

Gustavo A. Arocena dirección

El tratamiento penitenciario

Resocialización del delincuente

Trabajo penitenciario y educación de los reclusos.
Injerencia psicológica en el ámbito penitenciario.
Vínculos entre el recluso y el medio libre. Normativa
general, análisis doctrinario y criterios
jurisprudenciales en América Latina

Autores: GUSTAVO A. AROCENA - PILAR CALVEIRO - RAUL CARNEVALI
SERGIO J. CUAREZMA TERAN - CRISTIAN L. GUARDIA LOPEZ
FRANCISCO MALDONADO - CARLOS A. MEJIAS RODRIGUEZ
JUAN D. POSADA SEGURA - LUIS M. REYNA ALFARO

Revisión general a cargo de NATALIA C. PACHECO

Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

RAUL CARNEVALI * — FRANCISCO MALDONADO **

*El tratamiento penitenciario en Chile.
Especial atención a problemas
de constitucionalidad*

— § 1 —

INTRODUCCION

Valorar el tratamiento penitenciario dispuesto en una determinada sociedad en la ejecución de condenas privativas de libertad no es una tarea sencilla. Por de pronto, conlleva la necesidad de analizar el papel que cumple dicha labor en el conjunto de funciones confiadas a la pena, en sus objetivos y modalidades específicas; es decir, la concreta orientación preventivo especial de la que da cuenta. Asimismo, hace necesario revisar la forma como se encuentra recogido su desarrollo a través de las diversas fuentes normativas y, finalmente, la vigencia real de dicho modelo en términos prácticos.

En lo sucesivo procuraremos abordar todas estas cuestiones en forma sintética, con el objeto de dar cuenta del estado actual que presentan estos problemas en el ordenamiento jurídico chileno, caracterización que nos permitirá, finalmente, esbozar algunas consideraciones críticas desde la perspectiva del Derecho constitucional,

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (Chile).

** Doctor en Derecho. Profesor Asistente de Derecho Penal y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (Chile).

que, en nuestro caso, dificultan concluir la vigencia real de un verdadero Estatuto Jurídico del preso.

— § 2 —

CUESTIONES GENERALES

La noción de *tratamiento penitenciario* se vincula directamente a las funciones que la pena puede servir en torno a objetivos de prevención especial positiva. Es decir, simboliza la idea de que la ejecución de la pena debe considerar instancias cuyo objetivo concreto apunte a incorporar en el condenado diversas clases de contenidos —principios, valores, hábitos, costumbres, habilidades, competencias, conocimientos, etcétera—, cuya asunción contribuye a disminuir el riesgo de reiteración delictiva¹. Comúnmente dichos contenidos aparecen asociados a la neutralización de condicionantes personales que son consideradas como un *factor de riesgo* respecto de la comisión futura de delitos, identificándose a la vez, por oposición, con condiciones o factores de sociabilidad. Se trata, en síntesis, de la consideración de tareas y acciones que buscan lograr un aprendizaje orientado a convivir en sociedad, en particular, respecto a los límites que ello impone para el actuar individual.

Ahora bien, la consideración del tratamiento y la propia orientación preventivo especial del sistema penitenciario de una determinada sociedad pueden asumir caracteres variables, conforme al papel que sea definido para dichas finalidades en el entramado de objetivos confiados al sistema penal. A este respecto, suele primar en la actualidad la idea de que las funciones preventivo-especiales deben caracterizar la intervención penal en la fase de ejecución de la pena, siendo preferidas respecto de los fines preventivo generales en dicha instancia y operando siempre bajo el límite de la culpabilidad. Dicho esquema lleva a que se sostenga —en forma distendida— que la ejecución de la pena se orienta, o más bien debe orien-

¹ SILVA SANCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, ps. 28 y 29.

tarse, a la reintegración social del condenado, es decir, a la prevención especial positiva². De esta forma, se trata de un objetivo que no cumple papel alguno a efectos de fundamentar la pena, pues no determina el sí ni el *quantum* de la misma en forma principal, sino que influye en ella —en la medida en que constituye un objetivo deseable— en cuanto su satisfacción ofrece una mejor probabilidad de cumplimiento de los fines generales que persigue el sistema.

La conceptualización de la ejecución penitenciaria, bajo dicho paradigma, lleva naturalmente a noción de progresión, definiéndose la administración del encierro como un camino que debe dirigirse, paulatinamente, a la recuperación de la libertad a partir de la asunción de determinados niveles, donde se mezclan en forma ascendente razones de mérito con la disminución de la necesidad preventiva de que el condenado permanezca al margen de la sociedad. El encierro total se sustituye, entonces, en forma escalonada por el acceso a un sistema de "beneficios" que se encuentran asociados a la recuperación de espacios de libertad y que son "alcanzados" por el condenado a partir de la satisfacción de objetivos que evidencian el aprovechamiento (material) de las instancias de tratamiento, ofreciendo con ello una menor probabilidad de recaída en el delito.

Conviene destacar que en la génesis de dicha conceptualización han sido determinantes dos ideas que a estas alturas parecerían ampliamente asentadas. Por un lado, el reconocimiento de que la ejecución penal produce efectos contraproducentes para la socialización del condenado y, en segundo lugar, la comprensión del tratamiento obligatorio como un gravamen adicional a los contenidos del castigo que, a su vez, atenta contra la autonomía del individuo³.

² Por todos, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana por DIEGO MANNEL LIZON PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONTELLO Y JAVIER DE VICENTE REBESAL, Civitas, Madrid, 1997, p. 95 y ss.; ROXIN, CLAUIS, "Sentido y límites de la pena estatal", trad. por DIEGO MANNEL LIZON PEÑA, en *Problemas básicos de derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 20 y siguientes.

³ Con carácter general, HASSAINE, WINFRIED - MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tiranti lo Blanch, Valencia, 1999, p. 153

La toma de conciencia acerca de que la pena desocializa ha obligado a que los sistemas penales consideren instancias destinadas a minimizar los efectos sociales dañinos del castigo, lo que influye decisivamente en la configuración del sistema de condenas, en las instancias propias de la determinación de las penas. Es así que en su administración —y con ello en las particularidades del “*tratamiento*”— y en la denominada fase post-penitenciaria conforman aplicaciones que, además de estar orientadas a la mejor satisfacción de los fines del modelo, se fundan en una especie de deber moral que pesa sobre la propia administración, en cuanto han sido sus propias decisiones las que en definitiva motivan un incremento en las probabilidades de recaída del condenado.

Conforme con ello, los objetivos preventivo-especiales positivos pasan a operar en términos limitativos, tomando la forma de una restricción del castigo. Pero también, se transforma la obligatoriedad de sus contenidos en una verdadera oferta de participación —obligatoria para el Estado— que apela, por sus méritos de forma directa o, finalmente, a través de incentivos, a la asunción de parte del condenado de la conveniencia en su utilización, de cara a la obtención de mejores posibilidades de reinserción y, por ende, de recuperación de la libertad⁴.

A dichos efectos, los sistemas penales en la actualidad suelen incorporar mecanismos orientados a evitar la aplicación de condenas de corta duración mediante el recurso a dinámicas de suspensión y condicionalidad de la ejecución de las condenas; sistemas —lo más amplios posibles— de sustitución de condenas privativas de libertad por aplicación de penas llamadas alternativas al encierro y mecanis-

y ss.; en particular, MINOZ CONDE, FRANCISCO, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Estudios penales*, libro homenaje al profesor José Anton Orca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 390 y ss. En Chile, portados, GARRIBO MONTT, MAURO, *Derecho penal Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, t. 1, p. 76.

⁴ Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN - HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN, *Leciones de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2006, ps. 68 y 69.

mos que permitan trabajar con los efectos beneficiosos de la reparación, como son las instancias conciliatorias o de mediación⁵. Por otro lado, motiva la consideración de instancias de acompañamiento del egreso de los condenados orientadas directamente a su (re)inserción en el medio libre, destacando el asesoramiento profesional psicológico para el proceso de adaptación y restablecimiento de vínculos sociales, personales y familiares; de inserción o apresto laboral, de formación o educación y, por último, para la recuperación de la plena ciudadanía y posibilidades de participación a través de la eliminación de antecedentes prontuarios⁶.

El tratamiento ofrece indicativos determinantes para resolver la progresión en el régimen de ejecución de la pena, toda vez que la participación del condenado en las instancias “formativas” es valorada como un antecedente favorable para el pronóstico de sociabilidad.

⁵ Ambas modalidades se regulan en Chile en la actualidad a través de un sistema de aplicación de medidas alternativas a la aplicación o ejecución de penas privativas de libertad contentadas, principalmente, en la ley 18.216 que establece medidas como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, cuyas particularidades se detallan en el Reglamento respectivo (contenido en el Decreto Supremo 1120/84, del Ministerio de Justicia). Asimismo, el Código Procesal Penal dispone de mecanismos de solución de conflictos que evitan arribar a un juicio y a una eventual condena. Así sucede como la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio.

⁶ En Chile el régimen general de administración de los antecedentes pertenecientes al prontuario penal de los individuos condenados se regula en el Decreto Ley 645/32 que crea el Registro de Condenas. Las condiciones y modalidades asociadas a la eliminación y omisión de dichos antecedentes en las certificaciones correspondientes se regulan en el Decreto Ley 409/32 que dispone de un procedimiento para la eliminación de antecedentes penales y en el Decreto Supremo 64/60, del Ministerio de Justicia, denominado Reglamento sobre la Eliminación de Prontuarios Penales y de Anotaciones, y el Organigrama de Certificados de Antecedentes. Asimismo, el Patronato Nacional de Reos, Decreto Supremo 542/43 del Ministerio de Justicia, también se encarga de prestar la necesaria protección moral y material de los condenados que gozan de libertad condicional, proporcionando medios de trabajo y atención social y educacional, entre otros.

— § 3 —

**MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA EJECUCIÓN
DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN CHILE
Y, EN PARTICULAR, DEL (ASÍ LLAMADO)
«TRATAMIENTO PENITENCIARIO»**

**a — Conceptualización del tratamiento penitenciario
en la reglamentación vigente en Chile**

Un primer aspecto, muy relevante de destacar, se vincula con el hecho de que las definiciones legales vigentes en Chile no reconocen papel alguno al tratamiento penitenciario en la ejecución de la pena privativa de libertad. La única referencia que, de alguna manera, se podría entender vinculada al mismo apunta —en exclusiva— a la obligación que pesa sobre ciertos condenados de realizar actividades laborales como parte del contenido de la respectiva pena.

Ello se refleja en la distinción que realiza el legislador de la codificación chilena, y que se encuentra expresado en el texto positivo del Código Penal, entre las penas de reclusión y las de presidio, constituyendo esta última una modalidad más grave de castigo precisamente en atención a que conlleva el deber del condenado de realizar actividades laborales obligatorias⁷. Los fundamentos tenidos en cuenta para regular su consideración no se orientan, en modo alguno, a la incidencia que puede tener el trabajo en las perspectivas de reinserción del condenado, constituyendo más bien una car-

⁷ En concreto, el art. 32 del Cód. Penal dispone que “la pena de presidio sigue a al reo a los trabajos prescritos por los Reglamentos del respectivo establecimiento penal. Las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno”. Por su parte, el art. 88 del mismo Código dispone que “el producto del trabajo de los condenados a prisión será destinado: 1°) A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen; 2°) A proporcionarles alguna ventajita o alivio durante su detención, si lo merecieren; 3°) A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos proveniente del delito; 4°) A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal”. Finalmente, la mayor gravedad del presidio se puede corroborar en las penas, conforme dispone el art. 21 del Código Penal.

ga negativa de carácter meramente sancionatorio⁸. Se trata nada más que de una modalidad que agrava las condiciones del castigo y que, por lo mismo, se encuentra totalmente desvinculada de cualquier orientación de naturaleza preventivo-especial.

Hay que tener en cuenta, además, que por diversos motivos la distinción planteada ha perdido hoy en día total vigencia y relevancia práctica⁹. Primero, porque la caracterización de las disposiciones correspondientes pareciera llevar a la conclusión de que todos los condenados deben trabajar¹⁰, y, segundo, porque no existen condiciones materiales en los recintos penales que permitan hacerlo en forma masiva. De ello se desprende, en la práctica, que la obligación de ejercer actividades laborales, prevista como parte de la pena de presidio, e implícita en la reclusión y prisión, haya caído en un total desuso, confirmándose así la total neutralidad del texto legal respecto de los contenidos y características principales de la ejecución de la privación de libertad.

De lo recién expuesto debemos concluir que la totalidad del régimen penitenciario se encuentra regulado en un nivel normativo inferior, consagrado a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Dicho régimen se contiene en un conjunto de instrumentos entre los que destaca el Reglamento de Estable-

⁸ Por todos, GUERRO BRUÑO, MIGUEL, en *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, HECTOR HERNÁNDEZ - JAVIER CORISO SALAS (dirs.), Albeledo - Perrot, Santiago de Chile, 2011, p. 486.

⁹ Por todos, CURY URZUA, ENRIQUE, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 718.

¹⁰ A este respecto, hay que tener en cuenta que el art. 89 del Cód. Penal dispone que “los condenados a reclusión y prisión son libres de ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal” dejando la impresión de que en dichos regímenes la ocupación laboral es totalmente voluntaria. No obstante, la misma disposición agrega que en caso que carecieren de “medios necesarios para llenar los compromisos” asociados al pago de las consecuencias civiles del delito y de su manutención en el establecimiento penal o “no hubieren oficio o modo de vivir conocido y honesto” quedarán “sujetos forzadamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia”.

cimientos Penitenciarios (REP), cuyo texto vigente —reformulado por última vez a fines del año 2011— se contiene en el Decreto Supremo 518/98, del Ministerio de Justicia y que opera como cuerpo orgánico basal o central de la temática, equivalente a una *ley general penitenciaria*¹¹. Más adelante nos haremos cargos de los serios cuestionamientos constitucionales que se manifiestan en este cuerpo normativo.

Conforme a dicho texto el “fin” de la “actividad penitenciaria” es dual, encontrándose orientada, tanto a la satisfacción de aspectos asociados al control del encierro —custodia, asistencia y atención de los internos—, como al *desarrollo de la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad*¹². Este último objetivo evidencia la plena acogida que tiene la idea del *tratamiento* en las concepciones básicas del régimen de ejecución penitenciaria en Chile.

Conviene, en todo caso, aclarar que la expresión “acción educativa” no es utilizada en forma estricta, es decir, como sinónimo de actividades asociadas a instrucción o formación de carácter escolar. Se utiliza específicamente en referencia al denominado *proceso de reinserción social*, ofreciendo una conceptualización que implícitamente se enmarca en una perspectiva tradicional del *tratamiento*, donde el condenado es comprendido como un individuo que padece déficits de formación personal y que, por ello, requiere que la actuación penitenciaria enfoque los esfuerzos vinculados a socialización en accio-

¹¹ Decreto Supremo 518/98 sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=123280>. Se trata de un cuerpo en el que se regulan prácticamente la totalidad de los contenidos generales. Este se desarrolla en siete títulos sustanciales, uno preliminar que establece principios generales de la actividad penitenciaria, un título primero sobre los establecimientos penitenciarios, un título segundo sobre el régimen penitenciario, un título tercero sobre los derechos y obligaciones de los internos, un título cuarto referido al régimen disciplinario, un título quinto sobre las actividades y acciones para la reinserción social, y un título sexto sobre la administración de los establecimientos penitenciarios.

¹² En términos similares se describen los objetivos específicos del *régimen penitenciario* en el art. 24 del REP.

nes que son asumidas como parte de su *educación* como persona. No obstante, pareciera que dicha conceptualización no supera el plano de lo formal, toda vez que el contenido concreto de la normativa que regula, en forma específica, el desarrollo del tratamiento penitenciario apuntaría en otra dirección. En efecto, su contenido parece más bien concentrarse en el trabajo sobre “perfiles de riesgo” vinculando los objetivos de la reinserción al tratamiento de las condicionantes personales que son asumidas como factores criminógenos. Con ello se asigna al tratamiento un campo más amplio de objetivos y una conceptualización que en términos valorativos se muestra más neutral.

En este sentido, la normativa establece que el principio regulativo que debe guiar la organización de los establecimientos penitenciarios en esa materia comprende “*actividades y acciones tendientes a la reinserción social*” asociadas, asimismo, a la “*disminución del compromiso delictivo de los condenados*”¹³, objetivos que concurren para definir los caracteres del tratamiento en forma copulativa. En efecto, el centro de las actividades asociadas a la reinserción social se enfocan “*a remover, anular o neutralizar los factores que ban influido en la conducta delictiva*...” ejecutadas con el objeto de preparar a las personas privadas de libertad “*para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan*”¹⁴, siendo concebida, por ello, como una actividad personalizada, progresiva¹⁵ y voluntaria¹⁶.

b — Modelo de desarrollo del tratamiento penitenciario

La conceptualización del *tratamiento* antes descrita lleva a la necesidad de que el modelo disponga de un conjunto de actividades

¹³ Art. 10, b), REP.

¹⁴ Art. 92, REP.

¹⁵ Arts. 93 y 107, REP.

¹⁶ Conforme dispone el art. 94 del REP, “*se propenderá a que la persona privada de libertad participe en la programación de estas actividades (...)”, pudiendo “sin embargo, rehusarse a esto último sin que ello le reporte consecuencias disciplinarias”.*

cuya ejecución es ofrecida al condenado por la administración, en donde la participación en ellas debiese ir orientada por una guía elaborada a partir de la evaluación de las necesidades concretas que cada interno presenta conforme a su perfil ("de riesgo") concreto. Dicha oferta debe, asimismo, encontrarse dispuesta a partir de una modalidad o método predefinido que dé cuenta de una orientación y objetivos precisos, cuyo resultado decante en una determinada fórmula de sistematización u organización. Debe también, por idénticas razones, desarrollarse a través de todas las etapas que comprende el régimen penitenciario, decantando, progresivamente, en aquellas que permitan la reincorporación paulatina y controlada del condenado al medio libre.

Sin embargo, nada de esto pareciera estar recogido en nuestro modelo nacional por sobre el contenido que ofrecen las declaraciones formales de carácter general. En efecto, no se explicitan definiciones respecto de las clases o tipos de actividades que formarán parte de la oferta, pues las existentes —dispuestas, en general, en forma inorgánica— no se encuentran asociadas al abordaje de ámbitos específicos de desarrollo del individuo, ni se materializan a través de dispositivos que acompañen la totalidad del régimen de encierro. El carácter de dichas actividades, el tipo de oferta a la que obedecen, su pertenencia a un programa o modelo específico de intervención, o los ámbitos que abarcan sus contenidos son cuestiones consideradas poco relevantes en la medida en que no son concebidas como parte de un modelo de intervención predefinido, con objetivos claros¹⁷. A este respecto, la normativa suele limitarse a consignar referencias genéricas, casi de carácter nominal, cuya consideración aparece estrictamente vinculada a la progresión concreta que puede experimentar la recuperación de la libertad en las instancias finales de la ejecución de la condena.

Es así que el grueso de la actividad de reinserción y tratamiento aparece asociada —en exclusiva— a la regulación de los permisos

¹⁷ A lo sumo, en determinadas instancias se valora la constatación genérica de la disposición a participar, más que el contenido de aquello que ofrecen dichas actividades para el desarrollo personal del interno.

de salida del recinto, cuyo tratamiento da forma a un conjunto de alternativas que, progresivamente, amplían las esferas en las que el condenado puede gozar de la libertad. Concebido en estos términos, pasan, con razón, a constituirse como un "beneficio" que forma parte —de modo nuclear— de las actividades de reinserción social¹⁸. De esta manera, no son asumidos como una consecuencia del proceso de tratamiento, sino más bien como instancias de prueba donde el desarrollo autónomo que presente el individuo, en relación a su perfil de riesgo, determinará la caracterización concreta y el derrotero de su puesta en libertad. Con ello, el contenido del *tratamiento* parece confiado —casi en exclusiva— a los incentivos que ofrece el término del encierro que como motor de la reinserción, que opera sobre la base de condiciones preexistentes o exógenas, y no a consecuencia de la actividad de la administración.

Esta vinculación se confirma aún más si tenemos en cuenta que la regulación también utiliza esta condicionante en la consagración de un sistema de reducción de condena basado en el comportamiento general demostrado por el condenado, en el que el acercamiento al goce de la libertad opera como resorte exclusivo de la evaluación de su desempeño cotidiano¹⁹. Se trata de un sistema que, en lo formal,

¹⁸ Art. 96 del REP: "Los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad. Dichos permisos de salida son los siguientes: a) la salida esporádica; b) la salida dominical; c) la salida de fin de semana; y d) la salida controlada al medio libre. Los permisos mencionados, ordenados según la extensión de la salida, se inspiran en el carácter progresivo del proceso de reinserción social y se concederán de modo que se conceda, permitida postular al siguiente, que impone el uso provechoso del que se concede, permitirá postular al siguiente. El cumplimiento de los requisitos formales sólo da derecho al interno a solicitar el permiso de salida correspondiente, en tanto que su concesión depende, 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 específicos de atención, de modo que pueda presumirse que respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad delictiva".

¹⁹ La ley 19.856 crea este sistema, bajo el siguiente título: "Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Observación de Buena Conduc-

apunta a premiar a los condenados que presenten un desarrollo sobresaliente con una reducción de dos meses en la extensión de su condena, beneficio que se incrementa en un mes adicional una vez superado el cumplimiento de la mitad de la condena²⁰. Opera a partir de una evaluación anual²¹ realizada por una Comisión *ad hoc* de carácter interinstitucional —incluye miembros del Poder Judicial y de la Administración²²—, que debe obrar sobre la base de criterios, más bien genéricos, asociados al cumplimiento y participación en actividades educativas, laborales, de rehabilitación y en aspectos asociados a su conducta.

La integralidad de dichos criterios parecería ofrecer una dinámica acertada, en la que se comprenden componentes del desempeño cotidiano del interno con el desarrollo progresivo del régimen²³. No

la". Dicha normativa se complementa con el respectivo Reglamento contenido en el Decreto Supremo 685/03, del Ministerio de Justicia.

²⁰ Arts. 2º y 3º, ley 19.856.

²¹ Art. 12, ley 19.856.

²² Art. 10, ley 19.856.

²³ El texto del art. 7º de la ley 19.856 es de hecho bastante pretencioso a dichos efectos. Señala que "Para calificar la disposición a que se refiere el inciso precalendado se atenderá a los siguientes factores: a) Estudio: la asistencia periódica del condenado a escuela, liceo o cursos existentes en la unidad penal, siempre que ello redunde en una objetiva superación de su nivel educacional, vía alfabetización o conclusión satisfactoria de los cursos correspondientes a enseñanza básica, media o superior, según fuere el caso; b) Trabajo: la asistencia periódica del condenado a talleres o programas de capacitación ofrecidos por la unidad penal, siempre que ello redundare en el aprendizaje de un oficio o labor provechosa. Asimismo, tratándose de condenados que dominaren un oficio, el ejercicio regular de éste al interior del recinto penal, sea con fines lucrativos o benéficos; c) Rehabilitación: la voluntad exhibida por el condenado, mediante el sometimiento a terapias clínicas, en orden a superar dependencias de drogas, alcohol u otros, en su caso; d) Conducta: espíritu participativo, sentido de responsabilidad en el comportamiento personal, tanto en la unidad penal como durante los traslados, y, en general, cualquier otro comportamiento que revele la disposición a que se refiere el inciso primero". Agrega: "Asimismo, para los efectos de la calificación de que trata esta ley, podrá atenderse al nivel de integración y apoyo familiar del condenado, si lo tuviere, y al nivel de adaptación social demostrado en uso de beneficios intrapenitenciarios".

obstante, se trata de una estructura más bien técnica, que da forma y presentación a objetivos menos ambiciosos, centrados en la perspectiva del control.

Al respecto, hay que considerar, en primer lugar, que el acceso a dicho régimen se encuentra limitado a una evaluación previa donde se consideran sólo aspectos asociados a la conducta institucional del interno²⁴. En segundo lugar, la evaluación de las actividades asociadas a *tratamiento* (además de los problemas ya apuntados referidos a su falta de sistematicidad e intencionalidad predefinida acorde a un modelo de intervención) se encuentran sujetas a disponibilidad concreta —que en términos prácticos es escasa—, lo que motiva que ese mismo componente condicione en buena medida las opciones de cada interno de participar en ellas. En síntesis, se verán beneficiados aquellos cuyo perfil de base lo permita, siendo escasos los efectos esperables de aquellos que requieren efectivamente de un trabajo de cara a su reinserción, respecto a los cuales el sistema parecería *renunciar* de antemano. En tercer lugar, es altamente relevante considerar que se incorpora una condicionante perversa en el modelo, que evidencia la ideología implícita que lo motiva, asociada al hecho de que el beneficio reseñado sólo puede reclamarse una vez terminada la condena²⁵, permaneciendo el "beneficio" (descuento) condicionado a la mantención del comportamiento sobresaliente durante la vigencia del régimen²⁶. De esta forma, lo realmente relevante para el legislador es que el interno mantenga un comportamiento básico adecuado en su desempeño cotidiano, objeto que es valorado centralmente en este régimen con total inde-

²⁴ En efecto, se reconoce el derecho de solicitar dicho beneficio sólo a los condenados que en el régimen ordinario hubiesen sido calificados con un comportamiento bueno o muy bueno (art. 12, ley 19.856) y que no estuviere excluido por razones —objetivas— asociadas a la gravedad del delito cometido, de la pena impuesta o por presentar antecedentes negativos calificados (queparamiento de conducta, delinquimiento durante la condena, etcétera), según dispone el art. 17 de la ley 19.856.

²⁵ Art. 4º, ley 19.856.

²⁶ Art. 8º, ley 19.856.

3 — Formación laboral y trabajo penitenciario

Mención especial merece la sistematización ofrecida para el tratamiento de las actividades laborales y remuneradas en general al interior de los recintos penitenciarios, lo que también se extiende a las actividades de formación y apresto asociadas al trabajo de los internos. Dichos ámbitos han recibido mayor atención y prioridad de parte de las autoridades, en atención a que se les atribuye una mayor potencialidad en la contribución que produce en materia de reinserción efectiva —en particular respecto de su permanencia—, como también por el hecho de que minimiza los efectos económicos negativos que produce el encierro para el infractor y su familia.³² Esta priorización se expresa, por ejemplo, en la mayor atención y detalle que alcanza su sistematización normativa, que decantan un cuerpo normativo integrado—dedicada a su tratamiento—en existencia de recintos especiales asociados a la ejecución de actividades laborales —Centros de Educación y Trabajo (CET)³⁴—, y en la consideración formal de beneficios *especiales* para la población que realice actividades laborales o afines a ellas. En efecto, y a pe-

³² En efecto, el inc. 2º del art. 1º del Decreto Supremo 943/10 dispone que las actividades reguladas en dicho cuerpo se orientan centralmente al objetivo de "ejercer *herramientas que fomenten la integración social del sujeto, de modo que el ejercicio de aquellas propenda a su desarrollo económico y al de su familia*". Por su parte el art. 9º dispone que la Administración debe procurar generar las condiciones para que el desarrollo del trabajo penitenciario se dirija a que los internos "*adquieran, conserven y perfeccionen sus destrezas, aptitudes y hábitos laborales, preparándolos así para el trabajo postpena, obtener un provecho económico y fortalecer sus responsabilidades personales y familiares*".

³³ Se trata del único cuerpo que de manera integral complementa la reglamentación genérica que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, *especial y de formación para el trabajo penitenciario*— un verdadero "*estatuto laboral*", publicado el 14/5/11.

³⁴ El tratamiento de estos recintos lo desarrollaremos más adelante, en la medida en que, a nivel material, constituyen una puerta de entrada al sistema de beneficios, incluyendo contenidos que, en sí mismos, anticipan la puesta en libertad.

El tratamiento penitenciario en Chile

sar de que son múltiples las instancias posibles de valorar, reforzar e incentivar de cara a la reinserción —o como evidencia o disposición de ánimo asociada a la misma— es sólo en relación al trabajo penitenciario que prevé la posibilidad de "*otorgar beneficios adicionales*" que pueden consistir en "*visitas adicionales de su familia en días y horarios especiales, permisos de salida adicionales, extensión horaria de desencierro para desarrollar actividades educativas, culturales, deportivas y recreativas, y priorización en la obtención de becas o acceso a actividades de capacitación, formación y/o educacionales*".³⁵

El principio rector que guía el tratamiento del trabajo penitenciario emana de su concepción como derecho del condenado, lo que se plasma específicamente en el reconocimiento de que el trabajador en la cárcel detenta una condición jurídica análoga a la que se dispone en el medio libre, limitada, en exclusiva, por los efectos inevitables que genera el encierro³⁶. De ahí que se afirme, de forma nítida y reiterada, que las relaciones laborales que vinculan a los internos con terceros, que operen como empleadores, se rigen por el Derecho laboral común, con excepciones mínimas asociadas fundamentalmente a la incompatibilidad que presenta el ejercicio de derechos colectivos con la administración del régimen penitenciario³⁷. La organización del trabajo penitenciario se caracteriza por ello conforme a los "*métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de higiene y seguridad*" que "*atenderán a las exigencias técnicas y a las normas establecidas en la legislación que rige el trabajo libre*"³⁸.

³⁵ Art. 14, Decreto Supremo 943/10.

³⁶ Art. 2º, Decreto Supremo 943/10. Se reconoce, incluso, la plena vigencia de la normativa asociada a seguridad y protección de los trabajadores (art. 15) como también de la normativa provisional (art. 17).

³⁷ Art. 4º, Decreto Supremo 943/10.

³⁸ Art. 21, Decreto Supremo 943/10. En dicha disposición se establece además que: "*En especial, la Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo en las siguientes condiciones: a) la jornada de trabajo no podrá ex-*

Además de ello, completa dicha caracterización el reconocimiento formal de su carácter voluntario, proscribiéndose drásticamente cualquier tipo de actividad laboral asociada a castigo o sanción³⁹. Se reconoce, así también, el que se trata de una actividad esencialmente remunerada⁴⁰, como también el derecho de todo interno a participar en ello en igualdad de condiciones⁴¹.

Si bien todas estas características aparecen configuradas bajo la perspectiva de los derechos, reciben limitaciones que llegan incluso a alterar drásticamente dicha calificación. Al respecto, debemos destacar que la voluntariedad no parece limitada a nivel formal, afectándose sólo indirectamente el contenido remuneratorio mediante restricciones —del todo razonables, a nuestro juicio— a las facultades de disposición del producto del trabajo. El principio general a este respecto apunta a la necesidad de solventar las necesidades y obligaciones básicas del interno, asociadas a las cargas de familia y las que derivan de la comisión del delito, incentivándose, por sobre ello, una política de ahorro, orientada, igualmente, a facilitar un mejor proceso de reinserción presente —como competencia o habilidad útil— y futura⁴².

ceder de la máxima legal. En el caso de los internos condenados se cuidará que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la ejecución de las otras actividades contempladas en los planes de intervención individual. b) Debe garantizarse el descanso semanal a cada uno de los trabajadores. c) Velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría laboral y clase de actividad desempeñada. d) Cuidará que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el interno del remanente de acuerdo a lo dispuesto en este Reglamento”.

³⁹ Art. 8º, Decreto Supremo 943/10.

⁴⁰ Art. 13, Decreto Supremo 943/10.

⁴¹ Art. 1º, Decreto Supremo 943/10.

como un derecho del interno se redujera por el hecho de que se reconozca su titularidad incluso a quienes se encuentran privados de libertad por aplicación de la prisión preventiva (arts. 18 y 19).

⁴² Al respecto, el art. 16 del Decreto Supremo 943/10 dispone: “El jefe de cada establecimiento penitenciario y en especial, el Asistente Social, procurarán estimular

Peor suerte tiene, sin embargo, el reconocimiento de la igualdad de acceso al trabajo penitenciario, lo que puede resultar determinante por las incidencias que éste tiene en la progresión del régimen. Si bien se formaliza el reconocimiento de dicha facultad, lo que resulta favorable, extensivo incluso a la clase o tipo de trabajo y a su coherencia respecto del plan de tratamiento individual del interno, también se formalizan una serie de limitaciones asociadas a condiciones que, fundamentalmente, apuntan a la disponibilidad o existencia de oferta presente en cada recinto⁴³ —definidos como factores “técnicos, económicos o de infraestructura”⁴⁴— afectándose el acceso por razones meramente contingentes. En este contexto, el deber de la administración de disponer de una oferta de trabajo apta para satisfacer el derecho de cada interno de participar se transforma en una obligación meramente promocional, asociada preferentemente al incentivo de iniciativas que permitan ampliar las plazas de trabajo disponibles. Con ello, el reconocimiento del acceso al trabajo no pasa de ser más que una declaración meramente formal.

Estas limitaciones también se reconocen en el sistema previsto para regular la selección de postulantes para el trabajo penitenciario. Se trata de un mecanismo que formalmente se basa en el propio interés manifestado por los internos, regido por criterios asociados a la salud, antecedentes sociales, psicológicos y que considera, evi-

lar al interno para que haga acopio de sus ahorros con el fin de atender, además de sus propias necesidades en la prisión, las de su familia y sufragar los gastos que se generan una vez puesto en libertad. El jefe o el Asistente Social de los establecimientos penitenciarios deberá informar y asesorar a los trabajadores que realicen actividades independientes, cerca del sistema previsional, seguros, ahorros y otros, a los que puedan acogerse en forma voluntaria”.

⁴³ Art. 8º, inc. 2º, Decreto Supremo 943/10.

⁴⁴ Art. 9º, Decreto Supremo 943/10. Paradójicamente, el art. 10 del mismo cuerpo normativo dispone que en cada establecimiento “deben existir condiciones o espacios físicos para el desarrollo del trabajo o de actividades de capacitación o formación laboral”.

dientemente, el perfil requerido para el trabajo de que se trate⁴⁵. No obstante, en dichos criterios también se considera la evaluación de la conducta y antecedentes criminológicos del interno, referencias que permiten conceptualizar el acceso al trabajo, en la práctica, como una especie de beneficio⁴⁶.

En cuanto a las modalidades de desarrollo de las actividades asociadas al trabajo el reglamento reconoce el ejercicio de labores independientes⁴⁷, incluyendo la prestación de servicios a personas ex-temas al establecimiento⁴⁸, la empleabilidad formal en obras y faenas administradas por privados al interior de los recintos, tareas asociadas al ornato y cocina⁴⁹ y la actividad empresarial⁵⁰. Las únicas limitaciones consagradas aparecen asociadas a la necesidad de que dichas actividades se coordinen "con los programas de tratamiento y la política penitenciaria en general ... con especial énfasis en los contenidos técnicos [que ofrece] la capacitación"⁵¹.

Por otro lado, es destacable que la regulación de las actividades formativas asociadas al trabajo se ven favorecidas por el mismo nivel de desarrollo, interés y prioridad asignada al trabajo penitenciarío en sí mismo, en la medida en que se trata de una actividad que da

⁴⁵ Este procedimiento es diverso al que se desarrolla por parte de las empresas oferentes de trabajo de cara a la contratación concreta, basado en un listado proporcional por el área técnica respectiva.

⁴⁶ Como aspecto positivo a este respecto se establece la prohibición de consistir a dichos efectos la duración de la condena o la naturaleza del delito cometido (art. 18, inciso final, Decreto Supremo 943/10).

⁴⁷ Art. 63, Decreto Supremo 943/10.

⁴⁸ Art. 55 y ss., Decreto Supremo 943/10.

⁴⁹ Art. 61 y ss., Decreto Supremo 943/10.

⁵⁰ Se prevé además, de forma excepcional, la posibilidad de participar en actividades formales de empleo en el medio libre, administradas bajo modalidades asociadas a la concesión y goce de permisos o beneficios penitenciarios. A su tratamiento nos dedicaremos, por ello, en el apartado pertinente.

⁵¹ Art. 3º, Decreto Supremo 943/10.

cuenta de los mismos objetivos⁵². A este respecto, resalta también el que los convenios que vinculen al sector privado con el desarrollo de actividades laborales al interior de los recintos penitenciarios obligan a considerar una etapa inicial de formación del interno, que lo prepare para el desarrollo de las tareas para las que es contratado⁵³. El punto bajo, al igual que en el caso anterior, apunta al carácter que asumen los deberes de la administración a este respecto, en la medida en que sólo aparecen vinculados y limitados a tareas de fomento o promoción, presentando por ello déficits importantes en materia de exigibilidad⁵⁴.

4 — Beneficios intrapenitenciarios

Según hemos ya detallado, el acceso al régimen de permisos —o beneficios, en los términos del Reglamento— constituye el referente principal que orienta el tratamiento penitenciario en nuestro sistema⁵⁵. De ahí que hubiese sido esperable que decantaran en él las diversas instancias presentes en la ejecución penitenciaria asociadas a la idea del tratamiento, que inciden en factores criminógenos. Sin embargo, nuestra administración se inclina por una consideración bastante atenuada del impacto de dichas actividades en el desarrollo progresivo del régimen. Si bien a nivel formal se declara que dicha escisión busca evitar la instrumentalización de los beneficios pa-

⁵² Conforme al art. 57 del Decreto Supremo 943/10: "La formación para el trabajo" se encuentra destinada: "a crear o preservar hábitos laborales y/o sociales en el trabajador, reforzando su identidad personal y prosocial".

⁵³ Art. 35 y ss., Decreto Supremo 943/10.

⁵⁴ Arts. 57, inc. 2º y 59, Decreto Supremo 943/10.

⁵⁵ Las denominadas *salidas esporádicas* constituyen una excepción, en cuanto sus presupuestos y objetivos aparecen más bien vinculados a hechos puntuales que justifican una breve excepción al régimen de privación de libertad, regulados en el art. 100 y ss. del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Se trata por ello de un beneficio o permiso ajeno a las perspectivas del tratamiento y de la progresión del régimen.

ra alcanzar la libertad⁵⁶, parece evidente que también se ve influida por la escasa oferta y atención existente a dicho respecto, conforme a las particularidades que hemos detallado, confiándose, en definitiva, la progresión a la caracterización que adopta el perfil individual de cada interno, cualquiera sea la causa que lleve a configurarlo en términos positivos o negativos.

En este sentido, se determina que la progresión depende en forma específica de una evaluación positiva acerca de que el individuo no continuará ejecutando actividades delictivas y cumplirá con las normas que regulan el beneficio de que se trate, la que se deberá basar, tanto en la apreciación de la participación del interno en las actividades previamente determinadas⁵⁷, como en otros tópicos adicionales cuya consideración es valorada en igual o mayor medida.

De esta forma, además del comportamiento desplegado por el interno en su desempeño cotidiano—que también expresa aspectos de mérito⁵⁸—y del acatamiento de un conjunto de requisitos objetivos formales de carácter básico, fundamentalmente plazos de cumplimiento objetivo del encierro o de otros beneficios, se debe considerar una evaluación acerca de las concretas necesidades y posibilidades de reinserción que presente el interno, analizadas acorde a las características personales y sociales que ofrezca en términos objetivos, con total independencia de las acciones que pudiese haber desplegado o de

⁵⁶ Lo confirma el hecho de que uno de los objetivos declarados de este proceso apunte a evitarla. Véase art. 97, inc. 2º del REP.

⁵⁷ Arts. 96 y 110, c), REP. Esta evaluación es, en todo caso, casi marginal en la medida en que el propio texto del Reglamento les da forma de manera genérica. En consecuencia, en el art. 110, b) y c) del REP se dispone que el interno debe tener certificación documental superior a la oferta que presenta el recinto o, en su caso, demostrar—con quere además, haber participado y con provecho a dichas instancias. Requiere además, haber participado en las actividades que ofrece el centro, definición que deja abierto el ámbito al cual ellas se encuentran referidas—mencionando por vía ejemplo, la capacitación, el trabajo, la recreación y las actividades culturales—.

⁵⁸ Conforme dispone el art. 110, d) del REP el acceso a cualquier beneficio se encuentra limitado a quienes hayan presentado muy buena conducta en los tres meses anteriores a la postulación y no tengan en los períodos anteriores infracciones consideradas graves (art. 78, REP).

sus méritos. En efecto, los objetivos de dicha evaluación apuntan a determinar el grado de adhesión que muestra el condenado en materia de autorresponsabilidad y conciencia de delito; su disposición futura respetuosa de las normas de convivencia y a las posibilidades que tiene de contar en el medio libre con medios o recursos familiares, públicos o de la red social que le brinden apoyo o asistencia⁵⁹, confiándose su evaluación en una instancia técnica de carácter psicosocial.

A todo ello debemos agregar el que la concesión de los beneficios—y su propia progresión—depende de una decisión que ha sido definida como discrecional, constituyendo un acto potestativo que puede perfectamente desvincularse de la orientación técnica res-pectiva⁶⁰. Las referencias que rigen la discrecionalidad de la decisión apuntan a considerar criterios genéricos, como los indicados en el art. 109 del Reglamento: los "*delitos que se le imputaren y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren*". Lo anterior se complementa—en forma amplia y abierta—con "*cualquier referencia relativa a la confiabilidad del beneficiario que permitan presumir que no quebrantará su condena*", que indica el mismo art. 109. Todo ello afecta, sensiblemente, la transparencia del proceso y la objetividad de la decisión, lo que, además, refuerza la falta de objetividad que pareciera regir a aquél⁶¹.

⁵⁹ Arts. 97 y 110, d), REP. Al respecto, conviene tener presente que si bien los dos primeros objetivos mencionados aparecen asociados específicamente a los objetivos u orientaciones determinantes de los planes y programas de reinserción (art. 97, inc. 2º, REP), resulta indiferente que la valoración positiva o negativa provenga del aprovechamiento de dicha oferta o de una condición alternativa, apreciándose los parámetros de referencia como un resultado objetivo, totalmente desvinculado de las razones que han influido en su configuración.

⁶⁰ Esta opera en exclusiva como un requisito habilitante de la decisión administrativa que, en definitiva, es la que resuelve la progresión (art. 98, REP).

⁶¹ Se refuerza aún más si tenemos en cuenta que la propia evaluación técnica se adopta en un contexto que la normativa regula en términos reservados (art. 98, inciso final, REP).

Ahora bien, las condicionantes asociadas al cumplimiento satisfactorio de los permisos previos concedidos pasan también a ocupar un papel central en el desarrollo de la progresión, constituyendo a su vez un indicativo respecto de los índices de socialidad del condenado de cara a la concesión de niveles superiores de beneficios.⁶² De esta forma, su evaluación no sólo determina la permanencia de su concesión y disfrute—que también depende de la mantención de las condiciones y evaluaciones que incluyeron en su otorgamiento⁶³—, sino que influye igualmente en el acceso a aquellos que acercan al individuo a la plena libertad⁶⁴. A este respecto, y al igual que en el caso anterior, no se detalla en la reglamentación el contenido ni ámbitos que deben ser abarcados por las actividades de cumplimiento de los respectivos beneficios, en confirmación del carácter subjetivo y discrecional que los caracteriza en el texto del Reglamento⁶⁵.

En lo concreto, la progresión del régimen se inicia con el acceso al *régimen de salida dominical*, extensivo a un máximo de quince horas de dicho día, para cada semana. El acceso a dicho beneficio puede tener lugar en el último año previo a que el interno cumpla con las exigencias de tiempo de privación de libertad efectiva, es decir, doce meses antes de que pueda solicitar el régimen de libertad condicional. El condenado debe satisfacer dicho régimen en forma efectiva por un periodo no inferior a los tres meses para estar en condiciones de solicitar el *permiso de salida de fin de semana*, cuya vigencia máxima se fija entre las 18 horas del día viernes hasta las 22 horas del día domingo de cada semana. Dicho régimen se puede

⁶² Arts. 96, inc. 2º y 99, REP. Considerar, asimismo, que conforme dispone el art. 81, b) del REP las faltas de los internos pueden ser sancionadas con la revocación de permisos de salida.

⁶³ Art. 99, inc. 2º, REP.

⁶⁴ Art. 99, REP.

⁶⁵ Al respecto, el art. 99, inc. 3º del REP se limita a señalar que los internos deben ser informados “*individual o colectivamente, de las obligaciones que deben cumplir tales como las limitaciones horarias, presentación personal al regreso u otras que el caso amerite*”.

complementar, desde los seis meses anteriores a la fecha en que el condenado puede acceder al régimen de libertad condicional, con un permiso de salida del establecimiento para los efectos de concurrir a establecimientos laborales (de trabajo), de capacitación laboral o educacional, a instituciones de rehabilitación social o de orientación personal. El permiso se extenderá solo a lo necesario para participar en dichas actividades—con un máximo de quince horas—las que deberán estar orientadas, en particular, a la inserción laboral del condenado⁶⁶, y deben dar cuenta documentada del aprovechamiento de dichas actividades en función a dicho objetivo⁶⁷.

Además de ello, la reglamentación establece—con carácter especial—un permiso excepcional para *finés de desempeño laboral*⁶⁸. Se trata de favorecer con la posibilidad de salir durante el día a aquellas personas que no cumplen con “*los requisitos para optar al permiso de salida controlada al medio libre y tengan derecho a postular a los demás beneficios intrapenitenciarios*” a los efectos de permitirles desarrollar “*trabajos en otros establecimientos penitenciarios, en recintos anexos a ellos o fuera de los mismos*”⁶⁹.

Pues bien, el indicativo que ofrece la participación en dichas instancias presenta una incidencia directa de cara a la resolución de la concesión de la *libertad condicional*, fase que cierra el desarrollo progresivo del régimen⁷⁰. Dicha instancia se reconoce como derecho⁷¹ respecto de todo condenado a penas privativas de libertad superiores a un año que hubiere cumplido en forma efectiva más de la

⁶⁶ Art. 105, REP.

⁶⁷ Art. 106, REP.

⁶⁸ Art. 11, Decreto Supremo 943/10.

⁶⁹ Art. 11, Decreto Supremo 943/10.

⁷⁰ Dicha institución se encuentra regulada en Chile en el Decreto Ley 321/25, y en su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo 2442/26 del Ministerio de Justicia. Un examen crítico, SERIUEVA GERRAR, ENRIQUE - SERIUEVA BAZAN, PATRICK. *83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?*, en “*Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*”, nº 13, 2008, p. 85 y siguientes.

⁷¹ Art. 1º, Decreto Ley 321/25.

mitad de su condena⁷², en la medida en que acredite conducta intachable, provecho escolar y competencia laboral⁷³, valoración que debe realizar una Comisión *ad hoc*—que funciona dos veces al año— integrada por jueces de diverso nivel con competencia penal⁷⁴. La concesión del beneficio conlleva obligaciones de carácter básico para el condenado, referidas a residencia, cumplimiento de actividades de escolaridad o laborales y certificación periódica ante instancias policiales, cuyo cumplimiento busca minimizar las opciones de recaída—incrementando la *imagen* del control⁷⁵—. Se trata de una modalidad que no considera acciones de acompañamiento, apresto o inserción, aspectos, todos ellos, confiados a la propia red social y personal con que cuenta el condenado. El cumplimiento satisfactorio de la mitad de dicho régimen, en términos que permittan calificar el desempeño del condenado como muy positivo, detona el

⁷² Debemos mencionar que respecto de un conjunto de delitos—los más importantes y los que se consideran de mayor connotación social—se consagra una exigencia de cumplimiento efectivo diversa. En efecto, conforme dispone el art. 3º del Decreto Ley 321/25: “A los condenados por los delitos de *particidal*, *homicidio calificado*, *robo con homicidio*, *violación con homicidio*, *violación de persona menor de catorce años*, *infanticidio*, *el previsor en el art. 411 quáter del Código Penal* y *elaboración o tráfico de estupefacientes*, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena”. A la inversa, en atención a una presunción de menor compromiso o relevancia social, se consagran también plazos más breves respecto de “los condenados por hurto o estafas a más de seis años” quienes “podrán obtener el mismo beneficio una vez cumplidos tres años”. Tratándose de condenas superiores a veinte años y perpetuas se establece la posibilidad de acceder a dicho régimen una vez cumplidos veinte años de privación efectiva de libertad. Por su parte, el denominado *presidio perpetuo calificado*—reservado para las hipótesis delictivas más graves previstas en la legislación—permite el acceso recién después de cumplidos cuarenta años de encierro efectivo. Finalmente, pueden postular en forma anticipada—un semestre antes—quienes hubieren mostrado comportamiento sobresaliente conforme dispone el régimen previsto en la ley 19.856.

⁷³ Art. 2º, Decreto Ley 321/25.

⁷⁴ Arts. 4º y 5º, Decreto Ley 321/25. Tratándose de condenados a *presidio perpetuo calificado* la resolución debe adoptarla la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, conforme dispone el art. 32 bis del Código Penal.

⁷⁵ Art. 6º, Decreto Ley 321/25.

término anticipado de la condena, en una modalidad que refuerza la definición adoptada por el legislador: el resultado depende—casi exclusivamente—de factores asociados a la autorresponsabilidad del condenado.

Cabe señalar, en todo caso, que determinadas funciones de apoyo al condenado en su proceso de reinserción en el medio libre deben ser realizadas por el Patronato Nacional de Reos y en los Patronatos de Reos de la República, regulados en el Decreto Supremo 542/43. En todo establecimiento penitenciario debe existir un Patronato de Reos dependiente del Patronato Nacional.

Dichas instituciones tienen por objeto, entre otras funciones, prestar protección material y moral a los condenados privados de libertad o en libertad condicional, proporcionándoles medios de trabajo, atención médica, educacional y cultural. Asimismo, deben buscar trabajo a los condenados que van a salir en libertad.

Como se advierte, se trata de instituciones cuya misión fundamental es atender al condenado en el medio libre, como asimismo a su familia, considerando que se trata de un grupo especialmente vulnerable. Para llevar a cabo sus tareas el Patronato trabaja con otros organismos del Estado, a saber, municipalidades, gobernaciones y organismos ministeriales relativos a educación y trabajo. Sin embargo, sus funciones se ven fuertemente limitadas y por ende con escasa proyección, pues estas últimas entidades no disponen de programas postpenitenciarios, y sólo destinan ciertas partidas de recursos a demandas específicas⁷⁶. Siendo así, la efectividad del trabajo realizado en esta esfera queda esencialmente entregada a la propia responsabilidad del condenado.

5 — Centros de Educación y Trabajo

Especial mención amerita el régimen establecido para los denominados Centros de Educación y Trabajo (CET), regulados en el De-

⁷⁶ Con detalle, Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile, disponible en: http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/mc_03_novena_confiar.pdf.

creto 943/10, en el art. 64 y ss. Se trata de establecimientos penitenciarios esencialmente destinados a contribuir en el proceso de reinserción social de las personas condenadas, brindando o facilitando: a) un trabajo regular y remunerado; b) capacitación o formación laboral, psicosocial y educacional. También se dispone, que aún en la consecución de dichos propósitos, se puedan conformar unidades productivas y comerciales de bienes y servicios.

Existen diversos tipos de CET:

- a) *Cerrados*: Se caracterizan por mantener un régimen de reclusión con sistemas de control y seguridad acordados con la actividad laboral y productiva que desarrollan los internos. Para tal efecto, éstos se encuentran separados del resto de la población penal.
- b) *Semiabiertos*: Aquí los internos se hallan en un establecimiento penitenciario, pero cumplen su condena en un régimen fundado en la autodisciplina y relaciones de confianza.
- c) *Abiertos*: Son secciones de tratamiento que dependen de un Centro de Reinserción Social (CRS), cuyo objetivo principal es, precisamente, la reinserción social de los condenados a una medida alternativa a la reclusión o que se encuentran afectos a beneficios de salidas controladas al medio libre, a través de actividades de capacitación y formación⁷⁷.

Cabe destacar que para la postulación a los CET se deben cumplir una serie de requisitos, enfatizándose en las necesidades de reinserción social, manifestando el interno su disposición al trabajo. En este sentido, como se trata de medidas dispuestas para preparar al interno hacia un futuro beneficio en libertad, es que sólo pueden ser enviados a los CET cerrados y semiabiertos aquellos condenados que hayan cumplido, a lo menos, dos tercios del tiempo mínimo para optar por algún beneficio intrapenitenciario⁷⁸. A tal efecto, en el

⁷⁷ Art. 67, Decreto Supremo 943/10.

⁷⁸ Art. 80, Decreto Supremo 943/10.

proceso de selección se tomará también en consideración la conducta de los postulantes y expresamente se señala que se podrá condicionar al tipo de delito cometido por el condenado.

Es importante también resaltar, que los condenados de los CET cerrados y semiabiertos pueden postular a los permisos de salida que se establece en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios⁷⁹. Asimismo, tratándose de los internos de los CET semiabiertos pueden postularse a otros permisos, tales como: a) salida esporádica especial, sin custodia y con el objeto que puedan realizar trámites personales e indelegables; b) salida trimestral, sin custodia, con el propósito de visitar, compartir con su familia e incluso permocitar. Todo ello dirigido a su futuro reintegro al medio libre, y c) permiso de estudio y capacitación, sin custodia, a fin de que el condenado pueda concurrir a establecimientos educacionales o de capacitación técnica.

El Decreto 943 de 2010 también se hace cargo de la relación que puede existir entre empresarios y el trabajo de los internos, debiendo Gendarmería fiscalizar el cumplimiento del contrato, tanto por el privado como por el recluso.

— § 4 —

VALORACION CRITICA DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO ESPECIAL ATENCION A SUS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Como se indicó en la introducción, nos parece particularmente importante exponer nuestro juicio crítico a lo que se ha dado en llamar la *ley general penitenciaria*, a saber, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, toda vez que se presentan una serie de cuestionamientos de orden constitucional, y por ende, de protección de los derechos fundamentales de los internos que no es posible dejar pasar por alto.

⁷⁹ Art. 83, Decreto Supremo 943/10.

En efecto, no deja de llamar la atención que el tratamiento penitenciario se encuentre en gran parte regulado en un Reglamento —Decreto 518/98 del Ministerio de Justicia—. Que así sea, esto es, que se encuentre en una instancia normativa inferior a la ley pone en evidencia que ha habido una escasa preocupación, sobre todo de las autoridades políticas por abordar un área tan sensible como son los derechos que le corresponden a quienes se encuentran privados de libertad.

Al respecto, debe tenerse presente que si bien nuestro Reglamento habla de los establecimientos penitenciarios, allí se contiene "algo más" que la organización y funcionamiento de éstos, ya que también se regula todo lo relativo al *Derecho de ejecución de penas*. Es por ello que resulta preocupante que todo este ámbito quede entregado a una norma de rango inferior a la ley, como es el reglamento, sobre todo si en él se contienen importantes poderes disciplinarios respecto de los internos y que son entregados a los propios administradores de los establecimientos. Y es que Chile, como veremos *infra*, no dispone de jueces de vigilancia penitenciaria o jueces de ejecución de penas, de manera que la etapa de ejecución de las penas no está, en rigor, jurisdiccionalizada.⁸⁰

No deja de ser, pues, paradójico que el mismo texto se encargue de reconocer una serie de garantías y derechos para los internos para luego violentarlos con el otorgamiento de facultades disciplinares, que tienen, por lo demás, un carácter bastante discrecional. En efecto, el propio Reglamento en el art. 87 señala que sólo interviene el juez en caso de repetición de la medida disciplinaria. En de manifiesto la escasa relevancia que se da a la labor jurisdiccional en este ámbito.

Todo lo anterior permite afirmar que estamos en un área —la ejecución de las penas privativas de libertad— oscura y que difícilmente permite afirmar que se satisfacen las mínimas exigencias garantías. Lo anterior no nos dignifica como sociedad, pues no debe ol-

⁸⁰ KINSMILLER, CAMON, *La judicialización de la ejecución penal*, en "Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso", XXVI, Semestre I, 2005, p. 113 y siguientes.

vidarse que en la etapa de ejecución de la pena es donde se puede apreciar toda la fuerza y capacidad coactiva del Estado.

Es esencial que exista una verdadera *ley general penitenciaria* que autorice una estricta sujeción de los actos administrativos penitenciarios al control jurisdiccional, pues permitiría conformar de manera más sólida el régimen de derechos y garantías de los internos. La actividad penitenciaria debe ejercitarse respetando el principio de legalidad, de manera de someter al poder público a un determinado régimen jurídico. En este sentido, debe trazarse un verdadero *estatuto jurídico del preso*, de manera que efectivamente se materialice que el interno es un sujeto de derecho y no un objeto de control, que sigue perteneciendo a la sociedad y que no ha sido excluido.

Según parece, todavía consideramos al preso como ciudadano de segunda clase, al que no sólo se le debe privar su libertad de movilidad, sino todos sus derechos⁸¹. Son numerosos los informes que nos exponen cómo la situación de los internos es extremadamente vulnerable, no sólo desde la perspectiva material, ya que el hacinamiento en que viven es francamente denigrante, sino que muchos de los abusos de que son objeto escasamente son conocidos y juzgados por las autoridades⁸². Por otro lado, no son frecuentes las investigaciones judiciales sobre la comisión de delitos al interior de las cárceles. En todo caso, que ello ocurra podría deberse a que son los propios internos los que no denuncian estos hechos porque estiman

⁸¹ Prueba de ello es la relativamente escasa atención que hasta la fecha se ha prestado al sistema penitenciario, VALENZUELA, JONATAN, *El estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile*, en "Revista de Estudios de la Justicia", nº 6, 2005, p. 191 y ss.; por lo demás se trata de un problema histórico como se aprecia en VARGAS VIDELA, EDUARDO, *Nuestro problema carcelario*, en "Revista de Ciencias Penales", t. IX, nº 2-3, 1946, ps. 135 a 138.

⁸² Al respecto, Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe anual 2011*, Santiago de Chile, 2012, p. 21 y ss., donde se señala que el nivel de hacinamiento es alto y pocas veces visto en la región; Centros Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011*, disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/>.

que tienen pocas posibilidades de ser atendidos, amén de posibles represalias si está involucrado personal de Gendarmería.

a — *Questionamientos desde la perspectiva constitucional al Reglamento Penitenciario*⁸³

Sin perjuicio de lo afirmado precedentemente, en el Reglamento Penitenciario de 1998 se ha manifestado una especial preocupación en materia de protección de los derechos del condenado. En efecto, ya su art. 2º establece que: "*Será principio rector de dicha actividad [la actividad penitenciaria] el antecedente que el interno se encuentre 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*". Empero, y a pesar de esta declaración de principios, no deja de llamar la atención que en dicho Reglamento se infringen diversos derechos constitucionales a los condenados, tanto a la luz de la legislación interna como de la internacional.

A modo de premisa, diremos que corresponde al Estado la responsabilidad y el deber de garantizarle al detenido o preso su dignidad e integridad personal, pues como lo ha señalado la Corte Interamericana en diversos casos, "*toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos*"⁸⁴.

Atendido lo anterior, una de las primeras infracciones que sobresalen es de rango formal. En este sentido, debe recordarse que los

⁸³ Algunas de las ideas expuestas en este acápite fueron desarrolladas en un trabajo inédito preparado por CLAUDIA CASTELLETTI y RAUL CARNEVALI para la Defensoría Penal Pública en 2003.

⁸⁴ Entre otros, casos "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago", 21/6/02, § 165; "Neira Alegria y otros v. Perú", 19/1/95, § 60; "Cantoral Benavides v. Perú", 18/8/00, § 87; "Balacio v. Argentina", 18/9/03, § 126.

derechos y libertades garantizados en la Constitución sólo pueden ser regulados por ley y, aún más, dicha ley no puede establecer limitaciones que afecten la esencia del derecho, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, tal como lo estatuye el n° 26 del art. 19 de la Constitución Política. Entonces, cualquier regulación que se realice a la forma, requisitos y condiciones en que se practica la privación de libertad debe establecerse por ley y, bajo ninguna circunstancia, el hecho de que una persona esté privada de libertad le impide ejercer sus demás derechos constitucionales.

Frente a estas preliminares observaciones, ya nos encontramos con que nuestro Reglamento Penitenciario *no cumple con el aspecto formal* establecido en la Constitución, toda vez que esta norma tiene un rango inferior a la ley.

Asimismo, también debe hacerse notar algunas *violaciones de carácter material* que aparecen de manifiesto en el Reglamento y que merecen tenerse a la vista, tanto por razones de Derecho interno como de Derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, y como se adelantó *supra*, en lo relativo a la potestad sancionatoria de la Administración Penitenciaria. En efecto, el art. 82 del Reglamento establece que las sanciones serán aplicadas por el jefe del Establecimiento. Nuestra primera observación es en relación entonces con la garantía establecida en el art. 19, n° 3, inc. 4º de la Constitución que garantiza a todas las personas el derecho al juez natural, esto es, a no ser juzgado por comisiones especiales. Aquello supone, entre otros requisitos, que deben ser creados por ley, presupuesto que emana del principio de legalidad. Siendo así, no podría imponerse una sanción, entendida como cualquier medida que restinga o limite un derecho, sin que aquélla haya sido declarada por un tribunal creado por ley⁸⁵. Como se puede apreciar, no es lo que acontece en

⁸⁵ En este sentido, EVANS DE LA CIARRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, t. II, ps. 142 a 148, donde expone en p. 143: "Encontramos aquí varios requisitos constitucionales para la validez de la sentencia de cualquier órgano que ejerza jurisdicción. Aclaremos, primero, que se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de 'órgano' en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o

el sistema penitenciario chileno, puesto que estamos frente a un órgano administrativo, creado mediante norma de rango infralegal. Incluso, lo que torna el panorama aún más oscuro, el citado órgano se encuentra facultado para castigar a los internos con sanciones gravísimas, las que se hallan enumeradas en el art. 81. Sin entrar en detalle, basta consignar que se lo faculta para aislarlo hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, o internarlo en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de diez días. Puede asimismo limitar las visitas y privarlo de la correspondencia con el exterior hasta por un mes.

En consecuencia, no cabe sino calificar estas actuaciones del jefe del Establecimiento como provenientes de una comisión ilegal, por cuanto sus potestades para conocer y sancionar faltas cometidas en el interior de los recintos penitenciarios provienen de una autorización meramente reglamentaria.

Tal como se adelantó, nos parece que sólo un juez señalado por ley puede imponer medidas sancionatorias a reclusos, incluso debería existir un juez especial—juez de vigilancia penitenciaria o juez de ejecución de las penas, tal como sucede en el Derecho comparado—dedicado a los asuntos que ocurran en el marco del cumplimiento de una pena. Es más, puede estimarse necesario no sólo en lo relativo a las infracciones que pueda cometer dentro de un recinto carcelario, sino también respecto de la protección de sus derechos al interior de estos recintos. En este sentido, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el art. 7º del Cód. Proc. Penal al establecer

ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas. Además, dejamos establecido que la expresión 'sentencia' no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, sino a *cualquier resolución*, ya vimos que de *cualquier autoridad*, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales o legales" (*curstia* en el original); en el mismo sentido, SILVA BASTIENAN, ALFONSO, *Tratado de derecho constitucional*, Poder Judicial, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2008, t. VIII, ps. 64 a 73. El autor señala en p. 64: "El requisito de la legalidad como base de la jurisdicción se cumple cabalmente siempre que de modo expreso la letra de un precepto de rango y jerarquía legal señale, en términos expresos y directos, cuál es el órgano llamado a desempeñar la función de carácter judicial que le encomienda". Agrega en la misma página: "Por lo dicho, la única autoridad que puede crear tribunales con carácter permanente es la ley. Ningún tipo de normas de derecho de jerarquía inferior (reglamentos, decretos, etcétera) puede dar origen a tribunales".

que el derecho de defensa se extiende hasta la total ejecución de la sentencia. Por lo demás, esa había sido la tradición castellano-indiana vigente en Chile hasta la emancipación.

En efecto, en Chile se creó un juzgado de reos rematados en el siglo XVIII, cuyo juez era un miembro togado de la Real Audiencia, que en palabras actuales equivale a un ministro de la Corte de Apelaciones, cuya competencia se extendía a "conocer privativamente de todos los asuntos tocantes a los rematados a presidio o destinados a obras públicas, competencia que le era concedida por la audiencia en todos los asuntos civiles, criminales, políticos y económicos, y por ello contaba con las más amplias facultades para proveer, por sí mismo o con consulta del Acuerdo, todo lo que pareciere conveniente a evitar que los rematados a presidios o destinados a obras públicas experimentaren perjuicio alguno"⁸⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, dentro de las infracciones contenidas en el Reglamento al art. 19, nº 3 de la Constitución, también cabe hacer mención a que en el procedimiento sancionatorio administrativo se vulneran elementos que son propios del derecho al debido proceso. Así, la citada disposición constitucional establece que, para que una resolución de autoridad se conforme a la disposición constitucional es menester que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado. Conforme a lo anterior, cualquier sentencia en que no se hayan oído las defensas y las pruebas del afectado, debe ser declarada nula⁸⁷; además, es preciso que se haya establecido por ley un procedimiento y una investigación racionales y justos, de manera que si la ley no ha establecido dicho procedimiento y con esas características, la sentencia de la autoridad es nula⁸⁸. Pues bien, de todo ello carece el procedimiento sancionatorio dispuesto en el Reglamento.

⁸⁶ Véase un estudio completo de este tribunal en BARRIENTOS GRANON, JAVIER, *El juzgado de reos rematados del reino de Chile (1781-1805)*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", Valparaíso, 2000, nº 22, ps. 117 a 190.

⁸⁷ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, p. 143.

⁸⁸ ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA, *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal* *Un diagnóstico*, en "Revista de Derecho de

Sin perjuicio de las falencias formales descriptas, también se vulneran aspectos sustantivos de la disposición constitucional, como sucede, por ejemplo, con el deber de fundamentación de las resoluciones. En efecto, de la norma constitucional citada se desprende tal exigencia, en cuanto a que la sentencia debe *motivarse* en un procedimiento legalmente tramitado. Cabe señalar que, desde antiguo, nuestra legislación positiva ha contemplado el deber de que las sentencias que emanan de órganos que ejercen jurisdicción necesariamente han de ser fundadas, tanto en los hechos como en el derecho aplicable⁸⁹. De lo expuesto, garantías como el derecho a la acción y a su conocimiento, la bilateralidad de la audiencia o el derecho a probar las aseveraciones que se han hecho, serían ilusorias si los órganos encargados de decidir no estuvieran obligados a fundamentar sus decisiones. Garantías, todas ellas, contenidas en el justo y racional procedimiento⁹⁰.

En consecuencia, si el art. 82 establece que el jefe del Establecimiento, al imponer un castigo, sólo debe dejar constancia sucinta en la resolución de los antecedentes tenidos a la vista, como de los me-

la Universidad Austral de Chile", vol. XIX, n° 2, 2006, p. 9 y ss.; CARNEVALI, RAUL - CASTILLO, IGNACIO, *El estándar de conexión de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, en "Ius et Praxis", año 17, n° 2, 2011, p. 77 y siguientes.

⁸⁹ Sobre los orígenes de la necesidad de motivación de las sentencias, BRAVO LIRA, BERNABINO, "Bello y la judicatura. La codificación procesal", en *Andrés Bello y el Derecho*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1982, ps. 119 a 160; ídem, *Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal*, en "Revista Chilena de Historia del Derecho", n° 9, 1983, ps. 191 a 210; HANISCH ESPINOLA, HUGO, *Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", n° VII, 1982, ps. 131 a 173; MERELLO AMIGGO, ITALO, *La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", n° VIII, 1983, ps. 71 a 98.

⁹⁰ CAMOCCA PEREZ, ALEX, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 341, nota 1106; BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, JOSÉ, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, ps. 560 a 562.

dios probatorios y de los argumentos que aduce para imponer una sanción tan grave como el aislamiento en celda solitaria, creemos que no se satisface la garantía constitucional citada. La resolución en cuestión carecería de la necesaria fundamentación que permitiría conocer el razonamiento usado por el juzgador, como asimismo la valoración que le atribuiría a las diversas pruebas y argumentaciones usadas por los afectados.

También se vulnera en la disposición citada *supra* otra de las principales garantías que conforman el derecho al debido proceso, a saber, el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia. En efecto, el penúltimo inciso del art. 82 del Reglamento establece que sólo en casos de infracciones graves y cuando se va a imponer una sanción es obligatorio escuchar personalmente al infractor. Resulta, entonces, que cabe imponer una sanción al recluso sin haber oído sus alegaciones, vulnerando con ello un derecho mínimo del imputado.

Amén de todo lo expuesto, nos permitiremos acotar algo más: dado que el jefe del Establecimiento es, al aplicar una sanción, juez y parte en el procedimiento, también se vulnera el derecho al juez imparcial, pues en caso de no ser escuchado impondrá una sanción con el sólo mérito del parte y de lo expuesto por otro u otros funcionarios de Gendamería, quienes, por lo demás, son dependientes del jefe del Establecimiento. Huelga señalar que todas las disposiciones citadas del Reglamento parecen del todo incompatibles con las garantías constitucionales reseñadas, en especial con la relativa al debido proceso.

En otra sede, también encontramos en el Reglamento otro tipo de infracciones en el orden procesal penal y penal, como acontece con la vulneración al principio *non bis in idem*. En este sentido, cabe afirmar que el Estado está imposibilitado de realizar una doble persecución judicial e imponer, eventualmente, dos sanciones por el mismo hecho. En efecto, si se examina la enumeración de las faltas disciplinarias graves y menos graves que contienen sus arts. 78 y 79 se aprecia que muchas de ellas ya son constitutivas de un delito. Así, por ejemplo, matar; causar lesiones; la sustracción de materiales o efectos del establecimiento y de las pertenencias de otras persona, inter-

nos o funcionarios; o la tenencia, consumo o elaboración de sustancias o drogas, estupefacientes o psicotrópicas.

Pues bien, el art. 91 del Reglamento establece que: "*La comisión de falta disciplinaria que pudiere constituir delito, será puesta en conocimiento de la autoridad competente, según la ley procesal vigente, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en este Reglamento*". En consecuencia, de acuerdo con la normativa citada el interno, si comete alguna de las faltas mencionadas en los arts. 78 y 79, puede ser sancionado, tanto por el jefe del Establecimiento penitenciario como por el juez con competencia en lo criminal correspondiente por los mismos hechos.

Según nuestro parecer, concurren, en la especie, todos los elementos que configuran una infracción al principio del *non bis in idem*, a saber: identidad de persona (*eadem persona*); identidad de objeto (*eadem res*), es decir, que la doble persecución se base en el mismo hecho, no importando la calificación jurídica que le haya dado el juzgador (infracción reglamentaria o delito); e identidad de causa de persecución (*eadem causa petendi*), o sea, la atribución de un hecho determinado que se subsume en una norma sustantiva por parte del órgano persecutor a una persona determinada⁹¹.

Esta situación puede verse agravada por el hecho de que las sanciones que puede imponer el jefe del Establecimiento son graves. Incluso, pueden ser más intensas, y por ende vulneratorias de derechos fundamentales —como tendremos ocasión de comentar—, que la posible pena que podría arribarse en el juicio penal.

A mayor abundamiento, sobre esta materia cabe recordarlo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido constante en establecer que durante una detención o privación de libertad, los Estados sólo pueden usar la fuerza "*siempre que sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona*"⁹², y

⁹¹ Cfr. por todos, GARCÍA ALIBERO, RAMÓN, "Non bis in idem": material y concurrencia de leyes penales, Barcelona, 1995, *passim*.

⁹² Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos "Canto-ral Benavides", 18/8/00, § 96, y "Loayza Tamayo", 17/9/97, § 57.

de que pesa sobre el Estado la obligación de realizar sus acciones "*dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana*"⁹³. Pues bien, si durante la privación de libertad de una persona el Estado se ve obligado a tratarla con dignidad⁹⁴, a respetar sus derechos y a usar la fuerza persecutoria siempre que no exista otra manera de dar solución al conflicto social o a mantener el orden público, nos parece que imponer sanciones administrativas conjuntamente a la sanción penal, supone una vulneración de principios básicos del Derecho internacional de los derechos humanos. Es más, al respecto puede apreciarse incoherencia entre el establecimiento de un sistema sancionatorio tan estricto con el objetivo que se persigue en todo sistema carcelario: *lograr la reforma y la readaptación social del preso*. En efecto, este principio se encuentra garantizado, tanto en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁵ y el art. 5º.2 del Pacto de San José de Costa Rica⁹⁶, como en la Observación General 21 de Naciones Uni-

⁹³ Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos "Barranca Velásquez", 25/11/00, §§ 143 y 174; "Durand Ugarte", 16/8/00, § 69; "Castillo Petrucci y otros", 30/5/99, §§ 89 y 204; "Godínez Cruz", 20/1/89, § 162, y "Velásquez Rodríguez", 29/7/88, § 154.

⁹⁴ Art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*". También deben tenerse en consideración las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, de 1955): *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos* (Res. 45/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1990): *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* (Res. 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1988).

⁹⁵ Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*".

⁹⁶ Art. 5º.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*".

das, sobre trato humano de las personas privadas de libertad⁹⁷. Asimismo, el propio Reglamento Carcelario chileno, en sus arts. 1º y 92, así lo determina⁹⁸.

Finalmente, examinemos algunas de las sanciones que puede imponer el jefe del Establecimiento carcelario —art. 81—⁹⁹. Como se ha reiterado en numerosos pasajes de este trabajo, creemos que en esta sede es donde se cometen graves y flagrantes contravenciones a los derechos de los reclusos.

En primer lugar, nos haremos cargo de la incomunicación, en el entendido que ella, aunque no se expresa como sanción en el Reglamento, sí hay sanciones que, de manera encubierta, constituyen una incomunicación. Así puede entenderse el aislamiento de hasta cua-

⁹⁷ Observación General 21. Sustituye a la Observación General 9, trato humano de las personas privadas de su libertad (art. 10): 10/4/92, que en su párr. 10 establece: "Ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso".

⁹⁸ El art. 1º señala: "La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de los 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 sustitutas de ellas".

Es necesario, también, tener presente que sobre la reinserción social existe un título especial en el Reglamento: Título V, "De las actividades y acciones para la reinserción social", cuyo art. 92 establece: "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 correspondan, a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan". Cfr. al respecto, MIRANDA JARA, RODRIGO, *Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario*, en "Gaceta Jurídica", n° 290, 2004, p. 7 y ss.; VARGAS VIVANCO, JUAN E., *Criterios orientadores de una moderna política penitenciaria*, en "Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales", n° 21, 1992, p. 111 y ss.; PINOCHET ELORZA, CISAK, *Sistema penitenciario chileno, derechos humanos y artículo 5º de la Constitución política de Chile*, en "Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales", n° 20, 1992, p. 113 y siguientes.

⁹⁹ Téngase presente lo que dispone el art. 80 del Cód. Penal, en cuanto señala que sólo podrían imponer los reglamentos como castigos disciplinarios el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.

tro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo, y la internación en celda solitaria por periodos que no podrán exceder de diez días. También se dispone la no recepción de correspondencia con el exterior, como sucede con la prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta quince días.

Al respecto, debe tenerse presente la norma constitucional del art. 19, n° 5, que prescribe que cualquier comunicación sólo puede interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas que prescribe la ley, cosa que en el supuesto que comentamos no ocurre, pues se encuentra regulado en un reglamento.

Por lo demás, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado: "... la incomunicación durante la detención (...) las restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del art. 5º.2 de la Convención Americana"¹⁰⁰. La misma Corte ha agregado: "... el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"¹⁰¹. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención¹⁰². Por todo ello, la Corte ha afirmado que: "en el Derecho internacional de los derechos humanos (...) la incomunicación debe ser excepcional y (...) su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana"¹⁰³.

¹⁰⁰ Caso "Loayza Tamayo", 17/9/97, § 58.

¹⁰¹ Casos "Fairen Garbí y Solís Corrales", 15/3/89, § 149; "Bamaca Velásquez", 20/1/89, §§ 164 y 197; "Velásquez Rodríguez", de 25/11/00, §§ 156 y 187; "Bamaca Velásquez", 25/11/00, § 150.

¹⁰² Casos "Castillo Petrucci y otros", 30/5/99, § 190; "Bamaca Velásquez", 25/11/00, § 150.

¹⁰³ Casos "Cantoral Benavides", 18/8/00, § 8; "Bamaca Velásquez", 25/11/00, § 150.

La sanción que nos parece más grave y que se halla contenida en el Reglamento es la internación en celda solitaria por periodos que no podrán exceder de diez días. Sin perjuicio de que en el Reglamento se contiene una serie de resguardos para el sancionado —art. 86—, la sanción en sí es una flagrante manera de violar los derechos humanos del interno, pues constituye, a nuestro modo de ver, una forma de tortura. En efecto, el art. 85 del Reglamento establece que en caso de que se haya aplicado esta sanción, los sancionados serán conducidos al exterior por una hora, a lo menos, para que realicen ejercicio físico.

Sobre este punto, la jurisprudencia internacional de derechos humanos ha sido tajante en establecer que condiciones de privación de libertad en tales circunstancias constituyen tratos inhumanos o degradantes: "... una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles (...). En cuanto a las condiciones de reclusión, la Corte ha dado por probado que el señor Cantoral Benavides fue mantenido durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas (...). Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo (...). Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas"¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Por todos, Sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Cantoral Benavides", 18/8/00, § 96 y siguientes.

b — Derecho a defensa del interno. Regulación normativa

A pesar de lo descripto anteriormente, y las serias deficiencias que se manifiestan a nivel de garantías fundamentales, el recluso puede formalmente contar con medios para asegurar sus derechos. En efecto, en lo que respecta a su derecho a defensa en esta etapa, puede decirse que está plenamente vigente y su ejercicio no está sujeto a limitación alguna: es decir, no existen a *nivel normativo* disposiciones que puedan restringir el resguardo de los derechos de los internos.

Al respecto, y tomando en consideración lo que dispone el art. 7º del Cód. Proc. Penal —sin perjuicio de lo regulado en el art. 102 del mismo Código—, en cuanto señala que las garantías del imputado deben hacerse valer *hasta la completa ejecución de la sentencia*, supone que las funciones que le han de corresponder a un defensor se extienden a la *etapa posterior* al procedimiento en sentido estricto; esto es, una vez que el sujeto debe cumplir con la pena.

Atendido lo anterior, todo preso tiene el derecho de contradecir las decisiones adoptadas por la Administración Penitenciaria, si éstas suponen una afectación a sus derechos. Y para ello puede contar con una defensa letrada, pudiendo requerir de la autoridad penitenciaria las razones que se tuvieron en consideración, tanto fácticas como jurídicas, para imponer la medida.

Como se ha expuesto, existen obligaciones que el Estado debe asumir en el trato de los internos, y sus eventuales incumplimientos deben ser denunciados, más aún si el propio art. 4º del Reglamento Penitenciario precisa cómo ha de desarrollarse la actividad penitenciaria. En efecto, allí se afirma que para tal propósito se deberán respetar las garantías dentro de los límites establecidos en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales vigentes ratificados por el Estado.

Conforme a lo anterior, las medidas adoptadas por Gendarmaría de Chile deben ser valoradas de conformidad a la disposición citada precedentemente. Y es que de acuerdo al art. 1º del Decreto Ley 2859 que fija la Ley Orgánica de dicha institución, es Gendarmaría de Chile, como servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, quien debe atender, vigilar y contribuir a la reinserción social a

las personas que se encuentren privadas de libertad. En este sentido, eventuales incumplimientos de sus obligaciones por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile pueden dar lugar a responsabilidades penales, particularmente los delitos de prevaricación administrativa —art. 228, Cód. Penal— y denegación de auxilio —art. 256, mismo Código—¹⁰⁵.

En este orden de ideas, la Defensoría Penal Pública —en adelante DPP—, como servicio público —art. 1º, ley 19.718—, cuya misión es proporcionar defensa hasta la completa ejecución de la sentencia, debe asumir la misión de velar por la protección de los derechos de los reclusos. Misión, por lo demás, que se ve respaldada normativamente como se verá a continuación.

Para tal efecto, la DPP ha implementado un modelo de Defensoría Penitenciaria, dirigido a la defensa de personas condenadas —se excluyen los menores de dieciocho años— que se encuentren reclusas en algún establecimiento penal que sea administrado por Gendarmería de Chile. Este servicio de defensa abarca un conjunto de actuaciones judiciales y extrajudiciales, que se extienden durante el cumplimiento de la condena privativa de libertad hasta su completa ejecución. En todo caso, no comprende todo el país, pues se trata de una experiencia piloto de reciente implementación¹⁰⁶.

Pues bien, la etapa de ejecución de la pena se comprende dentro del procedimiento penal, desde el momento en que el art. 466 del Cód. Proc. Penal autoriza al Ministerio Público, al imputado y su *defensor* a intervenir ante el competente juez de garantía —art. 14, *β*, Código Orgánico de Tribunales— a fin de hacer valer todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorga al condenado¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Así lo afirma SAUINERO RATTIS, MARIA A., *Los permisos de salida en la legislación chilena*, en "Doctrina Procesal Penal 2007", Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, n° 4, 2008, ps. 95 a 97.

¹⁰⁶ Para mayor información véase: <http://www.dpp.cl/resources/upload/3b59c-faa19sgfdd63ab459e3f5a006a16.pdf>

¹⁰⁷ ROXIN, CLAIRS, *Derecho procesal penal*, trad. por GABRIELA CORDOBA Y DANIEL PASTORI, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 502.

De lo expuesto se colige que el defensor puede impetrar *todos* los recursos jurisdiccionales y administrativos que permiten velar por los intereses del condenado o, en su caso, de quien esté sujeto a una medida de seguridad —referenciado por los arts. 2º y 9º del REP—. Refuerza lo anterior, que el art. 7º del Cód. Proc. Penal —calidad de imputado— determina la obligación de la defensa de hacer valer todos los derechos y garantías que la Constitución, el Código Procesal Penal y otras leyes reconocen al imputado desde la primera actuación del procedimiento que se dirige en su contra hasta la *completa ejecución de la sentencia*¹⁰⁸.

Por tanto, considerando, por una parte, que la afectación de los derechos de los condenados privados de libertad es sólo parcial y limitada a lo que sea estrictamente necesario para el desarrollo de la actividad penitenciaria —conforme a los arts. 2º y 4º del REP—, y por otra parte, el deber que le cabe a la DPP de velar por el respeto de los derechos y garantías de los internos, es que este último servicio público *debe* emplear todos los recursos necesarios para que tales derechos y garantías no sean conculcados. Es más, la DPP, en caso de incumplimiento, podría determinar la responsabilidad del Estado chileno al infringir su deber de garante de los derechos de los detenidos —conforme a las sentencias citadas *supra*—¹⁰⁹. Nos parece que el deber de garante no sólo comprendería la actividad penitenciaria propiamente dicha, sino también la debida asistencia jurídica para quien está *intra muros*. No debe olvidarse que el interno se halla en una especial situación de vulnerabilidad, en que existe un incremento de riesgo de que sus derechos puedan ser conculcados. De manera que, si el defensor penal público toma conocimiento de

¹⁰⁸ SAUINERO RATTIS, *Los permisos de salida en la legislación chilena*, en "Doctrina Procesal Penal 2007", n° 4, 2008, p. 91, señala que, tanto el art. 14, *β* del Código Orgánico de Tribunales como el art. 9º del Reglamento Penitenciario consagran el principio de tutela judicial de los derechos frente a la Administración del Estado. Si bien no se señalan los medios de impugnación ni el procedimiento para hacer efectiva dicha tutela, según la autora debe aplicarse lo dispuesto en el Título II del libro I del Código Procesal Penal —Actividad procesal—.

¹⁰⁹ Véase nota 85.

que la limitación de derechos del interno excede la esfera de lo que es exigible para el cumplimiento de la actividad penitenciaria y que es la propia de una sociedad democrática, y nada hace o es deficiente en su ejercicio, podría hacer incurrir al Estado de Chile en un incumplimiento de una obligación internacional.

Es indudable que la tarea que debe asumir el defensor en esta área es particularmente delicada, sobre todo si se tiene en consideración que sus reclamos y la eventual interposición de recursos tendrán principalmente como propósito impugnar decisiones adoptadas por otro servicio público, como es Gendarmería de Chile. Empero, nos parece que si el *iter* a seguir es la construcción de sistema garantístico sólido, propio de un Estado democrático de Derecho, la misión del defensor es ineludible, debiendo reclamar por las serias falencias que en esta esfera se presentan. Incluso, ante instancias internacionales.

Sistema Penitenciario
Introducción al Derecho
Penitenciario nicaragüense

- 11 -

INTRODUCCION

El sistema penitenciario latinoamericano, y no mer-
amente en su situación claramente insatisfac-
toria en relación a sus objetivos y a su organ-
ización, sino en los establecimientos penales, a
los programas penitenciarios, a los programas de re-
habilitación humana de los internos.
En el caso de Chile, el Sistema Penitenciario o-
fre serios problemas de carácter estructural y
organizativo, sin lugar a dudas, el
problema de la salud de miles de persona-
s privadas de sus derechos fundamen-
tales, por el sistema de justicia
penal.
En los sistemas penitenciarios, el
problema que genera una particular pro-
blematización que no han sido formalmen-
te resueltos, materialmente una conde-

LLOR
&
MITED