



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Carnevali R., Raúl; Maldonado F., Francisco

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN CHILE. ESPECIAL ATENCIÓN A PROBLEMAS DE
CONSTITUCIONALIDAD

Ius et Praxis, vol. 19, núm. 2, 2013, pp. 385-418

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN CHILE. ESPECIAL ATENCIÓN A PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD*

RAÚL CARNEVALI R.**
FRANCISCO MALDONADO F.***

1. INTRODUCCIÓN

Valorar el tratamiento penitenciario dispuesto en una determinada sociedad en la ejecución de condenas privativas de libertad no es una tarea sencilla. Por lo 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, 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,

* Colaboración recibida el 05 de agosto de 2013 y aprobada el 23 de agosto de 2013.

** Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Penal y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl.

*** Doctor en Derecho, Profesor Asistente de Derecho Penal y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Correo electrónico: frmaldonado@utalca.cl.

competencias, conocimientos, etc.–, 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 orientarse 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 la 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

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 28-29.

² Por todos, ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Luzón/Díaz/de Vicente), Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.; ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas Básicos de Derecho Penal* (trad. Luzón), Editorial REUS, Madrid, 1976, pp. 20 y ss.

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 parecieran 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.

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 mecanismos que permitan trabajar con los efectos beneficiosos de la

³ Con carácter general, HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 153 y ss.; en particular, MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", en *Estudios penales. Libro Homenaje al prof. José Anton Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 390 y ss. En Chile, por todos, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 76.

⁴ Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL M., Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 68-69.

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.

3. MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN CHILE Y, EN PARTICULAR, DEL (ASÍ LLAMADO) “TRATAMIENTO PENITENCIARIO”

3.1. 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

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 contenidas, principalmente, en la Ley Nº 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 Nº 1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia). Asimismo, el Código Procesal Penal dispone de mecanismos de solución de conflictos que impiden arribar a un juicio y una eventual condena. Así sucede con 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 Nº 645 de 1932 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 Nº 409 de 1932, que dispone de un procedimiento para la eliminación de antecedentes penales, y en el Decreto Supremo Nº 64, de 1960, del Ministerio de Justicia, denominado “Reglamento sobre la Eliminación de Prontuarios Penales, de Anotaciones y Otorga Certificados de Antecedentes”. Asimismo, el Patronato Nacional de Reos Decreto Supremo Nº 542 de 1943 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.

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 carga 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 parecieran 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

⁷ En concreto, el art. 32 del Código penal dispone que "*la pena de presidio sujeta 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 presidio será destinado: 1º A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen; 2º A proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención, si lo merecieren; 3º A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos proveniente del delito; 4º 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 el hecho de que dichas sanciones ocupan un sitio más elevado en las respectivas escalas penales, conforme dispone el artículo 21 del Código Penal.

⁸ Por todos, CILLERO BRUÑOL, Miguel, en HERNÁNDEZ, Héctor; COUSO, Jaime (Dir.), *Código Penal comentado: Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 486.

⁹ Por todos, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal: Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 718.

¹⁰ A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 89 del Código 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 tuvieran oficio o modo de vivir conocido y honesto*" quedarán "*sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia*".

régimen se contiene en un conjunto de instrumentos entre los que destaca el *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios*, cuyo texto vigente –reformulado por última vez a fines del año 2011– se contiene en el Decreto Supremo N° 518, del año 1998, 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 cargo 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 desde ya 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 acciones que son asumidas como parte de su *educación* como persona. No obstante, parecería 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.

¹¹ Decreto Supremo N° 518, Sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, 1998. En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=123280> [visitado el 27/06/2013]. 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 Reglamento de establecimientos penitenciarios.

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 la actividad asociada a la reinserción social se enfoca "*a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva (...)*" ejecutadas con el objeto de "*prepararlas 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.

3.2. 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 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 pre-definido, 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

¹³ Art. 10 letra b) del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

¹⁴ Art. 92 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

¹⁵ Arts. 93 y 107 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

¹⁶ Conforme dispone el artículo 94 del Reglamento de establecimientos penitenciarios "*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*".

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 consagrar 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 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 forma 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 –prácticamente en exclusiva– a los incentivos que ofrece el término del encierro, que opera en base a condiciones pre-existentes 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,

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.

¹⁸ Art. 96 del Reglamento de establecimientos penitenciarios: “*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 sólo el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones que impone el uso provechoso del que se conceda, 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 dependerá, fundamentalmente, de las necesidades de reinserción social del interno y de la evaluación que se efectúe respecto de su participación en las actividades para la reinserción social que, con su colaboración, se hayan determinado según los requerimientos específicos de atención, de modo que pueda presumirse que respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad delictiva”.

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, 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 en base a 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 pareciera ofrecer una dinámica acertada, en la que se comprenden componentes del desempeño cotidiano del interno con el desarrollo progresivo del régimen²³. No obstante, se trata de una estructura más bien teórica, 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

¹⁹ La Ley N° 19.856 crea este sistema, bajo el siguiente rótulo "*Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Observación de Buena Conducta*". Dicha normativa se complementa con el respectivo Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 685, de 2003, del Ministerio de Justicia.

²⁰ Arts. 2º y 3º de la Ley N° 19.856.

²¹ Art. 12 de la Ley N° 19.856.

²² Art. 10 de la Ley N° 19.856.

²³ El texto del artículo 7º de la Ley N° 19.856 es de hecho bastante pretensioso a dichos efectos. Señala que "*Para calificar la disposición a que se refiere el inciso precedente, 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 redundare en una objetiva superación de su nivel educacional, vía alfabetización o conclusión satisfactoria de los cursos correspondientes a enseñanza básica, media o superior, según fuere el caso; 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 a 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 revelare 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*".

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 de la Ley N° 19.856.) y que no estuviere excluido por razones –objetivas– asociadas a la gravedad del delito

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, respeto a los cuales el sistema pareciera *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 independencia de la utilidad que ello reporte para el desempeño futuro del individuo en sociedad.

Con ello, el grueso de las definiciones correspondientes al papel que juega el tratamiento penitenciario durante la ejecución efectiva del régimen de encierro no parecen relevantes, en una modalidad que lleva al extremo el papel que cabe a la voluntariedad en el desarrollo de las dinámicas asociadas a la reinserción y que, por lo mismo, relaja en demasía las obligaciones que a este respecto pesan sobre la propia administración²⁷. En este orden de ideas, pareciera que la baja disponibilidad de la oferta existente motiva un escaso reconocimiento de dichos contenidos en forma de una carga estatal, mostrándose más bien como un objetivo programático que debe mover los esfuerzos y la creatividad de quienes cumplen tareas directivas en la administración de los centros.

Sobre estas bases generales procederemos a revisar las particularidades que presentan los ámbitos asociados a esta conceptualización del tratamiento penitenciario en el modelo chileno, debiendo desde ya destacar el mayor énfasis

cometido, de la pena impuesta o por presentar antecedentes negativos calificados (quebrantamiento de condena, delinquimiento durante la condena, etc.), según dispone el art. 17 de la Ley N° 19.856.

²⁵ Art. 4º de la Ley N° 19.856.

²⁶ Art. 8º de la Ley N° 19.856.

²⁷ A este respecto debemos destacar que la participación en dichas actividades no se incluyen dentro de las obligaciones que pesan sobre los internos (art. 26 del Reglamento) salvo en lo que se refiere a la necesidad de cumplir con las reglas de orden, disciplina y de relación con los demás. Lo mismo aplica a las necesidades vinculadas a los objetivos de seguridad. Lo dicho, en todo caso, se afecta indirectamente por el hecho de que el nivel de participación es valorado de cara al acceso a los denominados beneficios intrapenitenciarios (art. 110 letra c) del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

que la normativa concede –formalmente y a nivel material– a las actividades asociadas a la formación y desarrollo laboral.

3.3. Contenidos asociados al tratamiento penitenciario

a) Régimen cotidiano

La vinculación entre el régimen de vida y el tratamiento –o reinserción– se encuentra limitada al reconocimiento que le ofrece el sistema de rebaja de penas por buena conducta. Por sobre ello, carece de un desarrollo común de carácter sistemático, evidenciando de este modo que las reglas de conducta son solo concebidas a partir de las necesidades de aseguramiento y control propias del régimen institucionalizado. De hecho, la caracterización concreta de las reglas de orden o disciplina se establece sólo en un nivel formal, delegándose sus contenidos materiales en el desarrollo que ofrezca cada establecimiento en particular. Por excepción, se mencionan algunos límites genéricos y mínimos, como el hecho de que el régimen diario debe ser armonizado con el desarrollo de las actividades de tratamiento o reinserción²⁸ y que el horario que se fije debe considerar espacios destinados a actividades espirituales y físicas, de tratamiento, formativas y culturales²⁹. En relación a los contenidos de dichas actividades, la reglamentación se limita a establecer una declaración vaga y poco vinculante para la administración, por la que se declara la necesidad de que se desarrolle actividades “recreativas, deportivas y culturales”³⁰.

b) Formación educacional

Poco más alejado se muestra el ámbito relativo a la formación educacional del interno, caracterizado a partir del reconocimiento –en exclusiva– del carácter de derecho-deber que se atribuye a la educación en la formación de las personas en el régimen constitucional. En este sentido, se dispone la necesidad de que deba existir oferta de educación básica para quienes la requieran, siendo obligatorio para la administración penitenciaria ofrecerla. La educación media, por su parte, se dispone en términos más bien genéricos y no como un derecho del condenado, regulándose como parte de los ámbitos que la administración se limita a –sólo– incentivar. En iguales términos, se regulan las demás actividades de formación, en particular, la técnica y técnico-profesional³¹.

²⁸ Art. 29 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

²⁹ Art. 27 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

³⁰ Art. 95 del Reglamento de establecimientos penitenciarios: “*La Administración Penitenciaria fomentará el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y culturales por parte de los internos*”.

³¹ Art. 59 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

c) 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 familia³². Esta priorización se expresa, por ejemplo, en la mayor atención y detalle que alcanza su sistematización normativa, que decanta en la dictación de una reglamentación específica y especial –en un cuerpo normativo integrado– dedicada a su tratamiento³³, en la existencia de recintos especiales asociados a la ejecución de actividades laborales –Centros de Educación y Trabajo, CET³⁴–, y en la consideración formal de beneficios *especiales* para la población que realice actividades laborales o afines a ellas. En efecto, y a pesar 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.

³² En efecto, el inciso segundo del art. 1º del Decreto Supremo N° 943 de diciembre de 2010 dispone que las actividades reguladas en dicho cuerpo se orientan centralmente al objetivo de “*entregar herramientas que fomenten la integración social del sujeto, de modo que el ejercicio de aquéllas 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, preparándolas así para el trabajo post pena, 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, estableciendo –tal como lo indica su denominación– un verdadero “*estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario*”, contenido en el Decreto Supremo N° 943 de diciembre de 2010, publicado el 14 de mayo de 2011.

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.

³⁵ Art. 14 del Decreto Supremo N° 943 de diciembre de 2010.

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.

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 radicalmente dicha calificación. Al respecto, debemos destacar que la voluntariedad no parece limitada a nivel formal, afectándose sólo indirectamente el contenido

³⁶ Art. 2º del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010. 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 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

³⁸ Art. 21 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010. 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 exceder 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) Deberá garantizar el descanso semanal a cada uno de los trabajadores. c) Velará porque la retribución sea conforme al rendimiento, categoría laboral y clase de actividad desempeñada. d) Cuidará que los internos contribuyan al sostentimiento 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 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁴⁰ Art. 13 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁴¹ Art. 1º del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010. La comprensión del trabajo penitenciario como un derecho del interno se refuerza por el hecho de que se reconoce su titularidad incluso a quienes se encuentran privados de libertad por aplicación de la prisión preventiva (arts. 18 y 19).

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– futura⁴².

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 valorable, 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, evidentemente, el perfil requerido para el trabajo de que se trate⁴⁵. No obstante, en dichos criterios también se considera la evaluación

⁴² Al respecto, el art. 16 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010 dispone: “El Jefe de cada establecimiento penitenciario y en especial, el Asistente Social, procurarán estimular 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 generen 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 inciso segundo del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁴⁴ Art. 9º del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010. Paradojalmente, 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”.

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 proporcionado por el área técnica respectiva.

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 externas 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 penitenciario en sí mismo, en la medida en que se trata de una actividad que da cuenta de idénticos 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.

⁴⁶ Como aspecto positivo a este respecto se establece la prohibición de considerar a dichos efectos la duración de la condena o la naturaleza del delito cometido. Art. 18 inciso final del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁴⁷ Art. 63 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁴⁸ Arts. 55 y ss. del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁴⁹ Arts. 61 y ss. del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

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 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁵² Conforme al Art. 57 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010, "*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 Arts. 35 y ss. del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

⁵⁴ Arts. 57 inciso segundo y 59 del Decreto Supremo Nº 943 de diciembre de 2010.

d) 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 para alcanzar la libertad⁵⁶, parece evidente el 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

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 los arts. 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.

⁵⁶ Lo confirma el hecho de que uno de los objetivos declarados de este proceso apunte a evitar. Ver art. 97 inciso segundo del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁵⁷ Arts. 96 y 110 letra c) del Reglamento de establecimientos penitenciarios. 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 concreto, en el artículo 110 letras b) y c) del Reglamento se dispone que el interno debe tener certificación educacional superior a la oferta que presenta el recinto o, en su caso, demostrar –con documentos o certificaciones– haber asistido 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 encuentra referidas –mencionando por vía ejemplar, la capacitación, el trabajo, la recreación y las actividades culturales–.

⁵⁸ Conforme dispone el art. 110 letra a) del Reglamento de establecimientos penitenciarios el acceso a cualquier beneficio se encuentra limitado a quienes hayan presentado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores a la postulación y no tengan en los períodos anteriores infracciones consideradas graves (art. 78 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

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 reales, con total independencia de las acciones que pudiese haber desplegado o de sus méritos. En efecto, los fines 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 herramientas o recursos familiares, públicos o de la red social que le brinden apoyo o asistencia⁵⁹⁻⁶⁰, 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 respectiva⁶¹. 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 encuentre pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataran*". 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*", como 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 aquél⁶².

Ahora bien, las condicionantes asociadas al cumplimiento satisfactorio de los permisos previos concedidos pasan también a ocupar un papel central en

⁵⁹ Arts. 97 y 110 letra d) del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁶⁰ 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 inciso segundo del Reglamento de establecimientos penitenciarios) resulta indiferente que la valoración positiva o negativa provenga del aprovechamiento de dicha oferta o de una condicionante alternativa, apreciándose los parámetros de referencia como un resultado objetivo, totalmente desvinculado de las razones que han influido en su configuración.

⁶¹ Esta opera en exclusiva como un requisito habilitante de la decisión administrativa que, en definitiva, es la que resuelve la progresión. Art. 98 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁶² 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 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

el desarrollo de la progresión, constituyendo a su vez un indicativo respecto de los índices de sociabilidad del condenado de cara a la concesión de niveles superiores de beneficios⁶³. De esta forma, su evaluación no sólo determina la permanencia de su concesión y disfrute –que también depende de la mantenimiento de las condiciones y evaluaciones que incluyeron en su otorgamiento⁶⁴–, sino que influye igualmente en el acceso a aquellos que acercan al individuo a la plena libertad⁶⁵. 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 Reglamento⁶⁶.

En lo concreto, la progresión del régimen se inicia con el acceso al *régimen de salida dominical*, extensivo a un máximo de 15 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, 12 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 complementar, desde los 6 meses anteriores a la fecha en que el condenado puede acceder al régimen de libertad condicional, con un permiso de salida del recinto 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 15 horas– las que deberán estar orientadas, en particular, a la inserción laboral del condenado⁶⁷, y deben dar cuenta documentada del aprovechamiento de tales actividades en función a dicho objetivo⁶⁸.

⁶³ Art. 96 inciso segundo y 99 del Reglamento de establecimientos penitenciarios. Considerar, asimismo, que conforme dispone el art. 81 letra h) del Reglamento de establecimientos penitenciarios las faltas de los internos pueden ser sancionadas con la revocación de permisos de salida.

⁶⁴ Art. 99 inciso segundo del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁶⁵ Art. 99 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁶⁶ Al respecto, el art. 99 inciso tercero del Reglamento de establecimientos penitenciarios 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*”.

⁶⁷ Art. 105 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁶⁸ Art. 106 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

Además de ello, la reglamentación establece –con carácter especial– un permiso excepcional para *fines de desempeño laboral*⁶⁹. 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*"⁷⁰.

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 régimen⁷¹. Dicha instancia se reconoce como derecho⁷² respecto de todo condenado a penas privativas de libertad superiores a un año que hubiere cumplido en forma efectiva más de la mitad de su condena⁷³, en la medida en que acredite conducta intachable, provecho escolar y competencia laboral⁷⁴, valoración que debe realizar una Comisión *ad-hoc* –que funciona dos veces al año– integrada por jueces de diverso nivel con competencia penal⁷⁵. La concesión del beneficio conlleva obligaciones de carácter básico para el condenado,

⁶⁹ Art. 11 del Decreto Supremo N° 943 de diciembre de 2010.

⁷⁰ Art. 11 del Decreto Supremo N° 943 de diciembre de 2010.

⁷¹ Dicha institución se encuentra regulada en Chile en el Decreto Ley N° 321, de 1925, y en su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia. Un examen crítico se puede encontrar en SEPÚLVEDA CRERAR, Eduardo; SEPÚLVEDA BAZAES, Paulina, "A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N° 13, 2008, p. 85 y ss.

⁷² Art. 1º del Decreto Ley N° 321 de 1925.

⁷³ 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 N° 321 de 1925: "*A los condenados por los delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, el previsto en el artículo 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 estafa a más de seis años*" quienes "*podrán obtener el mismo beneficio una vez cumplidos tres años*". Tratándose de condenas superiores a 20 años y perpetuas se establece la posibilidad de acceder a dicho régimen una vez cumplidos 20 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 40 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 N° 19.856.

⁷⁴ Art. 2º del Decreto Ley N° 321 de 1925.

⁷⁵ Arts. 4º y 5º del Decreto Ley N° 321 de 1925. 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.

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 control⁷⁶. 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 permitan calificar el desempeño del condenado como muy positivo, detona el fin 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 N° 542 de 1943. 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 específicas⁷⁷. Siendo así, la efectividad del trabajo realizado en esta esfera queda esencialmente entregada a la propia responsabilidad del condenado.

e) Centros de Educación y Trabajo

Especial mención amerita el régimen establecido para los denominados Centros de Educación y Trabajo (CET), regulados en el Decreto N° 943 de 2010, en los arts. 64 y ss. Se trata de establecimientos penitenciarios esencialmente

⁷⁶ Art. 6º del Decreto Ley N° 321 de 1925.

⁷⁷ Con detalle, Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile. En: http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/mc_03_volveraconfiar.pdf [visitado el 27/06/2013].

destinados a contribuir en el proceso de reinserción social de las personas condenadas, brindando o facilitando: a) un trabajo regular y remunerado, y 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*, que se caracterizan por mantener un régimen de reclusión con sistemas de control y seguridad acordes 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*, en donde los internos se hallan en un establecimiento penitenciario, pero cumplen su condena en un régimen fundado en la autodisciplina y relaciones de confianza; y, por último, c) *abiertos*, que 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 formación⁷⁸.

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 a algún beneficio intrapenitenciario⁷⁹. A tal efecto, en el 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 establecen en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios⁸⁰. Asimismo, tratándose de los internos de los CET semiabiertos pueden postular a otros permisos, tales como: a) salida esporádica especial, sin custodia y con el objeto de que puedan realizar trámites personales e indelegables; b) salida trimestral, sin custodia, con el propósito de visitar, compartir con su familia e incluso pernoctar. 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.

⁷⁸ Art. 67 del Decreto N° 943.

⁷⁹ Art. 80 del Decreto N° 943.

⁸⁰ Art. 83 del Decreto N° 943.

El mismo decreto en comento 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 parte del privado como del recluso.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO. ESPECIAL ATENCIÓN 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 pasar por alto.

En efecto, no deja de llamar la atención que el tratamiento penitenciario se encuentre en gran parte regulado en un Reglamento (Decreto N° 518 del Ministerio de Justicia de 1998). Que se encuentre regulado 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, más aún 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, jurisdiccionalizada⁸¹.

No deja de ser, pues, paradójico que el mismo texto se encargue de reconocer una serie de garantías y derechos de los internos, para luego violentarlos con el otorgamiento de facultades disciplinarias, 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, lo que pone 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 oscura y que difícilmente permite afirmar que se satisfacen las mínimas exigencias garantísticas.

⁸¹ KÜNSEMÜLLER, Carlos, “La judicialización de la ejecución penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Semestre I, 2005, pp. 113 y ss.

Lo anterior no nos dignifica como sociedad, pues no debe olvidarse que en la etapa de ejecución de la pena es donde se puede apreciar toda la fuerza y capacidad coactiva del Estado.

Es esencial, pues, 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.

Parece ser que todavía consideramos al preso como ciudadano de segunda clase, al que no sólo se le debe privar de su libertad de movilización sino de todos sus derechos⁸². Son numerosos los informes que exponen cómo la situación de los internos es extremadamente vulnerable, no sólo desde la perspectiva material (donde el hacinamiento en que viven es francamente denigrante) sino que también por los muchos abusos de que son objeto, escasamente conocidos y juzgados por las autoridades⁸³. 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 que tienen pocas posibilidades de ser atendidos, amén de posibles represalias si está involucrado personal de Gendarmería.

3.1. Cuestionamientos desde la perspectiva constitucional al Reglamento Penitenciario⁸⁴

Sin perjuicio de lo afirmado precedentemente, en el Reglamento Penitenciario de 1998 se ha manifestado una especial preocupación en materia de

⁸² 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", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 6, 2005, pp. 191 y ss.; por lo demás se trata de un problema histórico como se aprecia en VARAS V., Eduardo, "Nuestro problema carcelario", *Revista de Ciencias Penales*, T. IX, Nº 2-3, 1946, pp. 135-138.

⁸³ Al respecto, INSTITUTO NACIONAL DE DERECHO HUMANOS, *Informe Sobre Situación de los Derechos Humanos en Chile, 2011*. En: <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile> [visitado el 27/06/2013], en donde se señala que el nivel de hacinamiento es alto y pocas veces visto en la región; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Sobre Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2011*. En: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/> [visitado el 27/06/2013].

⁸⁴ Algunas de las ideas expuestas en este acápite fueron desarrolladas en un trabajo inédito preparado por Claudia Castelletti y Raúl Carnevali para la Defensoría Penal pública en 2003.

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 encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres*”. Empero, y 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 garantizar 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*”⁸⁵.

Atendido lo anterior, una de las primeras infracciones que sobresalen es de rango formal. En este sentido, debe recordarse que los 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 Nº 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 deben 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

⁸⁵ Entre otros, Casos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros contra Trinidad y Tobago, de 21 de junio de 2002, §165; Neira Alegría y otros contra Perú, de 19 de enero de 1995, § 60; y Cantoral Benavides contra Perú, de 18 de agosto de 2000, § 87; Bulacio contra Argentina, de 18 de septiembre de 2003, §126.

jefe del Establecimiento. Nuestra primera observación dice relación, entonces, con la garantía establecida en el art. 19 N° 3 inciso 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 restrinja o limite un derecho, sin que aquélla haya sido declarada por un tribunal creado por ley⁸⁶. Como se puede apreciar, no es lo que acontece en 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 10 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 debiera existir un juez especial –juez de vigilancia penitenciaria o juez de ejecución de la pena, tal como sucede en el Derecho comparado– dedicado a los asuntos que ocurrían 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

⁸⁶ En este sentido, EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 142-148, 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 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". (cursiva en el original); en el mismo sentido, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 64-73. El autor señala en p. 64: "El requisito de la legalidad como base de la jurisdicción se cumple cabalmente siempre que de modo explícito 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, etc.) puede dar origen a tribunales".

estos recintos. En este sentido, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el art. 7º del Código Procesal Penal al establecer 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 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*⁸⁷.

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 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 haya oído las defensas y las pruebas del afectado, deba ser declarada nula⁸⁸; 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 nula⁸⁹. Pues bien, de todo ello carece el procedimiento sancionatorio dispuesto en el Reglamento.

Además de las falencias formales descritas, 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

⁸⁷ Un estudio completo de este tribunal BARRIENTOS GRANDON, Javier, "El juzgado de reos rematados del reino de Chile (1781-1805)", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de Valparaíso*, Nº 22, 2000, pp. 117-190.

⁸⁸ EVANS, *Los derechos*, cit. nota n. 86, p. 143.

⁸⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, Nº 2, 2006, pp. 9 y ss.; CARNEVALI, Raúl; CASTILLO, Ignacio, "El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente", *Ius et Praxis*, año 17, Nº 2, 2011, pp. 77 y ss.

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 aplicable⁹⁰. 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 procedimiento⁹¹.

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 medios 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 permitiera 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 inciso penúltimo 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 Gendarmería, quienes por lo demás, son dependientes del jefe del Establecimiento. Huelga señalar que todas las disposiciones

⁹⁰ Sobre los orígenes de la necesidad de motivación de las sentencias, BRAVO LIRA, Bernardino, "Bello y la judicatura. La codificación procesal", en *Andrés Bello y el Derecho*, Santiago, 1982, pp. 119-160; BRAVO LIRA, Bernardino, "Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 9, 1983, pp. 191-210; HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, "Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VII, 1982, pp. 131-173; MERELLO ARECCO, Ítalo, "La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VIII, 1983, pp. 71-98.

⁹¹ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 341, nota 1106; BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1992, pp. 560-562.

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 penal y procesal penal, como acontece con la vulneración al principio *non bis in ídem*. En este sentido, cabe afirmar que el Estado está impossibilitado 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 los artículos 78 y 79 se aprecia que muchas de ellas ya son constitutivas de un delito, por ejemplo, matar; causar lesiones; la sustracción de materiales o efectos del establecimiento y de las pertenencias de otras persona, internos o funcionarios, o la tenencia, consumo o elaboración de sustancias o drogas, estupefacientes o psicotrópicas.

Pues bien, el artículo 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 artículos 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 ídem*, 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 cauta petendi*), o sea, la atribución de un hecho determinado que se subsume en una norma sustantiva por parte del órgano persecutor a una persona determinada⁹².

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

A mayor abundamiento, sobre esta materia cabe recordar lo 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*”.

⁹² Véase por todos, GARCÍA ALBERÓ, Ramón, *Non bis in idem: Material y Concurso de leyes Penales*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1995.

miento de la persona"⁹³, y 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"⁹⁴. Pues bien, si durante la privación de libertad de una persona el Estado se ve obligado a tratarla con dignidad⁹⁵, 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 Políticos⁹⁶ y el art. 5.2 del Pacto de San José de Costa Rica⁹⁷, como en la Observación General 21 de Naciones Unidas, sobre trato humano de las personas privadas de libertad⁹⁸. Asimismo, el propio Reglamento Carcelario chileno, en sus art. 1º y 92, así lo determina⁹⁹.

⁹³ Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos casos Cantoral Benavides, de 18 de agosto de 2000, § 96; y Loayza Tamayo, de 17 de septiembre de 1997, § 57.

⁹⁴ Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Bámaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000, §143 y 174; Durand Ugarte, de 16 de agosto de 2000, § 69; Castillo Petrucci y otros, de 30 de mayo de 1999, § 89 y 204; Godínez Cruz, de 20 de enero de 1989, § 162, y Velásquez Rodríguez, de 229 de julio de 1988, § 154.

⁹⁵ 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 debe 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* (Resolución Nº 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 reclusos* (Resolución Nº 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1988).

⁹⁶ Art. 10.3: "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*".

⁹⁷ Art. 5.2 del Pacto: "*Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*".

⁹⁸ Observación General 21. Sustituye a la observación general 9, trato humano de las personas privadas de su libertad (art. 10): 10/04/92, que en su párrafo 10 estatuye: "*Ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo: esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso*".

⁹⁹ 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 reincisión social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas*".

Finalmente, examinemos algunas de las sanciones que puede imponer el jefe del Establecimiento carcelario –art. 81¹⁰⁰. Como se ha reiterado en numerosos pasajes de este trabajo, creemos que en esta sede es donde se cometan graves y flagrantes contravenciones a los derechos de los reclusos.

En primer lugar, nos haremos cargo de la incomunicación, que si bien no se expresa como sanción en el Reglamento, sí hay otras que, de manera encubierta, constituyen efectivamente una incomunicación. Así puede entenderse el aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo, y la internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 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 15 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 prescriba la ley, cosa que en el supuesto en comento 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 artículo 5.2. de la Convención Americana”¹⁰¹. 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 todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”¹⁰². Esta in-

Es necesario, también, tener presente que sobre la reinserción social existe un Título especial en el Reglamento: Título Quinto: “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 corresponda, a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan”. Véase al respecto, MEDINA JARA, Rodrigo, “Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario”, *Gaceta Jurídica*, N° 290, 2004, pp. 7 y ss.; VARGAS VIVANCO, Juan Enrique, “Criterios orientadores de una moderna política penitenciaria”, *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales*, N° 21, 1992, pp. 111 y ss.; PINOCHET ELORZA, César, “Sistema penitenciario chileno, derechos humanos y artículo 5º de la Constitución política de Chile”, *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales*, N° 20, 1992, pp. 113 y ss.

¹⁰⁰ Téngase presente lo que dispone el art. 80 del Código penal, en cuanto señala que sólo podrán imponer los reglamentos como castigos disciplinarios el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.

¹⁰¹ Caso Loayza Tamayo, de 17 de septiembre de 1997, § 58.

¹⁰² Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, de 15 de marzo de 1989 § 149; Caso Godínez Cruz, de 20 de enero de 1989 § 164 y 197; Caso Velásquez Rodríguez, de 25 de noviembre de 2000 § 156 y 187; Caso Bámaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000 § 150.

comunicación 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 detención¹⁰³. 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"¹⁰⁴.

La sanción que nos parece más grave y que se halla contenida en el Reglamento es la internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 días. Sin perjuicio de que en el Reglamento se contienen 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 qué 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*"¹⁰⁵.

¹⁰³ Caso Castillo Petruzzi y otros, de 30 de mayo de 1999 § 190; Caso Bámaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000 § 150.

¹⁰⁴ Caso Cantoral Benavides, de 18 de agosto de 2000 § 8; Caso Bámaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000 § 150.

¹⁰⁵ Por todos, Sentencia de la Corte Interamericana en Caso Cantoral Benavides, de 18 de agosto de 2000, § 96 y ss.

3.2. Derecho a defensa del interno. Regulación normativa

A pesar de lo descrito 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 Código Procesal Penal –sin perjuicio de lo regulado en el art. 102 del mismo Código–, en cuanto señala que las garantías del imputado debe hacerse valer *hasta la completa ejecución de la sentencia*, se supone que las funciones que le ha 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. Para ello puede contar con una defensa letrada, siéndole posible requerir de la autoridad penitenciaria las razones, tanto fácticas como jurídicas, que se tuvieron en consideración 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 Gendarmería de Chile deben ser valoradas de conformidad a la disposición citada precedentemente. Y es que de acuerdo al art. 1º del D.L. N° 2.859 que fija la Ley Orgánica de dicha institución, es Gendarmería 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 en lo relativo a los delitos de prevaricación administrativa –art. 228 del Código penal– y denegación de auxilio –art. 256 del mismo Código–¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Así lo afirma SALINERO RATES, María Alicia, “Los permisos de salida en la legislación chilena”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2007*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 4, 2008, pp. 95-97.

En este orden de ideas, la Defensoría Penal Pública –en adelante DPP–, como servicio público –art. 1º de la Ley N° 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 que, por lo demás, se ve respaldada normativamente como se explicará 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 18 años– que se encuentren recluidas 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 implementación¹⁰⁷.

Pues bien, la etapa de ejecución de la pena se comprende dentro del procedimiento penal, desde el momento en que el art. 466 del Código Procesal Penal autoriza al Ministerio Público, al imputado y su *defensor* a intervenir ante el competente juez de garantía –art. 14 f) del Código Orgánico de Tribunales– a fin de hacer valer todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorga al condenado¹⁰⁸.

De lo expuesto se colige que el defensor puede impetrar *todos* los recursos jurisdiccionales y administrativos que permitan velar por los intereses del condenado o, en su caso, de quien esté sujeto a una Medida de Seguridad –refrendado por los arts. 2º y 9º del Reglamento Penitenciario–. Refuerza lo anterior, que el art. 7º del Código Procesal 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*¹⁰⁹.

Por tanto, considerando, por una parte, que la afectación de los derechos de los condenados privados de libertad es sólo parcial y limitado a lo que sea estrictamente necesario para el desarrollo de la actividad penitenciaria –conforme a los arts. 2º y 4º del Reglamento Penitenciario– y, por otra parte, el deber

¹⁰⁷ Para mayor información, sugerimos visitar: <http://www.dpp.cl/resources/upload/3b59cfaa198fdd63eb459e3f5a006a16.pdf>.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducido por CÓRDOBA, Gabriela; PASTOR, Daniel, 1ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 502.

¹⁰⁹ SALINERO, "Los permisos", cit. nota n. 106, p. 91, señala que, tanto el art. 14 f) 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–.

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 sentencia citadas *supra*¹¹⁰. Nos parece que dicho deber de garante no sólo comprendería la actividad penitenciaria propiamente tal, sino también la debida asistencia jurídica para quien está *intramuros*. 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 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.

¹¹⁰ Ver nota 85.