la protección de los derechos de los reclusos. El objetivo de la reforma no era el combate a la delincuencia sino la protección de los derechos fundamentales de supuestos o reales delincuentes y, en consecuencia, no era un objeto compartido, especialmente por la Fundación Paz Ciudadana. Si se compara el éxito de la reforma del derecho procesal penal con el fracaso del primer proyecto de una ley penitenciaria se evidencian las siguientes diferencias:

²³² STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit, p.66, nota 145.

1. En la elaboración del proyecto del nuevo derecho procesal penal se impulsó tempranamente un amplio debate en la comunidad de expertos, que fue incluida en el proceso de elaboración en el marco de un foro y diferentes actividades de discusión. Sin embargo, esto no ocurrió en el proceso de elaboración del primer proyecto de una ley penitenciaria y se apostó a la fuerza persuasiva de una buena propuesta. Esta debía ser potenciada por dos elementos adicionales: primero, se encargó la elaboración del anteproyecto a un destacado erudito y, segundo, se pidió a otras renombradas autoridades presentar su proyecto al respecto.
2. La legitimación general de cada uno de los proyectos es un punto de divergencia entre ambos procesos. En el marco de la elaboración del Código Procesal Penal se realizaron diversas investigaciones empíricas para corroborar los déficits del procedimiento inquisitivo y fundamentar la necesidad de la reforma. Sin embargo, en el proceso del proyecto de una ley penitenciaria no se hizo lo mismo.
3. Por último, otra diferencia consiste en la búsqueda de alianzas estratégicas. En la elaboración de la reforma del derecho procesal penal se buscó la cooperación con una fundación privada, con lo cual se aseguró el apoyo de medios de comunicación muy importantes y, al mismo tiempo, se incorporó en el proceso legislativo a grupos de interesados ajenos al gobierno. No así en la elaboración del proyecto de una ley penitenciaria, que fue elaborada dentro de las estructuras de

poder del gobierno, donde finalmente fue abandonado. Por ello, hasta ahora es imposible encontrar alguna mención en las publicaciones especializadas o en la discusión pública.

5.1.3. La Reforma del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios

Habiendo sido abandonado el primer proyecto para una ley penitenciaria, la política criminal chilena dio un giro. Ello asociado a las campañas para las elecciones presidenciales que se avecinaban. Los temas de política criminal eran dictados por la oposición, pasando de discutir sobre una reforma al sistema de justicia al combate a la delincuencia y “la seguridad y el orden”, lo que derivó en un fortalecimiento de los elementos represivos de la legislación.

En esta época se produce una ampliación de los supuestos que justifican la privación de libertad en el ámbito de la prisión preventiva, una reducción drástica de los decretos que otorgaban la libertad condicional (mediante la Ley 19.661) y la modificación del Reglamento Penitenciario.

Un detallado documento del Ministerio de Justicia sobre la nueva política penitenciaria²³³ del año 1998 ya no aborda la necesidad de contar con una ley penitenciaria. Según este documento, la nueva política penitenciaria debe ser desarrollada y perfeccionada a corto y mediano plazo mediante la modificación del Reglamento Penitenciario y se destaca la publicación del nuevo reglamento en el año 1993²³⁴ como un importante paso en ese sentido. El reglamento fue formulado bajo el punto de vista de que toda persona que es privada de libertad conserva sus derechos como miembro de la sociedad. Estas nuevas reglas humanizarán los centros penales y el sistema penitenciario podrá responder al objetivo central de la resocialización. El Gobierno actual reconoce el importante progreso alcanzado con este reglamento y, como sigue tan interesado en el tema, trabaja en propuestas de modificación. Con ello se busca adaptar el reglamento a la nueva realidad social e implementar por esta vía la nueva política penitenciaria.

La total renovación de los órganos encargados de la ejecución penal, la promulgación de una ley penitenciaria, la instauración de un juez de ejecución penal y de una comisión honoraria, derivaron finalmente en la modificación de un reglamento ya publicado. El nuevo reglamento (Decreto 518) fue promulgado

²³³ División de Defensa Social, 1998, Nueva Política penitenciaria. Modernización del sector justicia y su impacto en el sistema de ejecución penal, Santiago, Ministerio de Justicia, pp. 67 y ss.

²³⁴ Decreto 1771, publicado el 9 de febrero de 1993, durante el gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar, el cual reemplaza al reglamento núm. 805 del año 1928.

por la ministra de justicia el 22 de mayo de 1998 y publicado en el Diario Oficial el 21 de agosto del mismo año. En lugar de avanzar en el ámbito de la protección jurídica en las cárceles, muchas disposiciones modificadas significaron más restricciones y retrocesos. La nueva política penitenciaria resultó más represiva que aquella de los primeros años posteriores al retorno a la democracia.

Entre las modificaciones del reglamento que afirman dicho planteamiento: 1. Cambia el enfoque respecto a la resocialización, puesto que ahora la administración penitenciaria debe realizar actividades que ayuden a “remover, anular o neutralizar” los factores que pudiera haber influido en la conducta criminal. Ello implica que el recluso se convierte, al tenor del reglamento, en un objeto de la intervención del Estado.²³⁵

En la formulación de 1993, el “tratamiento para la resocialización” consistía en actividades orientadas a posibilitar la reinserción de los reclusos al medio libre. El tratamiento debía lograr, en la medida de lo posible, promover el respeto a sí mismo y desarrollar la responsabilidad propia y social del recluso

²³⁵ Jörg Stippel señala que este cambio “pudiera explicarse quizá porque los gobernantes se fueron olvidando de sus propias detenciones a medida que transcurrió el tiempo desde la dictadura, dejan de identificarse con los problemas de los reclusos y de reconocerlos en su individualidad subjetiva y comienzan a verlos como un factor objetivo de la política”.

en relación a su familia, el prójimo y la sociedad en general²³⁶. En consecuencia, las actividades se originan en la persona del recluso, que debe ser apoyado para que pueda asumir sus responsabilidades individuales y sociales. “El objetivo de la resocialización es la reincorporación a la sociedad y no la corrección de la conducta criminal.”

Otra importante restricción concierne al derecho de visita: antes de la reforma los reclusos podían recibir visita dos veces a la semana, mientras que ahora este derecho fue limitado a un día por semana.²³⁷

Con la modificación también se mermaron las posibilidades de protección jurídica. En primer lugar, la administración penitenciaria ya no está obligada a responder por escrito las peticiones escritas y puede contestarlas en forma verbal. Desaparece la referencia al derecho de queja ante el representante regional del Ministerio de Justicia. El reglamento de 1993 establecía que si la administración penitenciaria no respondía al solicitante en un plazo de 15 días, este podía recurrir ante el representante regional del Ministerio de Justicia. En

²³⁶ El artículo 71 del D.S. 1771 señala: “El tratamiento de reinserción social consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas al condenado que cumple su pena en un establecimiento penitenciario, para orientar su reingreso al medio libre a través de la capacitación y de inculcarle valores morales en general, para que una vez liberado quiera respetar la ley y proveer sus necesidades. [...] El tratamiento procurará desarrollar, en la medida de lo posible, una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.”

²³⁷ El artículo 46 del D.S.1771 establecía: “Lo condenados tendrán derecho a ser visitados, a lo menos dos veces por semana, por sus parientes, amigos o por quienes deseen hacerlo”. La restricción a un día a la semana se encuentra en el artículo 49 del D.S. 518.

tanto la administración penitenciaria ya no está obligada a responder en forma escrita las solicitudes de los reclusos, a estos se les dificulta buscar protección jurídica contra las respectivas decisiones pues en la práctica ya no cuentan con nada para probar una posible vulneración de sus derechos.

Antes de la reforma, la administración penitenciaria estaba obligada a informar a los reclusos los resultados de la planificación de su “tratamiento de resocialización”, pero en la nueva formulación se trata meramente de una “indicación facultativa”.

Dado que la intención del Gobierno era adaptar el reglamento a la nueva realidad social, se podría concluir que la sociedad había cambiado su postura frente a las personas privadas de libertad después de ocho años del término de la dictadura. Ya no se trata de reinsertarlos en la sociedad, sino de remover los factores criminógenos a través de su reclusión. De esta forma, la política criminal también va perdiendo la naturaleza originalmente reduccionista que se reflejó en la fundamentación de la ley del derecho procesal penal y en el proyecto de la ley penitenciaria.²³⁸

²³⁸ Todo ello podría explicarse como un cambio de paradigma en la visión de la política criminal por parte del Estado. Tantos los fines como los medios dan una vuelta en 180 grados respecto del punto inicial.

Los poderes involucrados en la política criminal se reacomodan poco antes de las elecciones, con el resultado de que la visión que promovía la protección de los derechos de los reclusos perdió terreno y fue vencida por el discurso del encierro y la segregación.²³⁹

A modo de recapitulación, podemos señalar que la política criminal del segundo Gobierno de la Concertación puede ser dividida en dos fases: a) una primera en que se aprobaron importantes reformas, que apuntaron a democratizar la cultura del derecho penal –se llegó a la discusión legislativa de ambiciosas modificaciones estructurales en el ámbito de la persecución y la justicia penal, se modificó la Constitución para crear el Ministerio Público, se modificó el Código Orgánico de Tribunales para instaurar los Tribunales de Garantía y, por último, también se modificó el derecho procesal penal, que abandonando los procedimientos inquisitivos, escritos y absolutamente secretos, dio paso a un derecho procesal basado en los principios de oralidad, publicidad y acusación. Y, b) una segunda fase que fue influida por la contienda electoral, en la cual se paralizaron los ambiciosos proyectos para judicializar la ejecución penal, la política criminal cambió en perjuicio de los reclusos, disminuyendo sus posibilidades de acceder a la libertad condicional y facilitando la aplicación de la prisión preventiva.

²³⁹ RAMOS A. y DE GUZMÁN, Luigi, ob cit. pp. 77 y 80.

5.1.4. Génesis y contenido el segundo proyecto de una ley penitenciaria

Durante el gobierno de Lagos se decidió elaborar un segundo anteproyecto para una ley penitenciaria. Sin embargo, a diferencia de la reforma procesal penal, la iniciativa no surgió de la sociedad civil, ni tampoco de los representantes de intereses privados. La decisión de elaborar una nueva ley penitenciaria fue del Ministerio de Justicia y para su realización se solicitó a la cooperación alemana. Así, la reforma proyectada surge de un órgano de la administración público.

A diferencia de lo sucedido en el proceso de reforma procesal penal, en el ámbito de ejecución penal no existían investigaciones respecto de los hechos jurídicos y sólo se contaba con algunos trabajos criminológicos los cuales solo aportaban ideas generales de la realidad social de los privados de libertad. En Chile además no existían publicaciones sobre los derechos que tenían los reclusos, sobre la observancia de éstos por parte de gendarmería o sobre su protección jurídica, tampoco se contaba con libros de estudio, comentarios u otro tipo de literatura especializada sobre la ejecución penal.²⁴⁰ Todo ello, permite afirmar que, hasta aquel momento, no había existido una discusión seria en torno a la ejecución de penas entre los expertos. En el ámbito

²⁴⁰ STIPPEL Jörg, 2013, ob cit. p. 94.

académico aún se discutía sobre los detalles de la implementación del nuevo derecho procesal penal y sobre los necesarios ajustes de su base normativa. El tema predominante era la evaluación de la implementación de la reforma en las regiones piloto.²⁴¹

Todas estas condiciones hicieron que fuera muy difícil incorporar a los expertos en el trabajo de una reforma de la ley penitenciaria, al mismo tiempo de la implementación de la reforma procesal penal en el país.

Entre las dificultades que se presentaron destaca que a diferencia de lo que ocurre en otros países, el Ministerio de Justicia chileno no dispone de un departamento propio encargado de investigación, criminología y prevención del delito. Ello implica que investigaciones de cualquier tipo, requeridas por el Ministerio de Justicia, son licitadas a instituciones externas, que deben solicitar información al propio Ministerio de Justicia, para lo cual deben coordinarse con éste. Esta carencia institucional tiene como resultado que los intereses de instituciones o de privados externos encuentren mayor eco en los procesos de

²⁴¹ A modo de ejemplo, véase: BAYTELMAN, Andrés. 2002. *“Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena”*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile y Centro de Investigaciones Jurídica, Universidad Diego Portales; y, BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, 2003, *“Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena”*, Centro de Estudios de la Justicia (CEJA) y Universidad Diego Portales, 2003.

toma de decisiones públicas. La reforma del derecho procesal penal y las diferentes reformas de la reforma evidencian esta problemática.²⁴²

A diferencia de la reforma procesal penal, aquí no fue posible trabajar de forma paralela en la elaboración de las investigaciones y en la formulación de un anteproyecto: ello debido a la falta de personal y de presión política de los representantes de intereses externos al Gobierno. Habría sido sumamente útil haber podido recurrir al anteproyecto elaborado en el gobierno anterior, no obstante, los responsables del Ministerio de Justicia no tenían mayor conocimiento respecto de su contenido. Nadie se identificaba con el proyecto legislativo técnicamente impecable pero cuya elaboración no había sido participativa²⁴³.

A modo de poner en conciencia a los expertos sobre la necesidad de contar con una ley penitenciaria se inició un proceso de actividades de discusión pública y de difusión, comenzando en un primer momento en el ámbito universitario. Es así como se hizo partícipe de discusiones y exposiciones a una serie de expertos extranjeros²⁴⁴, quienes pretendían

²⁴² Stippel en su libro cuenta sobre las dificultades para acceder al primer proyecto de ley penitenciaria, siendo éste un documento del que nadie parecía tener conocimiento, muchos menos de su contenido (STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 97).

²⁴³ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 97-98.

²⁴⁴ Un problema de enorme importancia es la inexistencia en Chile de especialistas en el ámbito de la ejecución de penas, ello por cuanto el tema de las bases jurídicas de la ejecución de penas no se trata durante la carrera de Derecho, ni como ramo obligatorio ni como ramo

evidenciar que la legislación sobre la ejecución de penas era jurídicamente necesaria y que su implementación era factible.²⁴⁵ En noviembre de 2003, el Ministerio de Justicia, dedicó un número de su Boletín Jurídico²⁴⁶ exclusivamente al tema de la ejecución de penas y la resocialización, destacando un capítulo especialmente dirigido al control jurídico de las sanciones penales, además de otros que abordaban la creación de los jueces de vigilancia penal y la judicialización de la ejecución de penas.

En marzo de 2005 se da inicio al trabajo en el anteproyecto de ley. Como punto de partida se organiza el taller de planificación que sirvió para coordinar el procedimiento a utilizar, así como nombrar a un secretario ejecutivo. En dicho momento el Ministerio de Justicia propone tener listo el proyecto para el mes de octubre, dando como razón explícita las elecciones venideras. Aquello se justificó indicando que debía concluirse antes de que otros temas más candentes dominaran la agenda política.

En segundo lugar se acordó la convocatoria a foros de trabajo, estableciendo el carácter de semanal y fijando un total de veinte sesiones.

electivo. Esto presenta un impedimento a la hora de organizar jornadas de intercambio de información y experiencias con organizaciones o agencias extranjeras.

²⁴⁵ El primer seminario internacional sobre el la materia si llevo a cabo en agosto de 2003,cuya organización estuvo a cargo del Ministerio de Justicia, GENCHI, la Defensoría Penal Pública, la Universidad de Chile (CEJ) y el Proyecto de Reforma Judicial.

²⁴⁶ El Boletín señalado corresponde al Núm. 4-5 de noviembre de 2003, titulado “Ejecución de penas

Durante las primeras reuniones se invitó a participar a representantes de GENCHI así como a otros departamentos del Ministerio de Justicia. El Proyecto Reforma Judicial propone invitar adicionalmente a la profesora María Inés Horvitz como representante de la Universidad de Chile, lo cual tenía como objeto integrar experiencias del proceso legislativo de la reforma procesal penal.

Este proceso integrador falló en un aspecto no menor, los sindicatos de los gendarmes no fueron invitados oportunamente a participar del proyecto. Las repercusiones de este error se hicieron evidentes en el desarrollo posterior del trabajo. Al mismo tiempo el Ministerio de Justicia dejó fuera de toda participación a los partidos políticos, respecto de los cuales no hubo mayor interés en incorporarlos, haciendo inexistente la participación de actores políticos. Todo ello bajo la excusa de no tener clara en un principio la orientación básica del proyecto.

La planificación de trabajo fue similar a la reforma procesal penal, salvo algunas diferencias decisivas. A juicio de Stippel faltó, por ejemplo, la presión social. A quince años de las primeras elecciones democráticas, ya se había estabilizado el sistema democrático. Ya no se buscaban cambios radicales en las instituciones para consolidar la democracia. Además, con la reforma procesal penal ya se había dado un paso fundamental en el sentido de democratizar la cultura de la justicia penal y ahora solo se debía seguir la senda

trazada. En este sentido, la reforma de la legislación de ejecución penal se consideraba necesaria, pero no ineludible²⁴⁷. No era una prioridad para el Ministerio de Justicia, solo se trataba de un proyecto impulsado por el jefe de la División de Defensa Social.²⁴⁸

La primera sesión del foro, y a propuesta de María Inés Horvitz, se acordó constituir una comisión técnica cuya función consistiría en adelantar propuestas concretas de formulación de las disposiciones que serían objeto de discusión en las reuniones del foro. Dicha comisión acordó en conjunto con el jefe de la División de Defensa Social integrar siempre y cuando fuera posible las normas vigentes en el anteproyecto y actualizar su formulación. Dicha disposición buscaba tres finalidades:

- i) Minimizar las potenciales resistencias del personal penitenciario frente al proyecto. La idea era evitar que el personal de gendarmería pensara que su experiencia y prácticas habituales hasta el momento quedarían obsoletas con la aprobación del proyecto.

²⁴⁷ Misma situación ocurre con la reforma del derecho penal sustantivo. En su momento el Ministerio de Justicia constituyó un foro que sesionó regularmente hasta la creación de un proyecto, el que fue entregado al concluir el mandato del presidente Ricardo Lagos. No obstante ello, el proyecto hasta ahora no ha sido enviado al Congreso.

²⁴⁸ STIPPEL, Jörg, 2013, 2013, ob cit., p. 103.

- ii) Respaldo políticamente la factibilidad del proyecto, evitando parecer el producto de fantasías político-jurídicas. La discusión debía limitarse al objetivo esencial de la reforma: generar mecanismos de control eficaces, reglas claras de procedimiento y fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los reclusos o de los ciudadanos sometidos a cualquier sanción penal.
- iii) Subsana la fragmentación del derecho, problema que en el pasado había sido presentado como razón de la necesidad de una legislación sobre la ejecución de penas.

No obstante, el motivo era modificar las condiciones dadas perfeccionando las bases normativas y creando nuevas instituciones. La estrategia consistía en incorporar la normativa existente para abrir la puerta a modificaciones más profundas. En consecuencia, el proyecto perseguía un enfoque instrumental. La legislación y el proceso de discusión impulsado por la iniciativa debían servir como instrumento para cambiar las condiciones existentes.

Dado esto, el método de trabajo elegido no derivó en la adopción de una ley penitenciaria alemana para ser usada en Chile, sino en una ley chilena con influencias de leyes alemanas, latinoamericanas e internacionales. El objetivo no era copiar o trasplantar un determinado modelo, sino adaptar a la realidad

chilena los elementos positivos de diferentes modelos. Para la reforma de la ejecución de penas no existía ningún código modelo²⁴⁹, por lo que si bien se adoptaron algunas formulaciones de leyes latinoamericanas y europeas, el trabajo no utilizó como guía ningún modelo en concreto.

En la creación del proyecto se esperaba resistencia por parte de GENCHI²⁵⁰, cuyos funcionarios serían sometidos a un amplio control y deberían transparentar su labor, por ello no se podía omitir su opinión. Por otro lado, el proyecto de una ley penitenciaria también pudo contar con el apoyo de nuevos actores. La reforma procesal penal había generado instituciones, como la Defensoría Pública, el Ministerio Público y los jueces de garantía, de las cuales se podía esperar un apoyo al proceso de reforma. Todas ellas estaban vinculadas de una u otra forma al tema de las condiciones carcelarias y de la ejecución de penas y tenían una postura más abierta frente al tema de la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. La reforma procesal penal incluía este objetivo en el marco del proceso de investigación y juicio oral, por lo que ahora la lógica

²⁴⁹ María Inés Horvitz advierte que el proyecto de ley para la reforma procesal penal utilizó como fuente principal un Código Procesal Modelo para Latinoamérica, redactado por el jurista argentino Julio B. Maier, cuya estructura se basó en gran medida en el derecho procesal penal alemán. (HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Chile, Editorial Jurídica. p. 23).

²⁵⁰ Sobre algunos prejuicios y trabas desde dentro de GENCHI, en especial sus enfrentamientos con CONFRAPRECO, véase STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. pp.100 y 101.

indicaba que se debía asegurar la protección en el ámbito de la ejecución de penas.

Las sesiones del foro sirvieron para un mutuo intercambio de conocimientos y experiencias que debían concretarse en un proceso conjunto. Con la incorporación de las propuestas de modificación y formulación de disposiciones adicionales solicitadas por los integrantes de la comisión, las miras estaban puestas en que el proyecto surgiera como un producto del trabajo del foro y un reflejo de las opiniones de las instituciones participantes.²⁵¹ El documento final, en tanto “producto conjunto”, fue enviado a diversas instituciones para que expresaran su opinión al respecto. Esto implicó una diferencia en relación a la reforma procesal penal, por cuanto los organismos que debían aplicar el derecho en el futuro fueron incorporados en el proceso de discusión cuando aún era posible influir en las formulaciones del anteproyecto.²⁵²

Durante el desarrollo de la segunda fase, la Comisión Técnica debió elaborar las propuestas de formulación faltantes bajo presión, puesto que debía

²⁵¹ Debía entenderse como una propuesta de GENCHI, de la Academia Judicial, del Ministerio Público, de la Defensoría Penal Pública y de la Universidad de Chile, impulsada por el Ministerio de Justicia y apoyada por el Proyecto de Reforma Judicial.

²⁵² En el caso de la reforma procesal penal, las policías, los órganos que encargados de aplicar el derecho, fueron informadas de su contenido recién después de haber sido aprobada la ley.

incorporarse los aportes del resto de los especialistas, a modo de mantener la legitimidad ganada hasta entonces. El Ministerio de Justicia le solicitó a GENCHI la asignación de determinados funcionarios para que colaboraran en el proyecto, los cuales al momento de integrarse al trabajo tuvieron la misión de formular diversos acápite del texto legal y presentar estas propuestas de formulación a la Comisión Técnica, que perfeccionaba y complementaba los artículos en conjunto.

Esta fase finalizó con la redacción del segundo anteproyecto para una ley penitenciaria, el cual pudo ser enviado a los miembros del foro para que expresaran su opinión recién a comienzos de diciembre de 2005, alterando la planificación original. El proyecto estuvo oficialmente terminado a principio de 2006.

La conclusión del trabajo de la comisión coincidió con el tiempo de la última refriega electoral, por lo que para asegurar la continuidad del anteproyecto y su desarrollo, era necesario incorporar el tema de la necesidad de una ley penitenciaria en el programa presidencial de los candidatos con mejores perspectivas. En tal sentido, se apostó a una victoria de la entonces candidata de la Concertación. Para tal caso, la designación política de los jefes de los departamentos del Ministerio de Justicia tuvo un efecto positivo, pues ellos habían participado en la elaboración del programa presidencial y pudieron

incorporar la necesidad de una Ley penitenciaria en la comisión que discutió las propuestas programáticas en el ámbito de la justicia. Así es como el perfeccionamiento y aprobación de esta ley se definió como uno de los objetivos de la candidatura de Michelle Bachelet.²⁵³ No obstante ello, no aparece en el programa electoral oficial, puesto que éste fue impreso antes del término del trabajo de las comisiones.²⁵⁴

5.1.5. Modificación de la agenda corta del Gobierno

Cuando Michelle Bachelet asume su mandato el 11 de marzo de 2006, se enfrentó prácticamente a los mismos problemas que Ricardo Lagos. La construcción de nuevas cárceles no había resuelto el problema de hacinamiento en los recintos penitenciarios, tampoco ayudó a mejorar la protección de los derechos humanos o las oportunidades de resocialización de los internos. La implementación de la reforma procesal penal volvió más eficiente el sistema de persecución penal y como consecuencia aumentó la dictación de penas de reclusión. Ello implicó un crecimiento sin precedentes en la cantidad de personas privadas de libertad.^{255 256}

²⁵³ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 113.

²⁵⁴ Véase: Balance de gestión integral, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006, p. 65.

²⁵⁵ Desde la implementación de la reforma hasta la asunción del mandato de Michelle Bachelet, la cantidad de reclusos había aumentado en cerca de un 20%. En cifras concretas, se pasa de 33.047 en el año 2000 a 39.208 en el primer semestre de 2006. Para ahondar en el tema, véase el artículo “Aplicación del nuevo proceso penal ha aumentado población carcelaria”, en: El Mercurio, Cuerpo C, p15 del 10 de septiembre de 2006.

En el primer año del mandato de Bachelet se llevó a cabo una extensa discusión sobre la política criminal chilena, la que puede considerarse como el punto de inflexión de ésta. El debate tomó lugar con una promesa electoral de la presidenta, quien asumió el compromiso de combatir enérgicamente la delincuencia. La oposición intentó ganar votos con la promesa de endurecer el trato a los delincuentes, haciendo referencia a la política estadounidense del “three strikes”. Bachelet replicó exigiendo el término de la delincuencia no en la tercera condena, sino que en la primera.²⁵⁷

Al momento de ganar las elecciones presidenciales, la presidenta Bachelet debió poner en práctica su promesa electoral, lo cual dio lugar a una modificación en la agenda corta de su gobierno. Se hizo necesario modificar las disposiciones legales²⁵⁸ que permitían a los reincidentes o delincuentes peligrosos no ser condenados o recuperar su libertad. Este nuevo proyecto consideraba penas más severas para los reincidentes en el derecho penal sustantivo y modificaciones al Código Penal, ampliando las facultades de las policías y de la fiscalía.

El defensor nacional, por entonces Eduardo Sepúlveda Crerar, criticó el proyecto indicando que su aprobación empeoraría aún más la situación en los

²⁵⁶ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 122.

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Aquí hacemos referencia al proyecto del 07.07.2006, incluido en el Mensaje 188/354.

recintos penales. El Gobierno reaccionó mediante el ministro de justicia quien amonestó públicamente al defensor nacional, señalándole que su crítica excedía el ámbito de sus funciones, así como que el Gobierno estaba al tanto de los problemas en los recintos penales²⁵⁹. En el intertanto, se pronunciaron también los defensores regionales, quienes señalaron que el problema de la delincuencia no podía ser resuelto con más medidas represivas, de igual forma indicaron que hasta aquel momento la política solo se había centrado en el castigo, dejando de lado la prevención y la resocialización de los reclusos.²⁶⁰ A esta opinión se sumó la de algunos académicos, quienes señalaron que dicho proyecto implicaba un paso en la dirección contraria de lo que el país necesitaba, que tales reformas nos acercaban a una política criminal de carácter represiva y autoritaria, precisamente el mensaje contrario que buscaba la reforma procesal penal.

Aquella crítica generalizada, implicó que el Gobierno modificara su proyecto, lo cual fue interpretado por la prensa como miedo al colapso de los

²⁵⁹ Para ver la figuración pública de esta discusión véase la entrevista a Eduardo Sepúlveda, “No se puede andar encarcelando a todo el mundo”, publicada el 06.07.2006 en La Tercera, p.16. Asimismo, “Defensor nacional: plan antidelincuencia ahondará crisis en cárceles del país”, en La Tercera del 16.08.2006, p. 14; “Ministro de Justicia reprende a defensor”, en El Mercurio del 17.08.2006, Cuerpo C, p.1; “El Gobierno prohíbe a defensor nacional hablar de crisis carcelaria”, en La Tercera del 17.08.2006, p. 12; “Colapso del sistema penitenciario” en La Tercera del 17.08.2006, p.3.

²⁶⁰ Jaime Camus del Valle, defensor regional de la IV Región, citado en STIPPEL, Jörg, ob cit. p.125, nota 313.

recintos penales.²⁶¹ Finalmente, el proyecto fue aprobado en su versión modificada el 30 de octubre de 2007, un año y medio después de haber sido enviada al Congreso. La Ley 20.273 amplió las facultades de intervención de los organismos de la persecución penal y amplió la prisión preventiva para algunos delitos. Por todo ello, se dejó de lado la enmienda propuestas en algún momento. “Ya no se fijan penas mínimas para los reincidentes y se mantienen las normas existentes que regulan la determinación de las penas. Ni one strike o three strikes, sino una ponderación en cada caso particular”²⁶².

5.1.6. Continuidad en el trabajo de una ley de ejecución de penas

Una vez evidenciado el hecho de que la construcción de nuevas cárceles no era una respuesta efectiva a los problemas de sobrepoblación y que tampoco aseguraba la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, se hicieron públicas las demandas que exigían la creación de tribunales de vigilancia penitenciaria y la elaboración de una ley de ejecución de penas.

La ex ministra de Justicia y actual senadora Soledad Alvear fue la principal promotora de esta demanda, prueba de esto es que el primer proyecto

²⁶¹ Así lo señala el título del artículo “Oficialismo modifica ley antidelincuencia por temor a colapso en las cárceles”, publicado en La Tercera del 19.09.2006.

²⁶² STIPPEL, Jörg. ob cit. p. 127-128.

de ley penitenciaria (o de ejecución de penas) se elaboró bajo su mandato, a lo cual ahora se agregaba la creación de una judicatura especializada. Soledad Alvear plantea que normalmente se piensa que el proceso penal finaliza cuando se dicta sentencia y después de ello las personas son transferidas a la administración penitenciaria. Aquí falta la judicatura que se preocupe de controlar la ejecución de las penas. De igual forma, no existe la posibilidad de controlar la forma en que se cumplen las penas en los recintos penitenciarios y por ello es necesario aprobar una ley de ejecución de penas. Pues “no solo es preocupante que los recintos penales estén sobrepoblados, también es terrible que actualmente no sea posible evitar que los individuos sean víctima de la arbitrariedad del Estado en las cárceles”²⁶³

A la participación de los actores políticos se sumó la de representantes de los jueces de garantía, quienes exigen la constitución de una judicatura especializada y cuya función sea el velar por la legalidad de la ejecución penal y de manera muy especial en la función resocializadora de las penas.²⁶⁴ Es así como en tal contexto, el Ministerio de Justicia declaró como prioridad la elaboración de una ley de ejecución de penas.²⁶⁵

²⁶³ Según Soledad Alvear en “Control del cumplimiento de la pena”, publicado en La Tercera del 07.07.2006, p.4.

²⁶⁴ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 132.

²⁶⁵ Según señala Stippel, el sitio web del Ministerio de Justicia presenta esta prioridad hasta fines de 2007 en el punto 9, indicando: “Ley de Ejecución de Penas: Se iniciarán los estudios para la redacción de un anteproyecto de ley que regule la ejecución de las penas y establezca un sistema eficaz de control administrativo y judicial de su ejecución. El anteproyecto debe establecer los principios y reglas de la ejecución de penas, medidas de seguridad y

A comienzos de 2006, la necesidad de elaborar una ley penitenciaria fue incluida entre las metas del Ministerio de Justicia, de lo cual queda constancia en la cuenta anual de dicho ministerio²⁶⁶. Es así como el informe del Ministerio indica que: “se avanzó en el diseño de una ley de ejecución de penas, que busca sistematizar y ordenar la legislación actualmente vigente, así como otorgar rango legal a reglamentos dispersos sobre ejecución penal. Estos esfuerzos se enmarcan en el objetivo de mejorar el sistema penitenciario contribuyendo así a la seguridad ciudadana y al efectivo cumplimiento de las penas.”²⁶⁷ En el que además, se establece como objetivo para el año 2007 el envío de la Ley de ejecución de penas al Congreso²⁶⁸.

A ello se suma que Isidro Solís, ministro de Justicia de la época, informó públicamente las intenciones del Gobierno de Michelle Bachelet de crear la figura del juez de ejecución de penas²⁶⁹, el cual se preocupara del nivel de rehabilitación de los delincuentes. Dicha iniciativa se estimaba como una de

medidas cautelares personales que signifiquen privación o restricción de libertad”. (STIPPEL, JÖRG. ob cit. p.133, nota 338).

²⁶⁶ Véase Ministerio de Justicia, Balance de gestión integral 2006, p. 11.

²⁶⁷ Ministerios de Justicia, Balance de gestión integral 2006, p. 21.

²⁶⁸ Ibid., p. 47.

²⁶⁹ Véase “Ministro de Justicia anunció la creación de un juez de ejecución de penas”, publicado en El Diario de Cooperativa del 10.11.2006; asimismo: “Plantean modernizar Gendarmería en cambios a la ley sobre penas alternativas”, publicado en El Mostrador en edición de 14.11.2006.

las cuestiones a realizarse, por parte del Ministerio, dentro de los cuatro años del Gobierno de la Presidenta Bachelet.

Así es como la elaboración de una ley de ejecución de penas pasó a formar parte por primera vez de una política gubernamental. Pasó de ser un objetivo interno de un departamento del Ministerio de Justicia a ser una prioridad de la política del Gobierno. No obstante, dicha decisión implicó la pérdida su carácter principalmente técnico. Con esto, la reforma penitenciaria (o al sistema carcelario) “pasó a formar parte de la “agenda pública formal”, que comprende la lista de temas admitidos formalmente por los responsables de las decisiones para ser discutidos seriamente. Esta agenda se diferencia de la “agenda pública” propiamente tal, es decir, la lista de temas que han despertado un gran interés y visibilidad públicos”.²⁷⁰

Tal como se ha señalado previamente, el proyecto de una nueva ley penitenciaria no fue el resultado de lobbies de actores con intereses externos (como sí fue el caso de la reforma procesal penal), ni al momento de iniciar el trabajo en el proyecto ni cuando este fue incorporado al programa de gobierno. Y en consecuencia, fuera del Ministerio de Justicia no había ninguna institución que abogara por fortalecer los derechos de los internos penales. El trabajo de Instituciones como la Universidad Diego Portales (mediante los informes de

²⁷⁰ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p.134.

derechos humanos) o de la CONFRAPECO (con la exposición pública de casos asistidos por ellos) no pueden ser considerados lobby, pues no se trataba de una promoción dirigida a un interés concreto (que pudiera ser una ley de ejecución de penas) sino que de iniciativas de legítima denuncia de las condiciones del sistema. Esta ausencia de lobbystas es la que explica en su mayor medida la casi inexistencia de comentarios de la prensa que promovieran la elaboración de una ley de ejecución de penas.

El concepto de “una reforma audaz” se caracteriza porque no existe una respuesta concluyente a la siguiente pregunta: ¿por qué deberían apoyar una reforma los políticos, preocupados de las consecuencias electorales de sus acciones? Cuando el gobierno fijó como una de sus prioridades la elaboración de una ley de ejecución de penas, su aprobación ya no aportaba más votos. Resumiendo: la persecución penal es popular, pero los reclusos generalmente no lo son. En consecuencia, la reforma procesal penal pudo contar con el amplio apoyo de todos los campos políticos porque significaba un incremento de la eficiencia en la persecución penal, pero el tema de la protección jurídica en la ejecución de las penas y la legalidad de las condiciones de encarcelamiento encontró menos acogida. Por ello, no fue posible despertar el mismo interés en la prensa que habían tenido las actividades realizadas en el pasado, a pesar de la participación de la Fundación Paz Ciudadana. Para

mejorar las posibilidades de éxito del proyecto era necesario revertir esta situación.

Los reclusos no pueden exigir sus derechos por sí mismos. Desde comienzos de los años noventa no existe ninguna representación de los reclusos en Chile y se prohibió que se constituyera como tal. En Chile no existía la posibilidad de huelgas de hambre o motines de reos. La Constitución chilena afecta adicionalmente la salvaguardia de los intereses de los reclusos al negarles el derecho de sufragio activo o pasivo a las personas que han sido condenadas a una pena privativa de libertad. Con ello, si los reclusos son víctimas de vulneración de derechos prácticamente no tienen voz ni voto para exigir transformaciones en los fundamentos jurídicos. El caso de las víctimas de delitos es diferente. Ellos cuentan con una de las representaciones de intereses más poderosas en el panorama político de Chile: la Fundación Paz Ciudadana.

Al mismo tiempo resulta difícil vincular la reforma penitenciaria con los intereses del mercado. ¿Qué beneficio económico se puede obtener de una mejor protección de los derechos humanos de los reclusos? La prisionización de los reclusos y la formación de subculturas son contrarrestados por una judicialización de las relaciones. El fortalecimiento de la protección jurídica equivaldría entonces a mejorar las oportunidades de resocialización. Si bien con ello no se obtienen beneficios económicos, se podrían ahorrar costos sociales y

económicos. Sin embargo, estos beneficiarían al erario público, no así a los inversionistas privados. Al mismo tiempo se originan costos adicionales por la creación de nuevas instituciones. En consecuencia, la protección jurídica de los ciudadanos privados de libertad se presenta principalmente como un factor de costo y no como una oportunidad de inversión. En el sentido de lo planteado por Correa Sutil, este interés de mercado por la promoción de los derechos de los menos privilegiados no fue aprovechado políticamente.

La situación de la reforma procesal penal fue diferente, pues si bien significó en un principio gastos considerables para el Estado, también prometía oportunidades de inversión. La rama de la construcción se benefició con la edificación de nuevos tribunales y de las sedes del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. Para la profesionalización del trabajo policial era necesario construir laboratorios y adquirir materiales. La reforma prometía además oportunidades de nuevos empleos para varios miles de profesionales y técnicos. En consecuencia el “valor de mercado” de la reforma era considerable.

El proyecto de una nueva ley de ejecución de penas concordaría por lo menos en este punto con la tendencia señalada por Correa Sutil²⁷¹ en el año

²⁷¹ CORREA SUTIL, Jorge, 1999, “Judicial reform in Latin America: Good news for the underprivileged?”, en: MENDEZ, Juan y otros, *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 268 y ss.

1999, pues crea nuevos espacios al instaurar las figuras de los jueces de ejecución de penas y del defensor del pueblo. En este punto no corresponde dilucidar si es una posibilidad de protección jurídica efectiva en interés de los menos privilegiados o más bien en interés de una sociedad democrática.

5.1.7. La ampliación del proceso de discusión

Para mejorar las expectativas de éxito del proyecto fue necesario ampliar el proceso de discusión, pues solo así era posible aumentar la base de partidarios de una ley de ejecución de penas. Fue preciso realizar lobby para incorporar la reforma de la ley a la “agenda pública”, despertar interés público y visibilizarla.²⁷²

Por ello, primero había que integrar al público interesado en el proceso de discusión, para lo cual la Subsecretaria de Justicia presentó públicamente el

²⁷² R. Cobb, J. Ross y M. Ross hablan de “Agenda Building” y desglosan en tres modelos que pueden llevar a construir una agenda pública: “The first, the outside initiative model, accounts for the process through which issues arise in nongovernmental groups and are then expanded sufficiently to reach, first, the public agenda and, finally, the formal agenda. The second, the mobilization model, considers issues which are initiated inside government and consequently achieve formal agenda status almost automatically. Successful implementation of these issues often requires, however, that they be placed on a public agenda as well. The mobilization model accounts for the ways decision makers attempt to implement a policy by expanding an issue from the formal to the public agenda. The third, the inside initiative model, describes issues which arise within the governmental sphere and whose supporters do not try to expand them to the mass public. Instead these supporters base their hopes of success of their own ability to apply sufficient pressure to assure formal agenda status, a favorable decision and successful implementation. In this model, initiating groups often specifically wish to prevent an issue from expanding to the mass public; they do not want it on the public agenda”. (R. Cobb, J. Ross y M. Ross, *Agenda Building*, p. 127 y ss.).

proyecto de ley²⁷³ en un evento inaugural en la sede del ex Congreso de Santiago. Posteriormente se presentaron aspectos particulares de los temas tratados en el proyecto en el marco de debates públicos. Se invitó a expertos extranjeros a participar en las siete actividades realizadas y también a políticos²⁷⁴. La serie de actividades fue organizada por el Ministerio de Justicia, la Defensoría Penal Pública, GENCHI y la Universidad de Chile (CESC). El trabajo fue apoyado por el Proyecto Reforma Judicial, la Fundación Ford y la Embajada de España.

Las Facultades de Derecho de las universidades de la Región Metropolitana fueron invitadas a participar en un taller de discusión en el Ministerio de Justicia y se habían proyectado talleres posteriores dependiendo de la respuesta a la primera invitación. Al fin y al cabo solo la Universidad Central se integró activamente al proceso (la Universidad de Chile participaba desde el principio), así como el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC) de la Universidad de Chile. Dado que hicieron llegar su opinión por escrito, al final se realizó solo un taller con las universidades.

²⁷³ Verónica Barahona del Pedregal presentó el proyecto el 11.05.2006 en el marco de las “Jornadas de formación y debate sobre política penitenciaria y reinserción social”.

²⁷⁴ Expusieron solo el senador Antonio Horvat Kiss (Renovación Nacional) y el diputado Juan Bustos Ramírez (Partido Socialista).

En el caso de la Universidad Central, los análisis provenían en parte de académicos que habían participado en la implementación de la reforma procesal penal²⁷⁵. Las opiniones partían aplaudiendo la iniciativa porque era imprescindible adaptar la legislación chilena sobre la ejecución penal a las normas constitucionales y estándares internacionales. Los análisis del CESC deben agradecer indirectamente al trabajo de la Fundación Ford, que apoyaba la labor de investigación del centro sobre la ejecución penal y las condiciones de reclusión desde el año 2004. A este apoyo pueden atribuirse también los estudios sobre hechos jurídicos antes mencionados. Al mismo tiempo, el proyecto posibilitó desde junio de 2006 la publicación de una revista electrónica dedicada a la ejecución penal (Debates Penitenciarios)²⁷⁶. El CESC manifiesta su apoyo al trabajo en el proyecto y plantea algunas propuestas de modificación de las disposiciones referidas a los beneficios carcelarios.

Durante esta fase fue decisiva la participación de los sindicatos del personal penitenciario, con cuyos representantes hubo reuniones de trabajo periódicas convocadas por el jefe de la División, Decio Mettifogo, en las oficinas del Ministerio de Justicia. En esta fase existió también una participación activa del Proyecto Reforma Judicial, con la asistencia de sus colaboradores en las

²⁷⁵ Podemos nombrar a Carlos Künsemüller Loebenfelder y María Angélica Jiménez. También participaron en el trabajo Myrna Villegas Díaz y Eduardo Muñoz Ramírez. María Angélica Jiménez participó en el taller, y los restantes enviaron informes escritos al ministerio.

²⁷⁶ Las ediciones se encuentran en el sitio web del Instituto. El editor es Hugo Frühling y el trabajo fue coordinado por Olga Espinoza.

reuniones de trabajo, a quienes les correspondió una función mediadora, especialmente frente a los sindicatos, que se relacionaban con el Ministerio de Justicia como frente a su empleador. En consecuencia, las propuestas de modificación que involucraban la estructura de GENCHI o fijaban los perfiles de exigencias para el personal fueron objeto de una acalorada discusión.

Aquí se evidenciaron también los diferentes intereses de las asociaciones gremiales. El proyecto buscaba fortalecer el carácter civil de GENCHI y por ello se apuntó a su profesionalización y a eliminar las estructuras jerárquicas de tipo militar. El ascenso al interior de la institución debía decidirse conforme a criterios de rendimiento y no por antigüedad o carrera funcionaria, de forma que los funcionarios con grados académicos pudieran acceder a ser directores de los centros de reclusión, lo que significaba nuevas oportunidades para la mayoría del personal (vigilantes y personal civil), pero una pérdida de poder para la minoría dominante (oficiales). En consecuencia, el proyecto fue apoyado por la Asociación Gremial de Vigilantes (ANFUP) y por la Asociación de los Funcionarios Civiles (ADIPTGEN). La Asociación de Oficiales (ANOP) se pronunció inicialmente contra el proyecto.

La labor de los colaboradores del Proyecto Reforma Judicial²⁷⁷ consistió en integrar cuanto fuera posible las diferentes posiciones en el proyecto y

²⁷⁷ Especialmente de la abogada e investigadora Rocío Lorca.

concertar las propuestas de formulación. Era necesario ganar a los sindicatos para que intercedieran por el anteproyecto. El Proyecto Reforma Judicial patrocinó paralelamente un estudio sobre los costos que significaría la introducción de los jueces de ejecución penal y un defensor del pueblo. Este estudio era necesario para poder enviar el proyecto de ley a la Secretaría General de la Presidencia.²⁷⁸

Respecto a la ley de ejecución de penas, el trabajo de lobby surgió de los mismos responsables de tomar las decisiones políticas. El Ministerio de Justicia quería despertar el interés por el proyecto en personas e instituciones externas a través de foros de discusión públicos y acumular presión sobre el proceso de decisiones. Se buscaba lograr un “efecto de boomerang” político. Si consideramos el análisis de Rehbinder, esta presión es decisiva para el éxito del proyecto, pues la actividad legislativa de los órganos del Estado normalmente es originada por impulsos que son comunicados a estos desde fuera. Considerando la inercia del aparato público, dependerá de la potencia del impulso si esta presión exterior logra poner en movimiento el aparato. En la presentación pública del anteproyecto de reforma procesal penal, la situación había sido radicalmente distinta, pues ésta había apuntado a responder a la

²⁷⁸ El estudio fue elaborado por el CESC por encargo del Proyecto Reforma Judicial. El procedimiento siguió también el modelo de trabajo de la reforma de derecho procesal penal. Véase DUCE, “La reforma procesal chilena: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha”, en: En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Consorcio Justicia Viva, Lima, 2004, p. 214.

presión pública. El hecho de que en este período se hayan manifestado las primeras opiniones a favor de una ley de ejecución de penas, puede atribuirse solo indirectamente a la ampliación del proceso de discusión.

Los líderes de opinión exigían públicamente la elaboración y aprobación de una ley de ejecución de penas²⁷⁹. Al mismo tiempo, cambió la postura del principal representante de intereses en política criminal, la Fundación Paz Ciudadana, que se pronunció desde entonces por fortalecer las oportunidades de resocialización de los reclusos y básicamente por implementar “reformas de segunda generación”. Lentamente se fue generando un ambiente que hacía parecer factible el envío del proyecto al Congreso.

Sin embargo, lo decisivo no fue finalmente el lobby realizado por el Ministerio de Justicia, sino más bien la crisis del sistema penitenciario descrita anteriormente. Una de las propuestas para resolverla era la aprobación de una ley de ejecución de penas. Se puede suponer que el lobby o que las ideas de la época de la reforma procesal penal hayan podido influir en el debate público. Lo sorprendente es el cambio en el debate sobre la política criminal. Se produce un distanciamiento de la postura que apuntaba solo a las medidas represivas. La discusión sobre las oportunidades de resocialización en las cárceles abre

²⁷⁹ Cabe mencionar la posición de la ex candidata a la presidencia y actual senadora de la Democracia Cristiana, Soledad Alvear.

nuevas perspectivas para una ley de ejecución de penas. No obstante, durante la época siguiente la propuesta de reforma no se transformó en un proyecto oficial del Gobierno ni en parte de la “agenda pública”.

5.1.8. Resistencias al proyecto y propuesta alternativa

Junto con el cambio de Gobierno se produjo un cambio en la dirección de GENCHI. El nuevo director (Alfredo Bañados Lagos) no estaba de acuerdo con el trabajo del foro, ya que le parecía que se trataba de un proyecto cuyo enfoque protegía demasiado los derechos de los reclusos. A uno de los funcionarios que había participado en la nueva formulación por encargo y en nombre de GENCHI se le intentó alejar de la institución²⁸⁰. A pesar de ello, no se trataba de un rechazo de principios del trabajo realizado hasta entonces. La necesidad de una ley de ejecución de penas no fue cuestionada por el nuevo director. Sin embargo, al interior de GENCHI se constituyó una comisión propia para formular un proyecto de ley alternativo, que si bien incorporó una parte de las propuestas de formulación elaboradas por el foro, modificó el carácter del proyecto en los siguientes términos:

²⁸⁰ Se trata del abogado Luis Vergara, cuya situación se regularizó solo después que el director fue destituido. Posteriormente colaboraba en la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia y estaba familiarizado, entre otras materias, con la ley de ejecución de penas.

- 1) Se elimina el deber de oír al recluso y la obligación de fundamentar las decisiones. Se dificulta el acceso a los tribunales.
- 2) Se cancela la participación del recluso en la planificación y diseño de sus actividades de resocialización (ya no participa en la elaboración de su plan de ejecución de la pena, sino que debe someterse a las medidas que la administración penitenciaria organice para él). La propuesta alternativa responde a la política de intereses que se esconde tras una supuesta experticia y el conocimiento superior de aquellos que “trabajan diariamente con los reclusos”.
- 3) El proyecto alternativo tampoco comprende las demás innovaciones del proyecto original (p. ej., los jueces de ejecución de penas, el defensor del pueblo).
- 4) La elaboración del proyecto alternativo fue impulsada por el Sindicato de Oficiales de Gendarmería (ANOP), que consideraba que sus propuestas de modificación no habían sido suficientemente consideradas y rechazaba particularmente la desmilitarización de la institución. En consecuencia, el proyecto alternativo refleja los intereses de la ANOP. Se eliminó el título dedicado al personal y la estructura de GENCHI. Ya no se integra a la comunidad en la administración y control de los recintos penitenciarios y se mantienen las estructuras militarizadas y las posibilidades de ascenso siguen dependiendo de la antigüedad y la

carrera funcionaria. Por ello, la propuesta alternativa es principalmente la expresión de la voluntad de los oficiales por mantener su poder.

Los representantes de los oficiales rechazaron públicamente el proyecto el Ministerio de Justicia y fomentaron el rechazo a la propuesta al interior de GENCHI. Se hizo evidente que esta “asociación de intereses conflictiva” había sido integrada demasiado tarde en el proceso legislativo. La razón es que la división de funciones del personal aún no está tan avanzada debido a la “pequeñez” del ambiente. Se hizo patente la colusión de intereses entre la dirección de GENCHI y el sindicato de los oficiales.

El director de GENCHI dependía del apoyo de los oficiales y no contaba con ningún respaldo dentro de la institución. Su nombramiento se debía a que había cambiado la correlación de fuerzas y con ello el reparto de poder dentro de la coalición de gobierno después de la última elección. Su predecesor había pertenecido a otro partido. Dado que el nombramiento de los restantes puestos de dirección es una atribución del director, tales funcionarios habían sido nombrados por el director anterior y pertenecían en su mayoría a otro campo político. Por ello, el nuevo director no contaba al principio con el respaldo de un grupo político al interior de la institución.

La ANUF se aprovechó de la debilidad relativa e inexperiencia del nuevo director para ejercer presión y exigir, a comienzos del 2006, un mejoramiento de las condiciones de trabajo y un crecimiento de la dotación de personal. Las soluciones planteadas por el director de GENCHI no convencieron a la ANFUP, con lo que a fines de 2006, con el objeto de ejercer presión, da inicio a una huelga en un recinto penal, donde aprovecho de ampliar sus demandas exigiendo expresamente la destitución del director.

Esto perjudicó indirectamente el lobby a favor del proyecto. El sindicato de los vigilantes, más importante por el número de afiliados (ANFUP), apoyó el proyecto original de la reforma. La División de Defensa Social contaba con este apoyo y por ello algunas de las propuestas de formulación reflejaban los intereses de los vigilantes, particularmente en el ámbito de las posibilidades de ascenso profesional. El anteproyecto ahora representaba posiciones, que contradecían los intereses de la dirección de GENCHI.

La resistencia contra el proyecto produjo una paralización relativa del trabajo en el proyecto hacia fines del año 2006, el cual pudo ser retomado recién en marzo de 2007 cuando fue removido el ministro de Justicia y, en consecuencia, el director de GENCHI. En ese momento la División de Defensa Social pudo refutar el proyecto alternativo con una completa fundamentación.

Muestra de lo conflictivo que fue el proceso de trabajo en el proyecto de ley al interior del Ministerio de Justicia y entre las filas de los funcionarios de GENCHI, es la fundación (en 2005) de una nueva asociación gremial, la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes (Ansog). La creación de esta asociación fue respaldada por el entonces director de GENCHI, con la finalidad de debilitar la ANFUP.

En su presentación institucional, la ANSOG relata la historia de su creación haciendo referencia (en el primer párrafo) a la “aparición del famoso proyecto GTZ”. El texto sigue indicando que el proyecto GTZ “estaba formulado por extranjeros y diversos personeros que no conocían mucho la realidad penitenciaria chilena y que planteaban que debíamos tener “Alcaides, Directores Regionales y Jefes de Depto. y Subdepto. Civiles”, tema que muchos funcionarios “desconocían” porque había intereses personales de por medio de quienes esperaban estos “cambios”; que hubieses sido nefastos para el personal uniformado²⁸¹.

La inspiración principal que se ve reflejada en este extracto es el temor a la profesionalización del funcionario penitenciario. Cabe reiterar que el proyecto de ley no proponía más que requisitos básicos de calificación para los distintos

²⁸¹ Véase el texto plasmado en el sitio de la asociación: <<http://www.ansog.cl/historia-de-la-creacion-y-fundacion-de-la-ansog/>>

cargos. El ascenso en la institución ya no debía depender de la “antigüedad” y de la carrera inicial (oficial o suboficial), sino de criterios tales como participación en cursos de profesionalización y estudios. Los que estaban amenazados por estos requisitos fueron los oficiales; para los “suboficiales” la propuesta contemplaba nuevas oportunidades de ascenso. La historia fundacional relatada en la presentación institucional de la Ansog es por ello prueba de la instrumentalización del temor al cambio de algunos suboficiales por la dirección nacional y la ANOP. Por último, tanto las descalificaciones como la imputación de intereses personales aludidos en el texto dan cuenta de la dificultad de asentar las nuevas bases de la política penitenciaria en una discusión sobre el bien común.

5.1.9. Perfeccionamiento del proyecto

A pesar de todo, se evidenció que el trabajo realizado hasta ese momento adolecía de una falla que amenazaba la factibilidad política de la reforma proyectada. La propuesta perseguía un enfoque global de reforma. Era necesario mejorar las posibilidades de protección jurídica con una regulación detallada de los derechos de los reclusos y las obligaciones del personal penitenciario. Junto con ello, se debían crear nuevas instituciones y modificar las existentes. En esta medida, el proyecto de ley era congruente con el enfoque de reforma. Sin embargo, dejaba al descubierto demasiados e

innecesarios flancos de ataque. Se podrían haber evitado pugnas entre los sindicatos si el proyecto hubiera sido dividido por temas con anterioridad. Por ejemplo, la necesaria reforma de la estructura de GENCHI podría haberse abordado en un proyecto aparte.

La razón principal de esta amplia regulación era de naturaleza técnico-jurídica. Se buscaba contrarrestar la criticada fragmentación del derecho. Esta razón técnico-jurídica se manifestó como un error político que se debía enfrentar con una división del proyecto de ley en tres partes. El proyecto del Ministerio de Justicia fue reestructurado y se elaboraron tres proyectos de ley diferentes.

1. La parte central fue dedicada a los derechos de los reclusos o de las personas sometidas a sanciones penales.
2. Otro proyecto estuvo destinado a la reforma del Código Orgánico de Tribunales para introducir los tribunales de ejecución de penas.
3. El tercer proyecto apuntaba a la reestructuración de GENCHI.

Los anteproyectos fueron elaborados con el apoyo de los colaboradores del Proyecto Reforma Judicial.

Junto con la tardía integración de los sindicatos en el proceso de trabajo, el Ministerio de Justicia omitió sondear oportunamente si el proyecto podía

consensuarse con los representantes de los partidos políticos. Solo se realizaron reuniones informales. Sin embargo, en ellas quedó claro que se podía contar con el apoyo de los partidos de la coalición de gobierno y, por lo menos, de uno de los partidos de la oposición para la iniciativa de ley.

Así, el año 2006 finalizó con cuatro proyectos de ley que debían contribuir de diferente manera a la reforma de la ejecución penal. A pesar de las resistencias, surgió una conciencia acerca de la necesidad de contar con una regulación legal. La necesidad objetiva de una regulación de transformó en un objetivo de los representantes de intereses institucionales. El Proyecto Reforma Judicial finalizó en esta misma época.²⁸²

5.1.10. Paralización del proceso legislativo

El año 2007 se caracterizó por una paralización relativa del trabajo en el proyecto de ley y la labor legislativa se complicó por otros dos factores. El primero puede calificarse como “estancamiento de las reformas”. Mientras que el segundo factor que influyó en la postergación tiene que ver con la

²⁸² Aun así, después del término del proyecto (diciembre de 2006) pudieron editarse dos publicaciones que aportarían indirectamente al proceso de elaboración de la ley de ejecución de penas. La primera de ellas, de Luis Vergara, es un libro de estudio para el personal penitenciario que aborda las diferentes temáticas del trabajo de gendarmes y los fundamentos jurídicos en forma de preguntas y respuestas. Al mismo tiempo, hace referencia a la necesidad de la reforma y de una regulación legal. La segunda de ellas, *Defenderse desde la cárcel*, el libro de la abogada española Anabel Caballero, es una guía exhaustiva que facilita la “autodefensa” legal.

reestructuración del Gobierno. Ello se debe a las reformas que estaban intentando ser implementadas durante dicho periodo se produjo un estancamiento de las reformas o en la implementación. El nuevo derecho de familia había entrado en vigor en octubre de 2005, no obstante, hubo problemas en su implementación y ya el primer año los casos aumentaron en un 16,8%. Faltaban jueces y personal auxiliar de justicia. A ello se suma la implementación de la nueva ley de responsabilidad penal juvenil, que había sido publicada el 7 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial y debía entrar en vigor seis meses después. Faltaba la infraestructura necesaria, especialmente los centros de reclusión, y por ello se debió postergar en un año la entrada en vigor de la nueva ley.²⁸³

En abril de 2007 se constató que aún no existían las condiciones materiales para la entrada en vigencia de la ley 20.084. A ello se suma que los funcionarios del SENAME exigieron el aplazamiento de un año extra al ya contemplado. Dicha situación implicaría un segundo aplazamiento, por lo que el Gobierno realizó un cambio de gabinete fijándose como meta acabar con el “estancamiento de las reformas”. La actividad política y legislativa del ministerio se concentró en estas áreas temáticas y, por lo tanto, el trabajo en la reforma de la ejecución de penas a segundo plano. Esto cambió recién a fines de 2007,

²⁸³ La Ley 20.084, Sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, estableció el plazo de medio año para entrar en vigencia, con lo que a partir de junio de 2006 debía entrar en vigor, no obstante ello, por problemas en infraestructura debió postergarse su entrada en vigor hasta mayo de 2007.

cuando comenzaron a resolverse los problemas de implementación de las otras reformas.

El jefe de la División de Defensa Social, que había sido responsable de todo el proceso hasta entonces, veía amenazado su puesto de trabajo; dado que además se había pronunciado en contra de la política del nuevo ministro de implementar la nueva ley penal juvenil, su destitución era solo cuestión de tiempo.²⁸⁴ Perdió influencia en los procesos de toma de decisiones al interior del Ministerio de Justicia y, consecuentemente, perdieron importancia los esfuerzos reformadores referidos a la legislación de ejecución de penas. El siguiente cambio de gabinete, en enero de 2008, significó la destitución del jefe de la división.

5.1.11. Reinicio del proceso legislativo

La nueva jefa de la División de Defensa Social era una persona de confianza del ministro de Justicia y, por su trabajo anterior en el ministerio, conocía y apoyaba el proceso de reforma. La elaboración de una ley de ejecución de penas seguía siendo además una prioridad (oficial) del Ministerio

²⁸⁴ Decio Mettifogo apoyó un recurso de amparo constitucional dirigido contra la introducción de la nueva ley penal juvenil. La entrada en vigor de la respectiva ley ya había sido pospuesta, entre otros, por la carencia de instalaciones para recluir a los jóvenes.

de Justicia, por lo que la División de Defensa Social retomó el trabajo en el proyecto a fines del año 2007.²⁸⁵

5.1.12. Proyecto alternativo del sindicato

En noviembre de 2007 la ADIPTGEN presentó un proyecto de ley propio para reformar la estructura de GENCHI. Dicho proyecto fue enviado directamente a la Cámara de Diputados.

Según la detallada fundamentación, el objetivo del proyecto era romper con los enclaves rigidizantes que determinaban el carácter de GENCHI, agregando que es una ficción creer que la institución sirve para garantizar la seguridad ciudadana. El proyecto postulaba que más bien sería necesario utilizar el fortalecimiento de los derechos humanos como punto de orientación para reestructurar la institución y que para ello sería importante redefinir o cambiar cierta terminología. Por ejemplo, en lugar de vigilancia se debía hablar de custodia. Además, sería necesario elevar a nivel de principio de la ejecución penal, el carácter transitorio de las penas.

²⁸⁵ Aquí nuevamente faltó personal especializado para atender el proceso legislativo, los funcionarios que habían participado anteriormente en la elaboración del proyecto habían sido trasladados a otras instituciones públicas o habían dejado el ministerio por diversos motivos.

La elaboración y presentación del proyecto de ley de ADIPTGEN comprueba que la reforma de la legislación de ejecución de penas se transformó en un objeto de ciertos grupos de interés. Si comparamos la situación de comienzos de 2008 con la situación existente cinco años antes, se puede constatar una mejoría. Se reconoció la necesidad fundamental de contar con una normativa legal. La reforma pudo evolucionar: pasó de ser solo el objetivo de un departamento especializado del Ministerio de Justicia a un objeto (oficial) del Gobierno y de diversos grupos de interés.

Los nuevos actores intervinieron en el debate y, en la medida en que respondieron a su obligación de proteger los derechos de los ciudadanos privados de libertad, pudieron contribuir a un cambio de dirección en la discusión pública, la cual comienza a tratar el problema de la criminalidad en forma diferenciada. Ya no se confía absolutamente en las soluciones mágicas aplicadas hasta entonces en la política criminal: intimidación por la vía de una amenaza penal más severa y seguridad gracias a más funcionarios policiales. Al mismo tiempo, la dignidad de los reclusos se transforma en un tema que debe ser discutido. En este contexto, se debate igualmente acerca del propósito de las penas de cárcel, derivando en la necesidad de resocializar a los delincuentes condenados. Finalmente, con ello se allana el camino para una discusión más amplia sobre una ley de ejecución de penas.

5.1.13. Otros procesos

A comienzos de junio de 2009 se conformó un Consejo de Reforma Penitenciaria, que debía elaborar propuestas para superar los problemas en los recintos de reclusión, al cual se invitó también a representantes de las organizaciones que habían participado anteriormente en la formulación del segundo proyecto de la ley de ejecución de penas. El trabajo del Consejo fue apoyado al mismo tiempo con recursos del Fondo de Reformas de la Cooperación alemana para el Desarrollo. En marzo de 2009, el Senado encargó a la Universidad Diego Portales la elaboración de un estudio sobre la regulación legal e institucional de la judicatura de ejecución de penas.²⁸⁶

Otro impulso se originó a raíz de la ratificación del protocolo facultativo de la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”, publicado en febrero de 2009 en el Diario Oficial²⁸⁷. Este protocolo obliga a los Estados a crear mecanismos nacionales de prevención, cuyos responsables tendrán la potestad de visitar, sin aviso previo, cualquier lugar de detención. A su vez tienen el derecho de ver los registros, hablar con todas las personas privadas de libertad sin restricción alguna y de hacer

²⁸⁶ El informe realizado por la Universidad Diego Portales titulado “Diseño normativo e institucional para la implementación de jueces de penas y medidas de seguridad en Chile”, puede verse en: Biblioteca del Congreso Nacional, en línea: <http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?profile=bcn&index=BIB&term=234809>.

²⁸⁷ Decreto 340 publicado en el Diario Oficial de Chile (núm. 39288) del 14.02.2009.

recomendaciones a las autoridades. No obstante, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), todavía en su informe anual de 2011, lamenta que desde el momento de la ratificación habían pasado tres años sin que el mecanismo nacional de prevención hubiera sido creado. La crítica no ha pasado desapercibida, ya que el Gobierno informó a las Naciones Unidas, que dicho mecanismo se creará en Chile al alero de este Instituto.

Con fecha 6 de abril de 2009 se presentó una ley que pretendía modernizar a Gendarmería de Chile. La presentación de la normativa generó una amplia polémica. Funcionarios pertenecientes a diferentes asociaciones gremiales de Gendarmería se declararon en huelga y tomaron recintos carcelarios en protesta. Una de las razones fue la incorporación de una norma que limitaba a los derechos asociativos, estableciendo que “el personal de Gendarmería de Chile no podrá declararse en huelga, suspender o interrumpir total o parcialmente sus labores bajo pretexto ni, en general, realizar actos que atenten o perturben el normal funcionamiento de la institución”.

Las manifestaciones de los funcionarios tuvieron impacto ya que la ley que finalmente fue aprobada y publicada en marzo de 2010 ya no contemplaba la norma citada. No obstante el Gobierno dejó pasar la oportunidad política de revertir la militarización del servicio penitenciario. Ni siquiera se ha pensado en

cambiar simbólicamente el nombre de la institución volviendo a la denominación “Servicio de Prisiones” u otra que ponga énfasis en su carácter civil.

A pesar de todos estos avances no se logró concretizar la aprobación de una ley de ejecución de penas durante el gobierno de Bachelet. Así terminaron veinte años de gobierno de la Concertación sin que se haya logrado que el Estado de derecho “ingrese” a los recintos carcelarios. Tampoco se han logrado revertir los retrocesos que en materia penitenciaria causase la dictadura. Al final de las dos décadas de política criminal, analizados en este capítulo, nos encontramos con un cuadro más complejo: más cárceles que nunca, establecimientos parcialmente privatizados, tasa de encarcelamiento y cantidad de funcionarios penitenciarios más altas que nunca en la historia de Chile.

Aunque no haya tenido un impacto concreto, el único acontecimiento que podemos considerar positivo se dio en el Poder Judicial. En pleno de la Corte Suprema, al emitir un informe sobre el proyecto de ley que modifica las medidas alternativas a las penas privadas de libertad (Ley 18.216), insistió en que “sería más deseable la creación de tribunales de ejecución o cumplimiento”²⁸⁸. Un deseo que aún no ha encontrado nuevos promotores en el ámbito político.

²⁸⁸ Cita según El Mercurio, “Corte Suprema y cumplimiento de medidas alternativas a cárcel: ‘La solución más deseable sería la creación de tribunales de ejecución’”, publicado en: El Mercurio del 26.04.2012.

5.1.14. El Gobierno de Sebastián Piñera y la política criminal

Durante el gobierno de Sebastián Piñera Echenique, en materia penitenciaria, podemos señalar que en términos muy generales que la alternancia política dio nuevos impulsos, entre estos: se aprobó un indulto masivo, se introdujeron nuevas penas alternativas, se modificó el sistema de libertad condicional y se ajustó la normativa penitenciaria. A pesar de todo ello, faltó coherencia y unidad en estas iniciativas, pues nunca quedó clara la orientación que quiso dar el gobierno de Piñera en materia de ejecución penal de cara a una verdadera política criminal propia de un Estado democrático de derecho.

En la cuenta pública del Ministerio de Justicia de 2012, se hace referencia a una “nueva política penitenciaria”. Ello implica que en el plano programático, la cárcel ya no sea vista como el remedio mágico contra la criminalidad y el gobierno intenta, en conformidad con esta línea, asentar la idea de buscar el “racionalizar el uso de la privación de libertad y reorientar el cumplimiento de las penas hacia la reinserción social y laboral de los condenados”. Lamentablemente, podemos decir que tal discurso quedó más en las palabras que en los hechos, puesto que habiendo terminado su gobierno

aún no se logra la tan ansiada racionalización ni menos la búsqueda reorientación.²⁸⁹

El discurso del Presidente Piñera sorprendió en su momento, puesto que durante todos los gobiernos de la Concertación, los partidarios de derecha abogaron en favor de la “mano dura” y de penas más altas, promoviendo el mayor uso de la cárcel.²⁹⁰

Si bien, no se dictó una ley de ejecución de penas ni se crearon juzgados de ejecución penal, varias de las ideas contempladas en el anteproyecto elaborado durante los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet se recogieron en modificaciones reglamentarias y en resoluciones de la Dirección Nacional de Gendarmería. Específicamente el Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo Penitenciario refleja este hecho²⁹¹.

²⁸⁹ Como ejemplo, véase el artículo de La Segunda, “Bancada DC respalda demandas de Gendarmería ante incumplimiento de compromiso presidencial”, publicado en La Segunda Online el 27 de mayo de 2013.

²⁹⁰ El mismo Sebastián Piñera afirmaba durante la campaña electoral contra Michelle Bachelet que: “En el mismo propósito de combatir la reincidencia y sacar de las calles a los delincuentes más peligrosos, es preciso aumentar la pena de los delincuentes reincidentes, que son los que hacen de las conductas delictuales una verdadera ‘profesión’, con gran daño a la seguridad ciudadana, lo que contribuye decididamente a crear una sensación legítima de inseguridad en la gente honesta, que es la inmensa mayoría del país.” (Programa de gobierno de Sebastián Piñera 2005, p. 66).

²⁹¹ STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p. 172.

El decreto 943 de 2011 reforma el reglamento penitenciario, derogando una serie de artículos y constituyéndose así como la principal reforma a este instrumento legal desde el año 1998. En la redacción del artículo es posible reconocer varias de las ideas que habían sido propuestas en el segundo proyecto de ley de ejecución. En particular la introducción del “encargado laboral y del registro” y la idea de regular al “empresario interno” provienen de esta fuente.

En los considerando se hace referencia a una modificación a la ley orgánica de GENCHI, que estableció que uno de los fines institucionales es contribuir a la reinserción social de las personas detenidas o privadas de libertad. Cuestión llamativa, por cuanto se cambió la referida palabra “rehabilitar” por la frase “contribuir a la reinserción social de”. Esto podría interpretarse de múltiples formas, a nosotros nos parece que “la tarea de ‘rehabilitar’ a alguien tiene una connotación invasiva y forzosa aplicable a todos durante la reclusión, en cambio ‘contribuir a la reinserción social’ alude más bien a la idea de ayudar a un sujeto”.²⁹² Esto implica que se responsabiliza a la persona privada de libertad de su propio proceso de reinserción, ya que GENCHI ‘solo contribuye’, pero no aspira a lograr la reinserción como resultado propio. Es desde esta perspectiva que el mayor respeto por los derechos del

²⁹² STIPPEL, Jörg, 2013, ob cit. p.173.

sujeto va de la mano con una retirada del Estado respecto de la asunción de su responsabilidad social.²⁹³

Consecuentemente, el reglamento indica que la actividad laboral y de formación para el trabajo “será siempre voluntaria y nunca podrá ser utilizada como castigo u otra forma de corrección”²⁹⁴

El reglamento contempla otras ideas destacables, como la regulación de incentivos no monetarios para fomentar la actividad laboral²⁹⁵. Se crea además, el registro de trabajo, a fin de evitar posibles abusos y generar transparencia²⁹⁶. Finalmente se regula la condición del empresario interno²⁹⁷, con lo que el legislador hace frente a la realidad de muchos privados de libertad que cuentan con sus propias microempresas dentro de los establecimientos penitenciarios.

Quizás lo más lamentable de esta reforma, es que se haya promovido como un Decreto Supremo y no como una ley, la cual le habría otorgado la legitimidad democrática que se requiere en este tipo de instancias.²⁹⁸

5.2. Análisis de proyectos alguna vez presentados

²⁹³ Idem.
²⁹⁴ Artículo 8, párrafo 1 del Decreto 943 de 2011.
²⁹⁵ Artículo 14 del Decreto 943.
²⁹⁶ Artículo 25 del Decreto 943.
²⁹⁷ Artículo 54 del Decreto 943.
²⁹⁸ STIPPEL, Jörg. ob cit. p.175.

5.2.1. Preámbulo explicativo

A propósito del proceso de elaboración de una ley de ejecución penal, tal y como fue explicado en la sección 5.1 en lo que sigue se realizará un cuadro comparativo a modo de entender las sutiles diferencias que fueron marcando la modificación de este proyecto. En lo que sigue, las columnas realizará un desglose de algunos puntos que consideramos principales en el desarrollo de esta ley. La columna izquierda analiza el segundo proyecto de ley, conocido como proyecto GTZ, mientras que la columna derecha analizará el mismo proyecto de ley pero con una diferencia de cuatro años en su desarrollo, en dicho momento, tanto los sindicatos como GENCHI tienen un papel mucho más participativo en la elaboración del mismo, por lo que llamaremos a este proyecto con tal denominación. A tener en cuenta el hecho de que se había optado por separar lo que era el proyecto original y dividirlo en proyectos distintos, cada uno regulando una materia distinta. Asimismo se opta por una reforma más austera, adecuando el sistema y dejando pendiente la creación de un juez de ejecución penal para otro momento, lo cual concluye con la ampliación de facultades para el Juez de Garantía.

5.2.2.- Cuadro comparativo entre proyecto MINJU+GTZ y proyecto GENCHI.

PROYECTO MINJU + GTZ	PROYECTO GENCHI
<p>Estructura de proyecto</p> <p>El proyecto consta de 179 artículos, distribuidos en 3 libros y 14 títulos.</p>	<p>Estructura proyecto</p> <p>El proyecto consta de 137 artículos, distribuidos en 2 libros y 3 títulos.</p>
<p>Principios generales:</p> <p>El proyecto estudiado contempla los siguientes principios generales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Sujeción al estado de derecho 2.- Respeto a la dignidad 3.- No discriminación 4.- Finalidad ejecución penal 5.- Proporcionalidad 6.- Confidencialidad y transparencia 7.- Igualación de condiciones 	<p>Principios generales:</p> <p>Por su parte, este proyecto establece un catálogo de principios, los cuales detallamos a continuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Respeto estado de derecho 2.- No discriminación 3.- Respeto a la dignidad 4.- Fin actividad penitenciaria 5.- Inviolabilidad de la defensa 6.- Confidencialidad

<p>8.- Gratuidad</p> <p>9.- Legitimación activa</p> <p>10.- Inviolabilidad de defensa</p> <p>11.- Control jurisdiccional.</p>	<p>7.- Participación comunidad</p> <p>8.- Gratuidad</p> <p>9.- Derecho de petición</p> <p>10.- Control jurisdiccional</p>
<p>Marco teórico</p> <p>El proyecto destaca como una de sus principales innovaciones la implementación de un control jurisdiccional por parte de un juez de ejecución penal. A mayor abundamiento, el proyecto señala dentro de su fundamentación, lo siguiente: “en la elaboración de la ley se contempla el establecimiento de un juez de vigilancia o de ejecución encargado de velar por el respeto a los derechos y garantías de las personas que se encuentren cumpliendo condenas criminales, o bien sujetos a otras medidas</p>	<p>Marco teórico</p> <p>El proyecto contempla un marco teórico fundamentado principalmente en el respeto al imperio de la ley, que permita que la actividad penitenciaria se desarrolle bajo el amparo de la Constitución Política de la República, los instrumentos internacionales y las demás normas vigentes.</p> <p>Si relacionamos lo anterior con el principio de control jurisdiccional, el cual busca garantizar, vía control judicial, el más absoluto respeto por todos los principios que protegen los derechos de las personas, se genera</p>

<p>reguladas por esta ley”.</p> <p>Por lo anterior, el marco teórico del proyecto se desarrolla medularmente por la participación activa de este juez que genera un cambio procedimental y sustantivo en la ejecución de las penas privativas y restrictivas de la libertad.</p> <p>En resumidas cuentas, no podemos analizar, estudiar ni comprender este proyecto sin tener como base al juez de ejecución penal.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto establece dentro de sus principios el control jurisdiccional y el respeto al estado de derecho, principios todos que rigen el actuar tanto de los reclusos como de</p>	<p>el mismo efecto mencionado en el proyecto paralelo estudiado, esto es, evitar el abuso, la falta de criterio y la arbitrariedad por parte de los organismos que interactúan con el recluso.</p> <p>Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, este proyecto no contempla la incorporación del juez de ejecución penal o de vigilancia de carácter especializado, sino que utiliza el recurso que hasta hoy se desarrolla: la ejecución de las penas, medidas de seguridad y el conocimiento de los asuntos que se desarrollen en la esfera penitenciaria, en el juez de garantía.</p>
---	---

<p>quienes participan en la fase de implementación penal.</p> <p>La sujeción al imperio del derecho permite que a propósito del desarrollo de la actividad penitenciaria no se de cabida a la arbitrariedad, asegurando que el interno pueda cumplir su condena dentro de los parámetros que establece la legislación.</p>	
<p>Acto administrativo</p> <p>El proyecto entiende por acto administrativo penitenciario, o acto de la administración en el ámbito penitenciario: “toda decisión o resolución de los órganos de la Administración del Estado que afecte a personas ajenas a esta”.</p> <p>Pero lo relevante del proyecto, más que la definición en sí, es que</p>	<p>Acto administrativo</p> <p>El proyecto entiende por acto administrativo penitenciario o acto de la administración en el ámbito penitenciario, “toda decisión o resolución formal que se adopte en la fase de ejecución penal y que afecte a personas ajenas a los órganos de la Administración del Estado”, coincidiendo la definición</p>

<p>establece como característica de estos actos, la siguiente: “Presunción de legalidad, imperio y exigibilidad”.</p> <p>El que el acto administrativo esté envuelto en esta presunción, permite concluir que para argumentar en contra del mismo, se debe derribar dicha presunción lo que significa un mayor peso probatorio para quien la considere por ejemplo, inconstitucional.</p>	<p>Al igual que el proyecto paralelo estudiado, se destaca la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad y la única forma de que ella no pueda ser utilizada por la administración, es que se lo impida o restrinja una resolución emitida por, como señala el proyecto, el juez de ejecución²⁹⁹, conociendo de la vía jurisdiccional.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto no se refiere a la figura del juez de ejecución penal establecida en el proyecto paralelo en estudio, sino que corresponde al juez de garantía exclusivamente.</p>
---	--

²⁹⁹ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, corresponderá a los jueces de Garantía: Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución.

<p>Procedimientos establecidos</p> <p>Este proyecto contempla los siguientes procedimientos:</p> <p>a).- Un procedimiento general de ejecución de medidas cautelares, penas privativas y restrictivas de la libertad: Dicho procedimiento contempla reglas relativas a los siguientes aspectos: i.- Disposiciones comunes (asignación de establecimientos, traslados); ii.- Ingreso a establecimiento penitenciario (ingreso, estándares mínimos de las condiciones de habitabilidad de la ejecución de la pena), iii.- Plan de ejecución, iv.- Salidas, v.- Trabajo y educación, vi.- Uso del tiempo libre y contacto</p>	<p>Procedimientos establecidos</p> <p>Este proyecto distingue:</p> <p>a).- Procedimiento administrativo.</p> <p>Aquél procedimiento en el cual la administración resuelve o decide respecto de ciertos asuntos que se encuentren en la esfera de sus atribuciones, en la fase de ejecución penal.</p> <p>b) Procedimiento ordinario.</p> <p>Procedimiento que puede iniciarse de oficio o a petición de parte, en el cual se resuelven los conflictos que se generen dentro del recinto penitenciario o a propósito de la aplicación de ciertas medidas. Al ser un procedimiento ordinario y general, se entiende que sirve de base a</p>
--	--

<p>con el mundo exterior, vii.- Servicios de asistencia, viii.- Medidas de seguridad, de coerción y disciplinarias.</p> <p>b).- Normas especiales relativas a la reclusión de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mujeres - Adolescentes - Discapacitados - Enajenados mentales - Prisión preventiva <p>c) Ejecución de penas alternativas y no privativas de libertad:</p> <p>El proyecto contempla el estudio particular de algunas medidas</p>	<p>todos los procedimientos particulares que se determinen.</p> <p>c) Procedimientos especiales:</p> <p>c.1. Procedimiento para la mantención del orden interno: Este es el procedimiento dispuesto en el proyecto que tiene como finalidad, establecer la adjudicación o no de sanciones administrativas disciplinarias que permitan generar seguridad a las personas privadas de libertad, al personal penitenciario y a los terceros que visitan los establecimientos de reclusión.</p> <p>La facultad sancionatoria es ejercida exclusivamente por el Jefe del Establecimiento.</p>
---	---

<p>alternativas, como las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Remisión condicional de la pena - Reclusión nocturna - Libertad vigilada 	<p>Dentro de este procedimiento, podemos verificar la existencia de un procedimiento ordinario y uno sumario, cuya aplicación se determina en el caso que existan elementos de juicio que permitan resolver brevemente.</p> <p>c.2. Procedimiento para traslados:</p> <p>El traslado de acuerdo al proyecto, es todo cambio de establecimiento penal que afectare a un sujeto determinado y tendrá como sustento básico el cumplimiento básico el plan de ejecución individual. Podrá realizarse de oficio por el juez de garantía competente o a solicitud de parte.</p> <p>c.3.- Procedimiento de salidas al</p>
--	--

medio libre y egreso del sistema:

Procedimiento utilizado por la administración penitenciaria, que tiene como fin otorgar a los reclusos salidas al medio libre, que permitan una progresiva reinserción social.

d) Otros procedimientos:

Son principalmente protocolos de trabajo dentro del recinto penitenciario, que permita marcar los límites de la actuación diaria de los funcionarios de la administración penitenciaria. Dichos proyectos son los siguientes:

d.1.- Procedimiento de ingreso de Condenados al órgano de ejecución penal. Destacándose a este respecto las principales

	<p>formalidad y etapas que deben cumplir los funcionarios encargados de la incorporación del individuo al recinto penitenciario.</p> <p>d.2.- Planificación individual: Procedimiento que describiremos en un punto posterior.</p> <p>d.3.- Procedimiento para el uso de fuerzas y requisas: Procedimiento que tiene como objetivo el uso de ciertos elementos por los funcionarios penitenciarios en los casos que exclusivamente se indican y en base a un sentido de razonabilidad de los medios empleados proporcionales al ataque.</p>
<p>Organismos que interactúan</p> <p>Juez de garantía</p>	<p>Organismos que interactúan</p> <p>Juez de garantía</p>

<p>Juez de ejecución penal</p> <p>Administración penitenciaria</p> <p>Área Técnica establecimiento penitenciario</p> <p>Consejo Técnico</p> <p>Jefe establecimiento penitenciario</p>	<p>Administración penitenciaria</p> <p>Área Técnica establecimiento penitenciario</p> <p>Consejo Técnico</p> <p>Jefe establecimiento penitenciario.</p>
<p>Procedimiento jurisdiccional en materia penitenciaria</p> <p>El proyecto no contempla un procedimiento jurisdiccional. Lo anterior se justifica debido a que esta propuesta se relaciona con el proyecto: “Implementación del juez de vigilancia penitenciaria. Normas adecuadoras”, cuyo contenido contempla el desarrollo de los siguientes aspectos, a saber:</p> <p>(a) Organización de los tribunales.</p> <p>(b) Competencia del juez de</p>	<p>Procedimiento jurisdiccional en materia penitenciaria</p> <p>El proyecto contempla en su texto la posibilidad de que sea un juez quien conozca de solicitudes y reclamos de los reclusos o sus familiares, relativos a: modalidad de tratamiento penitenciario, denunciar alguna actuación que afecte las garantías y derechos del condenado, ejecución de medidas de seguridad, entre otras encomendadas legalmente.</p> <p>La potestad de acuerdo a lo indicado</p>

<p>vigilancia penitenciaria.</p> <p>(c) Procedimiento.</p> <p>(d) Disposiciones adecuatorias.</p> <p>En relación al tema que nos ocupa, este proyecto contempla un procedimiento de carácter “contencioso administrativo” antes que un procedimiento meramente penal, regido por la Ley 19.880 de “Bases Generales de la Administración del Estado”, que lo define de la siguiente forma: “Art. 18 El procedimiento administrativo es una sucesión de actos y trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”.</p>	<p>preliminarmente, la tiene el juez de garantía correspondiente, dado que el proyecto no contempla la incorporación de un juez de vigilancia penitenciaria.</p> <p>Este es el procedimiento que dentro de la clasificación preliminarmente realizada, se denomina “procedimiento ordinario”.</p>
--	---

<p>Recursos</p> <p>El proyecto no contempla un régimen de recursos particular por la remisión que el mismo hace de la ley 19.880.</p> <p>Al respecto, la ley 19.880 en su artículo 15, especifica el principio de impugnabilidad mencionando lo siguiente: “Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales la autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo”.</p>	<p>Recursos</p> <p>El proyecto establece como medio de impugnación, la posibilidad de que el afectado interponga un recurso de reposición ante el juez que dictó la resolución, en un plazo de 5 días contados desde la notificación personal de la resolución recurrida, con apelación subsidiaria.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto contempla una remisión al artículo 16 de la Ley 19.880, el cual establece lo siguiente: “Principio de Transparencia y Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él...”</p>
---	--

<p>En concreto, si bien el proyecto no contempla un régimen de recursos particular, por la característica del mismo debemos someternos a lo establecido en la Ley 19.880 la cual contempla en su texto el recurso de reposición y jerárquico, desarrollados en los artículos 59 y 60 de la Ley citada.</p>	<p>En base a lo anterior, tanto el procedimiento que en general se desarrolle con ocasión del cumplimiento de una condena como el régimen de recursos establecido debe inspirarse en los principios de transparencia y publicidad que rigen toda la actuación de los órganos de la administración del Estado.</p>
<p>Plan de ejecución</p> <p>Plan elaborado por el Área Técnica del establecimiento penitenciario donde ingresa el recluso. Este plan para ejecutarse, debe ser previamente aprobado por el Consejo Técnico.</p> <p>Este plan consiste en el diseño individual de las actividades a desarrollar por el interno durante su</p>	<p>Plan de ejecución</p> <p>Al momento de ingresar una persona condenada al sistema penitenciario, el proyecto contempla la confección de un plan de ejecución individual que determinará las actividades a desarrollar por el interno durante su vida en reclusión.</p> <p>Este plan se elabora por el Área</p>

<p>vida en reclusión. El interno debe ser oído, dado que el plan debe considerar sus propios intereses y metas futuras.</p> <p>La finalidad principal del plan contemplado en este proyecto es la reinserción social progresiva del interno.</p>	<p>Técnica del establecimiento, previa aprobación del Consejo Técnico.</p>
--	--

5.2.3.- Comentarios respecto a la comparación de los proyectos MINJU+ GTZ y GENCHI

En relación al cuadro comparativo desarrollado, podemos destacar como principales observaciones, las siguientes:

Respecto al “Objetivo” de ambos proyectos, coincide la circunstancia de que la transparencia y legalidad de las actuaciones que se desarrollen con motivo de la ejecución penitenciaria tengan como planteamiento final, la reinserción del individuo en la sociedad. Esta finalidad puede considerarse un tanto obvia; sin embargo, es importante destacar que independiente de las diferencias técnicas o procedimentales de cada una de estas propuestas, la base del cumplimiento penitenciario tiene por objetivo más que una mera

reparación o compensación por un ilícito determinado, sino que la participación activa del interno dentro del establecimiento penitenciario para desarrollar sus habilidades e intereses y obtener las herramientas necesarias para poder en el futuro, integrarse a la sociedad.

Si bien claramente en el desarrollo de nuestro trabajo hemos destacado que la “reinserción social” actualmente funciona más como una mera declaración de principios que como una efectiva finalidad, no es menor destacar que al menos en su texto, los proyectos con las variaciones que existan, tienen como objetivo común éste principio, lo que nos permite concluir que al menos en la letra, estaríamos todos de acuerdo en las finalidades que un procedimiento de esta envergadura debe tener. Hace unas décadas esto no era un objetivo y común y existían discrepancias respecto al objetivo de la reclusión, las posiciones solían ser radicales y totalmente contradictorias, pero ahora, podemos nuevamente destacar que ese pensamiento ha ido superándose poco a poco y que hoy en día, la integración del individuo en la sociedad es una finalidad incuestionable.

Dentro de los “Principios Generales” que se destacan en ambos proyectos, podemos revisar que el catálogo tiene ciertas variaciones más bien mínimas, como por ejemplo, en el proyecto GENCHI, destaca la participación de la comunidad como principio base más no en el proyecto MINJU-GTZ. Sin perjuicio de lo anterior, no existen contradicciones entre ambas propuestas,

destacándose que la sujeción al estado de derecho, la protección a la dignidad y el control jurisdiccional, por dar ejemplos, en ambos proyectos representan principios que rigen todo el actuar de la administración penitenciaria, permitiendo que el recluso que interactúa con ellos no se vea sometido a actuaciones arbitrarias, ilegales o desproporcionadas que en nada contribuyan al éxito de su estadía.

Destacamos eso sí respecto al principio de control jurisdiccional que el encargado de ejecutar el control varía en uno u otro proyecto. A mayor abundamiento, en el proyecto MINJU-GTZ el control lo efectúa un juez especializado que sólo tiene competencia para conocer de hechos y circunstancias que se desarrollen a propósito del cumplimiento de una pena privativa o restrictiva de libertad, no en una etapa preliminar; en tanto, el proyecto GENCHI prescinde de la figura del Juez de Ejecución Penal, manteniendo dichas facultades en el Juez de Garantía.

En relación a lo último, y más precisamente adentrándonos a la comparación del “Marco Teórico” de ambos proyectos, la facultad del Juez de Garantía para involucrarse en la etapa de cumplimiento de la pena o medida de seguridad, se funda por la interacción de variadas normas, a saber: de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 76 de la CPR “La facultad de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a los tribunales establecidos por la ley”, como norma particular, el artículo 14 letra f) del COT establece que “Corresponde a los

jueces de garantía: hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal” y más específicamente, el artículo 87 inciso 1ero de Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, establece que “de proceder la repetición de alguna medida disciplinaria, deberá, antes de su aplicación, comunicarla al juez del lugar de reclusión, el que sólo podrá autorizarla por resolución fundada”; y esta norma, relacionada con el inciso 2do del mismo artículo señala que señala que “...tratándose de personas sujetas a prisión preventiva, la aplicación de cualquier sanción disciplinaria, deberá ser informada inmediatamente al tribunal que conoce de la causa.”, permiten establecer que el marco legal en el cual se ideó este proyecto y que coincide con el que impera en la actualidad, faculta únicamente al Juez de Garantía para la ejecución de una pena o medida alternativa.

Por tanto, relacionando ambos proyectos, podemos concluir que en el proyecto MINJU-GTZ las funciones del Juez de Garantía se verían disminuidas y su esfera de atribuciones sería mucho más concreta, permitiendo una descongestión de los tribunales respectivos, una mejor administración de justicia y mucha más precisión técnica; en tanto, el proyecto GENCHI no sólo mantiene las funciones del Juez de Garantía que conocemos hasta el día de hoy, sino que perpetúa la distancia que existe entre el interno y la judicatura, aminorando la sensación de protección y de justicia de los reclusos.

5.3. Estado actual de la reforma penitenciaria en Chile

Hecha una revisión a la normativa vigente en nuestro país aplicable en materia de ejecución penal, haremos un breve análisis de ciertos puntos que a nuestro juicio, se hacen evidentes.

1) En primer lugar, podemos apreciar que esta normativa se encuentra absolutamente dispersa y no tiene un carácter uniforme. Pese a que se ha hecho un esfuerzo por orientar la letra de los textos hacia los lineamientos que ha dado la normativa internacional respecto de los derechos de las personas privadas de libertad, aún aparece manifiesta la necesidad de organizar nuestra legislación en materia de ejecución de penas (la cual determina la forma que tenemos de enfrentar como sociedad el destino de las personas que se encuentren privadas de libertad al interior de recintos penitenciarios) de manera que se facilite su estudio, y se sistematice su tratamiento. Es fundamental que exista un acceso totalmente expedito al conocimiento de la normativa, que permita a los internos y a sus asesores legales conocer fácilmente sus derechos y obligaciones, las condiciones en que pueden permanecer, las sanciones que les son aplicables, los beneficios a los cuales pueden acceder, las acciones que pueden ejercer, entre otros. Esto, que actualmente es muy difícil atendida la dispersión normativa, se solucionaría con la implementación

de un solo cuerpo orgánico de normas que se refiera a la ejecución de sanciones penales, esto es, con la creación de un Código Penitenciario.

Por otro lado, de la normativa actual, podemos ver que los asuntos más relevantes y sustantivos relativos a la forma de ejecutarse tanto las sanciones penales como el tratamiento post penitenciario se encuentran regulados por un Reglamento.

El artículo 3 de la Ley 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos señala que “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.”³⁰⁰

Posteriormente, el mismo artículo señala: “El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia”.³⁰¹

³⁰⁰ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. Ley N° 19.880. Artículo N° 3.

³⁰¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. Ley N° 19.880. Artículo N° 3.

La normativa que actualmente fundamenta en nuestro país los cimientos de la etapa de ejecución en materia penal es precisamente un decreto supremo, el Decreto Supremo N° 518, que constituye como vemos sólo una “orden que dicta el Presidente de la República” o un Ministro por orden del mismo. Y llama la atención que en un tema tan relevante como las políticas que adoptamos como país en lo relativo a los objetivos de las sanciones penales y las formas de cumplir las mismas, exista tal escasez de debate parlamentario, y que decisiones sobre políticas sancionatorias y de reinserción social (que deberían ser el centro de nuestra política criminal en esta materia) sean parte de una decisión meramente administrativa y no de discusión legislativa.

La creación de normas penales, y el proceso jurisdiccional penal en sí mismo, se han considerado tan relevantes que se han incorporado a la vida jurídica a través de Leyes coordinadas y sistematizadas mediante Códigos. En el caso de la etapa de Ejecución Penal, que sin lugar a dudas es una etapa del proceso penal, esto no ha ocurrido de la misma forma.

Una vez dictada la sentencia condenatoria (o incluso medidas preventivas que impliquen privación de libertad) no existe político. El legislador sólo ha considerado intervenir directamente y con rigurosa estrictez hasta la puerta de la cárcel. Una vez traspasadas sus puertas entramos en el terreno de las decisiones administrativas, y sólo excepcionalmente al terreno judicial.

“Se acusa la urgente necesidad de someter a la deliberación democrática la determinación del “para qué” y “cómo” debe padecerse la pena en el ámbito penitenciario nacional, de modo que exista una mayor coherencia político-criminal en los diferentes niveles en los que la pena cumple una función en el sistema social”.³⁰²

Esta particular forma de entender la ejecución -como si no formara parte del sistema penal- ha sido calificada por muchos como una infracción al principio de legalidad propio del derecho penal. Para solucionar este problema es fundamental que la Ejecución de la Pena sea regulada por una normativa de carácter Legal y no meramente administrativo.

3) Finalmente, si bien la normativa internacional tiene un claro énfasis en el fin resocializador de la pena, no existe en nuestro país un enfoque claro que oriente el sistema hacia este horizonte, y que lo organice de forma de generar mayores oportunidades para personas que no tienen las condiciones adecuadas para reinsertarse a la sociedad. Por ejemplo, uno de los aspectos a considerar para la concesión de permisos de salidas a los internos es que ellos cuenten con medios de apoyo o asistencia. Esto es muy valioso desde la perspectiva del interno que tiene un núcleo social ya que se le da la posibilidad de mantenerlo en el tiempo no obstante encontrarse sometido a sanción penal.

³⁰² VALENZUELA, Jonatan, ob cit., p 200.

El problema sin embargo, es que normativas como estas favorecen la reinserción de personas que ya tienen un entorno social que les permita fácilmente reinsertarse o que tienen grandes posibilidades de hacerlo, pero no existe una política de reinserción efectiva para aquellos internos que no tienen estas posibilidades y que son quienes efectivamente más lo necesitan; la resocialización se enfoca en sujetos que ya están socializados.

Es indispensable en ese sentido crear una estructura legal, mediante un debate parlamentario exhaustivo, que dirija nuestro sistema penitenciario a una ejecución de las penas privativas de libertad que sea realmente más humana (como pensaba Beccaria hace aproximadamente 250 años) y enfocada a solucionar problemas reales de la sociedad en que se encuentran insertas gran parte de las personas que se encuentran privadas de libertad (como la falta de oportunidades, el hacinamiento, la convivencia con el tráfico, la droga, etc). Es claro que mantenerlos reclusos al interior de los recintos penales sin un coordinado sistema orientado a la reinserción, sólo aumenta el problema.

Una Ley de Ejecución Penal, discutida de forma democrática por todos los sectores, debe tener claridad conceptual y de principios respecto de cuáles son los fines que busca alcanzar, y ordenar todo su cuerpo normativo a la consecución de esos fines. Eso es fundamental, básico e indispensable si queremos un sistema de ejecución penal que privilegie la reinserción social, que

cumpla con los estándares mínimos a nivel internacional, y también para otorgarle un sentido y un beneficio para quienes pasan por él.

CONCLUSIONES

Luego de dos décadas de política criminal a cargo de gobiernos de la Concertación, nos encontramos con un cuadro complejo: más cárceles que nunca, establecimientos penitenciarios parcialmente privatizados, gran tasa de encarcelamiento y una gran cantidad de funcionario penitenciarios especialmente dotados para la atención de los reclusos.

Al respecto, debemos destacar lo sucedido durante el Gobierno de Sebastian Piñera, en el cual sorprendentemente se realizó reformas inspiradas en temas tratados por los proyectos de leyes de ejecución penal. No obstante lo anterior, nos encontramos en el mismo punto de partida: la falta de legitimidad democrática de estos instrumentos, por cuanto no todas aquellas reformas fueron realizadas mediante leyes, sino que mediante Decretos Supremos, como es el caso del Decreto 943 de 2011 que reforma el Reglamento Penitenciario.

Lo anterior genera que sigamos encontrándonos con una dispersión normativa importante y una gran falta de legitimidad que perjudica no sólo a los reclusos o sujetos sometidos a alguna medida de seguridad y sus familias, sino que a la sociedad toda, puesto que no podemos avanzar y crecer si seguimos marginando a nuestros compatriotas, otorgándoles la categoría de ciudadanos

de segunda clase cuando de acuerdo a lo prescrito en nuestra Constitución Política "...todos somos iguales en dignidad y derechos...".

Como forma de mejorar el panorama planteado anteriormente, se implementó la Defensoría Penal Penitenciaria que vendría a subsanar en parte el problema de los privados de libertad y su acceso a la Justicia; sin embargo, sin una Reforma integral, no podemos decir que estamos generando condiciones de protección e igualdad.

Estudiamos durante este trabajo algunos proyectos destacados cuyas principales motivaciones eran una Reforma integra del sistema penitenciario; sin embargo, no han logrado ver la luz. Por lo anterior, a modo de conclusión, deseamos en este apartado mencionar los motivos que a nuestro juicio, han generado el fracaso de dichas propuestas, a saber:

- a) En primer término, uno de los factores esenciales que motivan este fracaso es que popularmente, no es bien visto por la mayoría de la población el hecho de que se priorice dentro de un programa político la rehabilitación de un reo o actividades que promuevan su bienestar y desarrollo en prisión. Generalmente estas medidas son poco "populares" lo que ha generado que en las agendas o propuestas de campaña no sea un tema a tomarse en cuenta y se encuentre al final del listado de proyectos. Asimismo, la necesidad de algunos políticos

de obtener votos a fin de lograr un escaño en algún estamento público genera que temas controversiales como éste sean totalmente dejados de lado.

- b) Relacionado con el motivo anteriormente planteado, la circunstancia de que un recluso no tenga derecho a sufragio genera que sea aún menos cautivante para un político la consideración de sus derechos, puesto que no es un grupo que pueda motivar un peso electoral de relevancia para los futuros legisladores³⁰³.
- c) Otro gran factor a considerar es el costo que una reforma de esta envergadura pueda conllevar. La poca atracción hacia un cambio sustantivo del Derecho Penitenciario y de los establecimientos que reciben diariamente a los reclusos se genera principalmente por la falta de recursos destinados a este tipo de mejoras. La inversión es muy importante por lo que las demandas de otro tipo se pueden ver amenazadas si se les da prioridad a ésta.
- d) La “Estructura de gobierno Jibarizada”, deriva en la existencia de funcionarios de “Gobierno” mas no de Estado, lo que impide o resta

³⁰³ A propósito de este factor, es destacable mencionar el caso en que el Gobierno se “manifestó” en contra de la resolución del 7mo Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha 23 de agosto del año 2013, que en esencia ordenaba a la administración generar las condiciones materiales para que ciertos reclusos ejercitaran libremente su derecho a sufragio. Véase: LOVERA, Domingo y MARSHALL Pablo, “Votando en la cárcel”, en CIPER. En línea <<http://ciperchile.cl/2013/08/27/votando-en-la-carcel/>>

eficacia a los procesos de construcción de reformas a mediano y largo plazo. Constantemente somos testigos de la ambivalencia en el desarrollo de propuestas motivadas por los cambios Administrativos que constantemente se generan en nuestro país, los funcionarios rotan, los proyectos quedan en carpeta, las ideas se archivan y las reformas no llegan a puerto.

- e) Como factor final a mencionar (aunque no pretendemos en esta conclusión destacar que sean los únicos), destacamos la falta de definición en la finalidad de la pena. En la medida que se asume una función de la pena como la prevención, es necesario implementar las respuestas legales que hagan consecuente dicha decisión. En dicho sentido, las políticas criminales no han sido determinantes a este respecto y lo que es un secreto a voces no ha alcanzado una consecuencia relevante que nos permita darle prioridad a una Reforma que atienda a la “resocialización” del individuo

GLOSARIO

En esta sección, señalaremos la lista de las abreviaturas utilizadas corrientemente en nuestra memoria:

art.: artículo.

cap.: capítulo.

cit.: citado, citada.

doc. cit.: documento citado.

ed., edic.: edición.

ib. o ibid: íbidem: allí mismo o en el mismo lugar, en la misma obra y en la misma página.

Íd.: ídem: lo mismo.

p. ej.: por ejemplo.

publ. cit.: publicación citada.

s.f.: sin fecha.

sig., sigs., s.s.: siguiente, siguientes

BIBLIOGRAFÍA

ÁNGULO, Durga; ANGULO, Graciela y FELLINI, Zulita, Derecho de ejecución penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio, Historias de los pensamientos criminológicos; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

ALISTE ORREGO, Mariel y NÚÑEZ ORREGO, Karolyna, Percepción y derechos humanos: Percepción de la implementación del marco normativo basado en los derechos humanos, gendarmes que tratan directamente con la población penal del centro de cumplimiento penitenciario Colina 1, Tesis (Sociología) Universidad Central, Santiago, 2006.

ÁLVAREZ BORIE, Mauricio y PESSÓ STOULMAN, Alex, El sistema penitenciario Chileno: historia, legislación y análisis crítico (1810-1911), Memoria (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad de Chile, Santiago, 1997.

ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIOS MARTÍNEZ, Marcela, De las libertades en el régimen penitenciario, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006.

BARATTA, Alessandro: Criminología crítica y crítica al derecho penal, Siglo XXI editores, México, 1998.

BARRÍA GUTIÉRREZ, Lebyy Carolina; SOTO ALTAMIRANO, Ana Patricia, Panorama general del sistema penitenciario chileno: Su función rehabilitadora y la implementación de cárceles privadas, Memoria (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad Central, Santiago, 2001.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Derecho Fundamentales y Derecho Penal”, en: Revista de Estudios de la Justicia, N° 9, Universidad de Chile, Santiago, 2007.

BEZANILLA BOLOÑA, Mauricio, El problema penitenciario en Chile, Memoria (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1956.

BINDER, Alberto M., Política criminal: de la formulación a la praxis, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

BLANCO ROSSI, Constanza; CATALDO NAZAL, Catalina y MORALES TORO, Patricia, Cárceles en Chile: condenados a la delincuencia/ Una visión sobre el sistema penitenciario; la crisis que lo afecta y su impacto en la población penal, Tesis (Licenciado en Comunicación Social) Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005.

BOBINO, Alberto, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en: ¿Más Derecho?, Fabián Di Plácido Editor, año 1, Buenos Aires, 2000.

BRAVO VERGARA, Isabel, Descripción de un sistema penitenciario. Una perspectiva sociológica sobre sistemas disciplinarios, Tesis (Sociología) Universidad Central, Santiago, 2005.

BUENO ARAÚS, Francisco, Lecciones de derecho penitenciario, Universidad Alcalá de Henares, Salamanca, 1989. GARCÍA VALDÉS, Carlos y MAESTRE DELGADO, Esteban (Editores), Legislación penitenciaria, Tecnos, Madrid, 1992.

CABALLERO BELLIDO, Ana Isabel y AGUIRRE MADRID, Federico: Manual de formación en Derechos Humanos para funcionarios de Gendarmería de Chile, Corporación CODEPU, Embajada de Suiza, Santiago, 2007.

CASTRO, Álvaro, CILLERO, Miguel y MERA, Jorge, Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.

CONEJEROS MUÑOZ, Pablo Iván, Derecho de ejecución penal, Memoria (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad Central, Santiago, 2008.

CONTESE, Jorge, Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009, Universidad Diego Portales, Programa Acciones de Interés Público y Derechos Humanos, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2009.

DAMMERT, Lucía, “El Derecho Penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado”, en: FLACSO, recurso electrónico: [[http://www.flacso.cl/home/images/extension/congreso/lasa2006-sistema penitenciario.pdf](http://www.flacso.cl/home/images/extension/congreso/lasa2006-sistema_penitenciario.pdf)]. Visita: [31-05- 2011; a las 12:30 hrs].

DAMMERT, Lucía y ZÚÑIGA, Liza, Cárcel: problemas y desafíos para las Américas, en FLACSO, Recurso electrónico: [<http://www.flacso.cl/home/index.php/es/reportes/265-la-carcel-problemas-y-desafios-para-las-americas->]

Visita: [13-06- 2011; a las 12:30 hrs].

DURÁN MENCHACA, Carlos y ELÍAS MUSALEM, Esteban, La evolución del régimen penitenciario chileno durante el siglo XX (1910-1995), Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Universidad Central, Santiago, 1997.

ELSTER, John, La democracia deliberativa; Gedisa, Barcelona, 2001.

FEEST, Johannes, “Elaboración y contenido de la Ley Penitenciaria y el impacto en el sistema penitenciario alemán”, recurso electrónico en: Defensoría Penal [www.defensoriapenal.cl/Documentos/doctrinas/112318594563.PDF]. Visita [13-04-2011, a las 23:20 hrs].

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio et. al., Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Laura Zúñiga Rodríguez (Coord.), Manual de derecho penitenciario, Universidad de Salamanca, Madrid, Colex, Salamanca, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, "El derecho penal mínimo"; en: BUSTOS, Juan (dir.) Previsión y teoría de la pena; Lexis Nexis, Santiago de Chile, 1995.

FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002.

Fundación Paz Ciudadana, Fundación Libertad y Desarrollo (Chile), Modernización del sistema penitenciario, Colaboración del sector privado, Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 1994.

Fundación Paz Ciudadana, Ensayos sobre delincuencia: Una visión de los nuevos profesionales, Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La Prisión, México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1975.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, Comentarios a la legislación penitenciaria española, Civitas, Madrid, 1982.

GARCÍA VALDÉS, CARLOS. 1999. "Diccionario de Ciencias Penales". Madrid, Edisofer,

GARLAND, David, Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social, Siglo XXI editores, México, 1999.

GARLAND, David, La Cultura del Control, Gedisa, Barcelona, 2005.

Gendarmería de Chile, Gendarmería de Chile ya vive el siglo XXI: El sistema de establecimientos penitenciarios concesionados, Unidad de Comunicaciones, Santiago, 2005.

Gendarmería de Chile, Manual programa: Planificación estratégica y derechos humanos, Santiago, marzo de 2004.

Gendarmería de Chile, Seminario de reinserción social y seguridad pública: Santiago 3, 4 y 5 de septiembre de 2007, Santiago, 2007. Recurso digital [CD].

Gendarmería de Chile, Implementación del Juez de vigilancia penitenciaria. Normas adecuatorias. [Propuesta presentada al Ministerio de Justicia]. Sin publicación.

GTZ, Manual penitenciario: bases para el trabajo carcelario y su transformación, Santiago de Chile, 2006.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones?: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado, Slovento, Madrid, 2005.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Aspectos ejecutivo-penales. Introducción”, en: BUSTOS, Juan (dir.) Prevención y teoría de la pena, LexisNexis, Santiago de Chile, 1995.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I: Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapas de investigación; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Instituto Libertad, “La crisis del sistema penitenciario”, en: Opinión Política N°418, 03 de julio de 2006.

Instituto Libertad, “Es mejor y no más cara una cárcel privada que una pública”, en: Opinión Política N°619, 28 de octubre de 2008.

Instituto Libertad, “10 reos de Colina II murieron a consecuencia de un incendio. Las causas inmediatas: colchones inflamables; las causas mediatas: malas condiciones de las cárceles”, en Opinión Política N°659, 27 de abril de 2009.

Instituto Libertad, “Infierno en el sistema carcelario o la gran deuda con el sistema carcelario”, en: Opinión Política N°769, 16 de diciembre de 2010.

Instituto Libertad, “Cambios necesarios en el sistema penitenciario”, en: Opinión Política N°785, 18 de marzo de 2011.

JARA MEDINA, Rodrigo, Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario, en: Gaceta Jurídica, Santiago de Chile, no.290 (2004), p. 7-19.

KÜNSEMÜLLER, Carlos, 2005, La Judicialización de la Ejecución Penal, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso,

LYONS, Lewis, Historia de la Tortura, De los albores de la humanidad a nuestros días, Editorial Diana, México D.F., 2005.

LÓPEZ REGONESI, Eduardo, Reflexiones acerca de la seguridad ciudadana en Chile: Visiones y propuestas para el diseño de una política, CEPAL, Santiago de Chile, 2000.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, "La pena como retribución", Estudios Públicos, N° 108, Santiago, 2007.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, "Pena y ciudadanía", Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Santiago, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Bosch, Barcelona, 1983.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Criminología crítica y ejecución penal"; en: BUSTOS, Juan (dir.) Prevención y teoría de la pena, LexisNexis, Santiago de Chile, 1995.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, “Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno”, en: Revista de Estudios de la Justicia, N°1, Santiago, 2002.

MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *“El principio de legalidad en el ámbito penitenciario”*, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año X, N° 19, 2011.

MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI Editores, México DF, 1980.

MERA FIGUEROA, Jorge y DUCE JULIO, Mauricio, *Introducción al sistema penal*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996.

Ministerio de Justicia y GTZ, anteproyecto de Ley de Ejecución de penas [Inédito].

Ministerio de Justicia y GTZ, anteproyecto de Ley de Ejecución de penas con fundamentación [Inédito].

Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda, “Derecho penal y trato de delincuentes”, Ministerio de Relaciones Exteriores, La Haya, 1970-1971.

MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*; B de F., Buenos Aires, 2006.

MOLINA MOYA, Carla (Prof. Guía: Jorge Mera Figueroa), Las necesarias y justificables diferencias en el sistema penitenciario entre hombres y mujeres, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000.

OBREQUE VIVANCO, Luis, Los servicios penitenciarios en Chile: Una mirada a su historia, Gendarmería de Chile, 2010.

OLIVER OLMO, Pedro, La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado Liberal, Universidad del País Vasco, 2000.

PAVARINI, Massimo, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.

PAVARINI, Massimo, “Fuera de los muros de la cárcel: La dislocación de la obsesión correccional”, en: BUSTOS, Juan (dir.) Prevención y teoría de la pena, LexisNexis, Santiago de Chile, 1995.

PAVARINI, Massimo, Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.

PÉREZ CABELLO, María Antonieta, Tratamiento penitenciario y régimen carcelario abierto, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales) Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1962.

RACIONERO CARMONA, Francisco, Derecho penitenciario y privación de libertad: una perspectiva jurídica / Francisco Racionero Carmona, Dykinson, Madrid, 1999.

RAMM, Alejandra y BARROS, Paula, Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005.

RICO, José María, La administración de justicia en América Latina: Una introducción al sistema penal, C.A.J., San José de Costa Rica, 1993.

RICO, José María, Justicia Penal y transición democrática en América Latina, Siglo XXI editores, México, 1997.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, José María Bosch editor, Barcelona, 1997.

RIVERA BEIRAS, Iñaki y ARANDA OCAÑA, Mónica, La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, Pena y Estructura Social, Temis, Bogotá, 1984.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (Compiladora), Sistemas penales y derechos humanos: proyecto: mejora de la administración de la justicia y su adaptación al sistema penitenciario, CONAMAJ, Costa Rica, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, José María, La expansión del derecho penal, B de F, Buenos Aires, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español.

STIPPEL, Jörg Alfred, Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile: un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal, LOM, Santiago, 2006.

STIPPEL, Jörg, Cárcel, derecho y política, Santiago, LOM, 2013.

TAYLOR, Ian; WALTER, Paul y YOUNG, Jock, La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada, Paidós, Madrid, 1992.

TÉLLEZ AGUILERA, A., “Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario”, en Revista de Estudios Penitenciarios, N° 255, 2011.

VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, “Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile”, en: Revista de Estudios de la Justicia. no.6 (2005), p. 191-209.

VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, "La imposición de la pena en el ámbito del derecho chileno y el concepto de derecho fundamental", en Revista Derecho y Humanidades, número 14 (2008).

VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, "La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena", en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIII, n. 1 (2010).

Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, "Sistema penitenciario y derechos humanos" en: Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2009.

WACQUANT, Löic, Las Cárceles de la Miseria, Manantial, Buenos Aires, 2000.

ZARAGOZA HUERTA, José y BARBA ÁLVAREZ, Rogelio, "Dos sistemas penitenciarios (Chile y México). Sus fines e instituciones.", en: Letras Jurídicas N°6, Primavera del 2008.

ZÚÑIGA, Lisa, La cárcel enferma: Consecuencias para reclusos y vigilantes, en: FLACSO, serie documentos electrónicos N°4, mayo 2010, Programa Seguridad y Ciudadanía.

Recurso electrónico [\[http://www.flacso.cl/home/index.php/es/documentos-electronicos/298-la-carcel-enferma-consecuencias-para-reclusos-y-vigilantes-\]](http://www.flacso.cl/home/index.php/es/documentos-electronicos/298-la-carcel-enferma-consecuencias-para-reclusos-y-vigilantes-)

Visita: [31-05-2011; a las 12:07 hrs].

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Carta Internacional de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

Los protocolos facultativos correspondientes (el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte).

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Adoptadas por el primer congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social en las resoluciones 663(XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076(LXII) de 13 de mayo de 1977.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.

Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1999.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1998.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

LEYES Y DECRETOS

1.- Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Texto refundido del Decreto Supremo N°518 de 22 de mayo de 1998 publicado en el Diario Oficial de 21 de agosto de 1998 y Decreto Supremo N°1248 de 10 de noviembre de 2005, publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 2006.

2.- Ley Orgánica de Gendarmería

Decreto Ley 2.859 de 1979.

2.- Código Penal

3.- Código de Procedimiento Penal de 1906

4.- Código Procesal Penal

5.- Ley sobre Libertad condicional.

Ley 20.042, de 2005, que modifica el Decreto Ley N°321, de 1925.

6.- Ley 18.216

Ley que establece la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

7.- **Decreto Ley N° 409**, de 1932, que establece normas relativas a los reos.

8.- **Decreto N° 542**, de 1943, que crea el Patronato Nacional de Reos.