

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE CUMPLIMIENTO
EFECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO,
Y SU RELACION CON LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES
RECONOCIDOS POR ÉSTE”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES.**

ALUMNO: JESSICA RÍOS VARGAS
PROFESOR PATROCINANTE: JUAN QUINTANA OJEDA

VALDIVIA, 2007



INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO, Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR ÉSTE.

JESSICA RÍOS VARGAS

En conformidad al Reglamento para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, el profesor que suscribe informa la memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título que encabeza la tesis, no obstante su extensión, pretende englobar el núcleo de la investigación desarrollada por la tesista, esto es, el marco jurídico que regula la ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país, cuyo cumplimiento efectivamente se materializa (esto para diferenciarlas de aquellas que resultan de alguna forma suspendida por la concesión de beneficios de cumplimiento alternativo de penas) y la relación que existe entre este marco regulatorio y el conjunto de derechos fundamentales que igualmente reconoce a las personas nuestro derecho.

La introducción de la tesis nos anuncia que, dado el aumento de la demanda social por respuestas más represivas frente al delito que se ha producido en los últimos años, que implica un aumento de la cantidad de personas privadas de libertad, se hace necesario revisar las condiciones jurídicas en que esta privación de derechos se ejecuta, teniendo presente que, aunque condenado, el sancionado sigue siendo titular de derechos. La hipótesis que preside esta tesis es que nuestro país carece de un marco regulatorio adecuado para la protección de esos derechos.

El capítulo primero de la tesis está dedicado a revisar los fundamentos doctrinarios de la pena y sus principales teorías, con especial énfasis en los fines que se han propuesto para la pena. Este capítulo se encuentra adecuadamente abordado y correctamente documentado, contemplando su análisis un vistazo a las más modernas propuestas en materia de pena y ejecución penal que ha propuesto la doctrina.

El capítulo segundo aborda la regulación de la ejecución penal en el derecho comparado, tomando como objeto de estudio a Alemania, por ser un referente doctrinario obligado en materia penal, España por ser un país al que frecuentemente el nuestro está mirando para tomar ejemplos regulatorios y Argentina, por ser un ejemplo latinoamericano vecino al que observar en esta materia. La lectura de la tesis permite constatar como notas comunes en estos países la existencia de un verdadero Derecho Penitenciario configurado y al que se le asigna la importancia debida, con la asignación necesaria del control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad, ya con jueces penales que integran un Tribunal de Ejecución, como en Alemania, ya con jueces especializados y dedicados exclusivamente a ese fin, como en España o Argentina.

El capítulo tercero se dedica a la Ejecución de penas en Chile con una breve referencia a la nomenclatura penal que contempla el Código Penal y a las propuestas de modificación que ha hecho el Foro Penal. Posteriormente la tesis desarrolla adecuadamente una revisión del marco constitucional y de los tratados internacionales en lo referente o que puede referir a la ejecución de penas, tomando como base una bibliografía adecuada. Posteriormente se revisan las normas legales y particularmente las reglamentarias que dicen relación con la ejecución de penas privativas de libertad en Chile, constatando el tesista que, si bien existe un incipiente rol asignado al Juez de Garantía para este fin, la escasa regulación contemplada hace que la mayor parte de esas funciones se radiquen en el órgano administrativo Gendarmería de Chile y al Reglamento Penitenciario como marco regulatorio fundamental.



Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

La conclusión tras esta revisión es la carencia de una adecuada regulación, teniendo presente la normativa constitucional y de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, principalmente desde la perspectiva del principio de legalidad.

Finalmente el capítulo tercero aborda una aproximación cualitativa a las condiciones en que se desarrolla la privación de libertad en Chile, tomando para ello investigaciones recientes que se han realizado en nuestro país al efecto, en donde la tesista toma una posición no solo de la carencia de un adecuado marco regulatorio, sino además, de una falta de cumplimiento adecuado del existente, en perjuicio de las personas privadas de libertad.

En cuanto al manejo bibliográfico, este es adecuado, con una buena revisión de textos de la doctrina chilena, informes en materia penitenciaria que han revisado la situación de los derechos humanos de los reclusos en Chile, y bibliografía disponible en internet.

En síntesis se trata de una memoria que aborda un problema jurídico de gran trascendencia teórica y práctica, al que solo en los últimos años y de manera incipiente se le ha asignado importancia en nuestro derecho, dando una visión integral del problema.

En merito de las consideraciones expuestas el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado de doña Jessica Ríos Vargas, con nota 6,5 (seis coma cinco) y autorizar para empaste la misma.

JUAN QUINTANA OJEDA
Prof. Derecho Procesal

ÍNDICE

Introducción	3
Capítulo Primero: La pena y sus Fines	
I. La Pena y sus Fines.....	4
I.1 Teorías Absolutas de la Pena.....	5
I.2 Teorías Relativas de la Pena.....	6
I.2.1 Teorías de la Prevención General.....	6
I.2.1.1. Prevención General Negativa o Intimidatoria.....	6
I.2.1.2 Prevención General Positiva o Integradora.....	7
I.2.2 Teoría de la Prevención Especial.....	7
I.3 Teorías de la Unión.....	8
I.4 Otras Teorías.....	8
I.4.1 Justicia Restaurativa o Reparadora.....	9
I.4.2 Doctrinas Abolicionistas.....	10
Capítulo Segundo: Ejecución de Penas Privativas de Libertad en el Derecho Comparado	
II. Ejecución de Penas Privativas de Libertad en el Derecho Comparado.....	12
II.1 Ejecución de Penas privativas de libertad en Alemania.....	12
II.2 Ejecución de las Penas privativas de libertad en España.....	14
II.2.1. Funciones y atribuciones del Juez de Vigilancia establecidas por la LOGP.....	15
II.2.1.1 Funciones de primera instancia.....	15
II.2.1.2 Funciones en segunda instancia relativas al conocimiento y resolución de recursos referentes a resoluciones administrativas.....	17
II.2.2. Recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.....	18
II.3 Ejecución de las Penas privativas de libertad en Argentina.....	18
II.3.1 Funciones del Juez de Ejecución.....	19
II.3.2 Principios Rectores de la Ejecución Penal en Argentina.....	21
Capítulo Tercero: Ejecución de las Penas en Chile	
III.- Ejecución de las Penas en Chile.....	24
III.1. Sistema de penas en Chile.....	24
III. 2 Análisis del marco regulatorio a la luz de la Constitución Política de la República y Tratados Internacionales.....	25

III.3 Marco regulatorio a nivel legal y reglamentario.....	30
III.4 Ejecución de las Penas Privativas de Libertad en la práctica y su consecuencia en los derechos de los reclusos.....	38
Conclusiones.....	44
Bibliografía.....	46

INTRODUCCIÓN

Durante este último tiempo se ha producido un incremento en la percepción de inseguridad y temor en la población¹. Como consecuencia, ha aumentado la demanda social por respuestas más represivas ante la comisión de los delitos. Sin embargo, se ha dejado olvidado que uno de los fines últimos de la pena es la rehabilitación del infractor y su reinserción social, lo que explica el actual alto índice de sobrepoblación carcelaria y la precariedad en la cual se desarrolla la actividad penitenciaria en nuestro país.

Un ejemplo claro lo encontramos en nuestra ciudad, Valdivia, en la cual existe un Centro de Detención Preventiva, construido en 1973, cuyo número de internos existentes al 31 de Marzo de 2005 era de 591, siendo que su capacidad según diseño es de 278 reclusos².

Así bien, en un Estado democrático, la condición de sujeto de derecho no termina con la sentencia penal, cuestión puesta en duda al no existir una norma de rango legal que regule detalladamente el tema, lo que ha traído como consecuencia la precaria protección jurídica que poseen los reclusos al no existir un ente encargado de su protección, o bien, si existe, aparentemente no es eficaz su labor.

La presente investigación tiene como finalidad analizar la ejecución de penas privativas de libertad en nuestro país. Creemos que la problemática radica en establecer quién está a cargo de asegurar que éste cumplimiento se realice respetando los derechos y garantías fundamentales propias de todo individuo, y cual sería el procedimiento a seguir.

Para esto, se comenzará examinando brevemente la pena y sus fines, que nos permitirá definir si la aplicación de las sanciones penales tiene por objeto castigar porque se ha delinquido, o bien, se castiga para que no se incurra de nuevo en el delito. Posteriormente se hará una breve referencia al derecho comparado, para finalmente analizar la regulación existente en nuestro país y determinar de qué forma afecta dicha normativa los derechos de los condenados una vez que ingresan a un recinto carcelario para dar cumplimiento efectivo a la pena privativa de libertad impuesta en un proceso penal.

¹ Estudio “Índice de Paz Ciudadana” Noviembre 2006. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pazciudadana.cl/documentos/Indicenoviembre2006.pdf>

² Fuente GENCHI. Compendio Estadístico 2003, pp. 50-54 en STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. p. 55.

CAPITULO PRIMERO

I. La Pena y sus Fines

La aplicación de una sanción por parte de un Estado se basa en el poder punitivo que éste posee, es decir, la más profunda intervención en los derechos de los ciudadanos con el cual se puede llegar a afectar gravemente los derechos fundamentales³. Es por esto que se concibe que su actuación debe tener como característica ser subsidiaria, en cuanto al empleo de la violencia por el Estado debe restringirse a hechos no abordables de otra manera⁴, o también llamada de “última ratio (último medio), a la que debe preceder el ensayo de otros recursos estatales o sociales”⁵. A raíz de esto, dicha imposición debe ser producto de un sistema organizado y coherente de normas, en el cual se recojan todas las garantías necesarias para que la aplicación de tales sanciones se realice de una forma justa. Es así que encontramos una rama del Derecho denominada Derecho Penal –sustantivo o material- que puede definirse como el “conjunto de normas jurídicas que asocian a un hecho determinado (el delito) una determinada pena y/o medida de seguridad como su consecuencia”⁶.

Por otra parte, hallamos la ejecución de las normas penales, es decir, el proceso necesario para la aplicación concreta de dichas normas, recogido por el Derecho Procesal Penal, también denominado derecho penal adjetivo o formal, que podría entenderse como aquel “que contiene los preceptos destinados a hacer efectivas las consecuencias jurídicas del derecho penal material, es decir, a aplicarlas a los casos concretos”⁷.

Esta conexión entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, a mi entender, trae como consecuencia que la aplicación de las sanciones penales dependerá de cual sea la Política Criminal a seguir por un Estado, ya sea, si éste busca la reducción de la delincuencia por medio de la recuperación del delincuente o si, por el contrario, sólo pretende el castigo o inocuización de tales individuos.

Es por esto que para iniciar la presente investigación es necesario tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. Así, según el profesor Percy García Caveró “la función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad”⁸, ya que la concepción que se tenga de dicha función influirá en el desarrollo de todo el sistema penal comenzando con el ámbito legislativo, en la creación de la norma penal que podría determinar la legitimidad de la pena

³ Cfr. VALERA MILLAS, ANDRÉS. *Consideraciones generales de la reforma Procesal Penal y una referencia especial a la figura del Juez de Garantía y su rol en el nuevo Procedimiento Penal*. Tesis electrónicas de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2004. [citado 27 agosto 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/valera_a/html/index-frames.html

⁴ Cfr. CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I*. pp. 54 y ss.

⁵ POLITOFF, SERGIO. et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*. p. 65.

⁶ *Ibíd.* p.73.

⁷ *Ibíd.* p.74.

⁸ GARCÍA CAVERO, PERCY. “Acerca de la Función de la Pena”. *Revista Anuario de Derecho Penal* [online] [citado 27 agosto 2006]. Disponible en la World Wide Web: [http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/enero06/Acerca de la funcion de la pena.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/enero06/Acerca%20de%20la%20funcion%20de%20la%20pena.pdf)

establecida; el ámbito judicial, es decir la imposición de la pena por un tribunal de justicia, que será diferente si es entendida la función de la pena como retribucionista, preventiva general o resocializadora, y, finalmente, en la fase de la ejecución de la pena, donde será determinante en el cumplimiento íntegro de la sanción impuesta judicialmente, o bien, la existencia de beneficios penitenciarios cuyo objetivo sería la resocialización del delincuente, por ejemplo⁹.

Aunque inicialmente es difícil entregar una definición de “Pena”, ya que se entenderá de diferente forma según cual sea su fin y función¹⁰, diremos que la pena es definida como “una de las formas de reaccionar del Estado frente a la comisión de un delito, que consiste en causarle un mal a aquel que se sindicó como responsable (culpable) de un hecho típico”¹¹. A raíz de esto, se podría establecer que por naturaleza la pena es un mal, porque priva o limita derechos inherentes a la persona, y su existencia se basaría en la necesidad de ésta para mantener el orden jurídico y la paz social¹², pero se debe tener presente que toda pena debe tener una finalidad, un objetivo, que justifique, racionalmente, su aplicación por la sociedad.

Es en este punto donde no existe consenso en el derecho penal, y han surgido diferentes teorías, denominadas Teorías de la Pena, las cuales “giran en torno a dos ideas matrices, posiblemente contradictorias: la de justicia y la de utilidad”¹³.

I.1 Teorías Absolutas de la Pena

Estas teorías, las retribucionistas, conciben la pena como una manifestación de la justicia, una retribución del mal causado, teniendo su justificación en ella misma y no en algún ulterior objetivo¹⁴. Miran al pasado, “*Punitur, quia peccatum est*, esto es, se castiga porque se ha pecado”¹⁵. Quien ha cometido un delito lo retribuye con la pena.

Para Juan Bustos, Kant y Hegel “son dos de los más grandes pensadores europeos, (...) los que con mayor claridad han desarrollado la idea de la pena como retribución”¹⁶.

Este autor señala que para Hegel, el delito es la negación del derecho, y por lo tanto, la pena es la negación de la negación. Con ello, la pena estaría afirmando el derecho que fue negado con la realización del delito, es decir, tendría un papel restaurador o retributivo, y dependiendo de la intensidad del delito será la intensidad de la pena, cuyo límite estaría en la proporcionalidad del castigo justo¹⁷.

Bustos, indica que para Kant la retribución tiene un fundamento ético, a diferencia de Hegel quien daba a ésta un fundamento jurídico. Presupone al ser humano libre de voluntad, y la pena sería la retribución de la culpabilidad de aquel sujeto que hace mal uso de tal libertad,

⁹ GARCÍA CAVERO, PERCY. Op. cit.

¹⁰ Cfr. CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal...* p. 31.

¹¹ GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I.* p. 69.

¹² Cfr. GARRIDO MONTT, MARIO. Op. cit. p. 70.

¹³ GARRIDO MONTT, MARIO. Op. cit. p. 70.

¹⁴ Cfr. CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal...* p. 33.

¹⁵ POLITTOF, SERGIO. *Lecciones de Derecho...* p. 53.

¹⁶ BUSTOS JUAN & HORMAZABAL HERNÁN. *Lecciones de Derecho Penal: vol. I.* p. 45

¹⁷ Loc. cit.

por lo mismo, dicha pena debe ser proporcional al mal causado, viéndola como un imperativo de justicia que debería ejecutarse siempre y en su totalidad¹⁸.

Estas teorías presuponen, necesariamente, un hombre libre, con capacidad de elegir entre el bien o el mal, si voluntariamente infringe los mandatos normativos es responsable de dicha violación¹⁹.

Es a raíz de esto que surgen las críticas a dicha doctrina, pues se plantea que es indemostrable empíricamente que el ser humano sea totalmente libre, y no se puede tener como premisa algo que no ofrezca garantía²⁰. Además, se critica que la pena entendida como retribución no es compatible con un Estado democrático, pues si entendemos que la pena es sólo un mal, estaríamos aplicándola en forma de venganza, lo cual no estaría acorde con la dignidad de la persona.

I.2 Teorías Relativas de la Pena

Estas teorías no se ocupan del fundamento de la pena en sí, sino sólo de determinar para qué sirve ésta, cuál es su utilidad²¹, cuáles serían las consecuencias beneficiosas con su aplicación. Miran el futuro, “*punitur, ne peccetur*, es decir, se castiga, para que no se incurra de nuevo en pecado”²².

Así, encontramos aquellas destinadas a toda la comunidad, para que se abstenga de delinquir, denominada “Prevención General”. Y la que actúa sobre el delincuente mismo, buscando reformarlo o bien neutralizarlo, llamada “Prevención Especial”.

I.2.1 Teorías de la Prevención General

Aquí es posible encontrar dos variantes. La Prevención General Negativa o Intimidatoria, y la Prevención General Positiva o Integradora.

I.2.1.1. Prevención General Negativa o Intimidatoria.

En este sentido Bustos, citando a Feuerbach, entiende que la pena previene delitos porque tiene un efecto “intimidatorio o de coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos”²³, los cuales inhibirían su impulso de cometer delitos. Esto, porque la ley rige para todos los ciudadanos y amenaza con la aplicación de una pena a todo aquel que realice un hecho punible.

Es así, que la pena se impone por su utilidad, para mantener un orden social, la cual pretende evitar hechos delictivos futuros, aspecto que en ningún momento planteó la tesis retributiva.

¹⁸ Cfr. BUSTOS & HORMAZABAL. Op. cit. pp. 45 y s.

¹⁹ Cfr. BUSTOS & HORMAZABAL. Op. cit. p. 46.

²⁰ Cfr. GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal...* p. 72.

²¹ Cfr. BUSTOS & HORMAZABAL. Op. cit. p. 47.

²² POLITOFF, SERGIO. Op. cit. 53.

²³ BUSTOS & HORMAZABAL. Op. cit. p. 48

Así bien, se le critica que parta de una idea próxima a la retribución, en relación con la racionalidad libre del hombre que, en este caso, frente a una intimidación penal, apreciaría los costos y beneficios del delito y se abstendría de cometer éste²⁴. Pero la crítica más importante que se le hace a esta teoría es “referida a la utilización de la persona como un medio para la consecución de un fin”²⁵, pues la aplicación a dicho individuo de una pena condicionaría a los demás a no delinquir²⁶.

I.2.1.2 Prevención General Positiva o Integradora

Esta teoría estima que la aplicación de la pena aporta un reforzamiento de los valores éticos de la sociedad, un apego a la normativa vigente, que evita la comisión de delitos, no por miedo a represalias, sino por una confianza en el Derecho²⁷.

Dicha concepción surge como respuesta a las críticas realizadas a la prevención general negativa, ya que a diferencia de ésta, la prevención general positiva encuentra la finalidad útil del castigo en que se previenen los delitos por medio de la toma de conciencia de los individuos que integran una comunidad. Basan su posición en la capacidad motivadora de la norma, la que motivaría, no a través del miedo sino del derecho, el que contribuiría al aprendizaje social²⁸.

Pero al igual que la Prevención General Negativa, manipularía al delincuente, contrariando un Estado social-democrático de Derecho²⁹.

I.2.2 Teoría de la Prevención Especial.

Para esta concepción la prevención debe dirigirse, específicamente, al individuo que delinque y no a la comunidad en general, debe centrarse sólo en él y así “evitar que el sujeto que ha cometido un delito reincida”³⁰.

Ya no se ve al hombre como un ser libre e igual, pues el delincuente ya “está determinado al delito”³¹, él es un peligro social, del cual la sociedad debe defenderse. Lo cual se lograría, señala Politoff siguiendo a Von Liszt, mediante el sometimiento a medidas adecuadas que tiendan a corregirlo, enmendarlo, rehabilitarlo o bien inocuizarlo. Para esto, se debe distinguir entre los diferentes tipos de criminales y así fijar cuál sería el tratamiento adecuado para ellos. Pues, como establece esta posición, nos podemos encontrar con delincuentes capaces y que desean ser corregidos, otros que no quieren ser corregidos con los

²⁴ BUSTOS & HORMAZABAL. Op. cit. p. 48

²⁵ BUSTOS & HORMAZABAL. Op. Cit. p. 49.

²⁶ Loc. cit.

²⁷ Cfr. DÍAZ GARAY PAULO & BADILLA VELIZ MARÍA. *El castigo como función social compleja. Hacia una crítica a las teorías sobre los fines de la pena*. Tesis electrónicas de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2004. Disponible en la World Wide Web: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/diaz_p/html/index-frames.html

²⁸ Cfr. BUSTOS & HORMAZABAL. *Lecciones de Derecho...* p. 50.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal...* p. 75

³¹ BUSTOS & HORMAZABAL. Op. cit. p. 51.

cuales se debería aplicar la intimidación, o aquellos delincuentes incapaces de ser corregidos, a los cuales correspondería neutralizar³².

El problema que ha enfrentado esta teoría, son los escasos resultados prácticos logrados a través de las penas de socialización, resocialización, o reinserción del delincuente. A consecuencia de esto, hay algunos autores que han radicalizado más su posición, al punto de pretender la inocuización del individuo como, por ejemplo, la aplicación de castración química a violadores, o intervenciones quirúrgicas para suprimir impulsos violentos³³. Lo que sería incompatible con los derechos humanos, con la dignidad de la persona y con el Estado de Derecho³⁴.

I.3 Teorías de la Unión

A raíz de la disputa entre ambas posiciones anteriormente explicadas, surgen doctrinas que pretenden unificar dichas perspectivas, buscando aunar criterios de justicia, por un lado, con el de utilidad, por el otro.

Se podría establecer que estas teorías “tienen un carácter preferentemente político-criminal”³⁵, ya que se entiende la pena como una necesidad, así, más que retribución o prevención sería un recurso de política criminal, teniendo como objetivo final, la paz social³⁶. Por ende, no se puede establecer un fin exclusivo a la pena, pues ésta tendrá diferentes funciones dependiendo el momento en que se encuentre el Sistema Jurídico-Penal. Siguiendo en este punto a Garrido Montt, es interesante la tesis de Roxin, pues “reconoce que la pena tiene una diversidad de objetivos, pero cada uno de ellos se concreta en momentos distintos”³⁷. Al establecerla el legislador, en la ley, actúa en forma de amenaza, es decir, se prohíbe una conducta amenazándola con una pena, así estaríamos frente a una función preventiva general. En cuanto al momento de la imposición de la pena por un tribunal se estaría frente a la función retributiva, de justicia, apreciando la culpabilidad del condenado. Y, finalmente, al ejecutar la pena, lo más importante sería la prevención especial, buscando la reinserción o resocialización del delincuente³⁸.

I.4 Otras Teorías

A raíz de la incapacidad de dar una respuesta satisfactoria a los requerimientos de la colectividad y de las víctimas ante los problemas generados por el delito, han surgido nuevas doctrinas que intentan mirar el Derecho Penal desde otra perspectiva, ya sea proponiendo la necesidad de transitar desde una justicia retributiva, como sería la que actualmente existe, a

³² Cfr. POLITOFF, SERGIO. et. al. *Lecciones de Derecho...*p. 61.

³³ Cfr. POLITOFF, SERGIO. et. al. *Lecciones de Derecho...* p. 62.

³⁴ Loc. cit.

³⁵ GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I.* p.77.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ GARRIDO MONTT, MARIO. Op. cit. p. 78.

³⁸ Cfr. GARRIDO MONTT, MARIO. Op. cit. pp. 78 y s.

una justicia restaurativa o reparadora, o bien negando completamente la necesidad de existencia del derecho penal.

I.4.1 Justicia Restaurativa o Reparadora

Esta doctrina surge raíz de la insuficiencia del Derecho Penal de dar una respuesta a las exigencias planteadas por la sociedad frente a la comisión de los delitos. Todo se pretende solucionar acudiendo al Derecho Penal, sin embargo, como señala el profesor José Luí Segovia, “esta inflación del Derecho Penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte de los ciudadanos. Se incrementa desmesuradamente la función simbólica del Derecho punitivo, pero su eficacia potencial y real dista mucho de ser la que fantasean quienes acuden a este Derecho pretendiendo soluciones mágicas a problemas que deben buscar adecuada solución y acomodo, sobre todo, en otras sedes.”³⁹

Es por esto que se está frente a un derecho penal exclusivamente retribucionista, que se va olvidando de la finalidad reinsertadora de las penas privativas de libertad. Es así como surge esta doctrina denominada Justicia Restaurativa, que ha sido definida como “un proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva cómo tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro o bien como toda acción orientada principalmente a hacer justicia mediante la reparación del daño causado por el crimen.”⁴⁰

Quienes postulan esta teoría argumentan que frente a una justicia retributiva, se debe transitar en un futuro hacia una justicia restaurativa. Esto, porque su pretensión no sería otra que “rescatar a la víctima e infractor como los verdaderos actores del ilícito penal, para que a través de un descubrimiento mutuo, se restaure el conflicto generado por el delito, desterrando el dolor y el resentimiento, al mismo tiempo que el daño producido.”⁴¹

Es por esto, que la mediación penal se presenta como una alternativa al proceso penal, que actualmente sería la única vía de resolución de conflictos en este ámbito. Es así, cómo el proceso penal busca esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó en él y cuál fue su grado de responsabilidad. A diferencia de esto, la mediación persigue otra finalidad: el punto de partida de un proceso de mediación es el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de la víctima y del infractor. En cambio, en el proceso penal rara vez existe reconocimiento espontáneo del conflicto por parte del infractor; con lo que no se cumple el mínimo presupuesto necesario para poder resolverlo, pues se postula que no

³⁹ SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS. “La mediación en el Derecho Penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de lege ferenda.” *Curso Soluciones alternativas al proceso*. Centro de Estudios Jurídicos, España. Junio, 2004. [Citado 04 Octubre 2006] p. 3358-3392. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL74.pdf>

⁴⁰ SUANZES PÉREZ, FERNANDO. “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores”. *Curso Soluciones alternativas al proceso*. Centro de Estudios Jurídicos, España. Junio, 2004. [Citado 04 Octubre 2006] pp. 3314-332. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL72.pdf>

puede existir dialogo si solo existe interrogatorio. Así mismo, en este proceso penal las necesidades de las víctimas no suelen coincidir con las pretensiones procesales, a diferencia de la mediación, la cual considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la formula mas idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima y del infractor.⁴²

Con esta nueva modalidad de resolución de conflictos “se intenta evitar una pena de cárcel estigmatizante que ni satisface las necesidades de la victima de sentirse escuchada, acompañada y reparada, ni la del infractor de recuperar el papel social del que es despojado desde que entra en prisión, ni finalmente de la sociedad, que recupera para sí a ambos y pacifica eficazmente la convivencia.”⁴³ Es así, como explica el profesor Segovia que “la mediación lleva implícito un elemento de paz social, de tolerancia, de reconciliar posiciones que en muchas ocasiones para por alto el Derecho Penal.”⁴⁴

Como conclusión respecto a esta nueva doctrina, podríamos establecer, que la mediación serviría como una vía para minimizar la violencia penal, y a su vez, una forma de responsabilizar a los ciudadanos en la resolución de sus conflictos, lo que permitiría evitar una excesiva judicialización de los mismos.

I.4.2 Doctrinas Abolicionistas

Otra forma de responder a la insuficiencia del Derecho Penal de resolver adecuadamente los conflictos penales, es negando la necesidad de su existencia. Es así como surge la denominada doctrina abolicionista.

Siguiendo a Ferrajoli, el problema de la justificación de la pena, entiéndase éste como el poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es uno de los problemas más antiguos de la filosofía del derecho. Para lo cual han existido dos respuestas: una en principio positiva, denominada doctrinas justificacionistas, (aquellas doctrinas analizadas anteriormente), y otra negativa, las llamadas doctrinas abolicionistas⁴⁵.

Podemos entender como doctrinas Abolicionistas, aquellas “que no reconocen justificación alguna al derecho penal y propugnan su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que lo son.”⁴⁶

⁴¹ SUANZES PÉREZ, FERNANDO. Op. cit.

⁴² Cfr. SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUÍS. Op. cit pp.3362

⁴³ Ibíd. p.3363.

⁴⁴ Loc. cit.

⁴⁵ Cfr. FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* p.247.

⁴⁶ FERRAJOLI, LUIGI. Op. cit. p.248.

Dicho autor considera abolicionistas “sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social”⁴⁷.

El abolicionismo penal “constituye un conjunto un tanto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes ético-culturales unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación por parte del estado”⁴⁸.

Así existen doctrinas abolicionistas radicales, que no solo no justifican las penas, sino ni siquiera las prohibiciones y los juicios penales, es decir, deslegitiman incondicionalmente cualquier tipo de coerción o constricción penal o social. Mientras que otras doctrinas abolicionistas menos radicales se limitan a reivindicar la supresión de la pena como medida jurídica aflictiva y coercitiva e incluso la abolición del derecho penal, pero no la abolición de cualquier forma de control social⁴⁹.

⁴⁷ FERRAJOLI, LUIGI. Op. cit. p.248

⁴⁸ FERRAJOLI, LUIGI. Op. cit. p.249.

⁴⁹ Loc. cit.

CAPITULO SEGUNDO

II. Ejecución de Penas Privativas de Libertad en el Derecho Comparado.

Continuando con nuestro estudio, corresponde referirnos a cómo ha sido regulado en distintos ordenamientos jurídicos la ejecución de penas privativas de libertad.

II.1 Ejecución de Penas privativas de libertad en Alemania

“La situación de los reos en Alemania se caracterizaba hasta hace poco por no tener derechos”⁵⁰, sólo luego de la Segunda Guerra Mundial esta situación comenzó a modificarse, debido a la entrada en vigencia de la nueva Constitución Alemana de 1949 y la creación del Tribunal Constitucional Federal⁵¹.

Debemos hacer presente, como uno de los puntos importantes en la formación de la ley sobre la ejecución de la pena privativa (*StVollzG*), el fallo del Tribunal Constitucional Federal de marzo de 1972, a raíz de una carta que escribió un reo a un amigo fuera de la cárcel, en palabras del profesor Johannes Fest “refiriéndose en forma altamente crítica, incluso infame, sobre el alcalde. El funcionario encargado de la censura interceptó la carta, la leyó e impidió la entrega a su destinatario. El preso afectado acudió, sin éxito, a la Corte Superior Regional por violación del secreto de la correspondencia amparado en la Constitución- Pero el tribunal resolvió que el establecimiento no estaba en la obligación a aceptar semejante injuria, ni siquiera en el contexto de la correspondencia privada. El preso no se conformó con la resolución y presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Constitucional Federal anuló todas las decisiones anteriores, argumentando que un preso también es sujeto de derechos. Se permitiría una restricción de derechos exclusivamente “por ley o sobre las bases de una ley”. El legislador tendría la obligación de crear un fundamento legal para la ejecución de la pena privativa.

El Tribunal resolvió en Marzo de 1972, dándole al legislador un plazo hasta fines de la legislatura en el otoño [primavera en Chile] de 1973.”⁵²

Así fue como se cimentaron las bases para la primera ley sobre la ejecución de la pena privativa (*StVollzG*), la que fue aprobada por el Poder Legislativo en 1976 y que está en vigencia desde el 1/1/1977⁵³. Dicha ley “define claramente la misión de los establecimientos penitenciarios, que consiste no sólo en el deber de custodiar a los reos, sino también en la obligación de fomentar su resocialización, es decir, su reintegración a la sociedad”⁵⁴. Es así,

⁵⁰ FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito carcelario Alemán”. *Boletín Jurídico Ministerio de Justicia*. Santiago, Chile. Números 4-5. Noviembre 2003. p. 105.

⁵¹ *Ibíd.* p.106

⁵² FEEST, JOHANNES. “Elaboración y Contenido de la Ley Penitenciaria y su impacto en el Sistema Penitenciario Alemán”. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*. Santiago, Chile. Numero especial. Octubre 2005. p.19.

⁵³ Cfr. FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p. 107

⁵⁴ FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p. 107.

como “la ley contempla, como mecanismo central de la resocialización, la planificación individual del régimen penitenciario. Al inicio de la ejecución de la pena privativa de libertad se debe elaborar un plan, en lo posible en acuerdo con el recluso”⁵⁵.

Siguiendo a Roxin podemos establecer que “al fallo condenatorio le sigue la realización de la pena (ejecución de la pena en sentido amplio). Ella se divide en la ejecución de la pena en sentido estricto (esto es, comienzo y supervisión general de la realización de la sentencia) y la ejecución penal (cumplimiento de la sentencia en particular; en la práctica esto significa: ejecución de la pena privativa de libertad)”⁵⁶. Este autor indica que “cuando se trata de una pena privativa de libertad, la ejecución de la pena, en sentido estricto, abarca en primer lugar, el procedimiento que va desde que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada hasta el comienzo de la pena y, además, la supervisión general de su cumplimiento (que debe ser diferenciada de su cumplimiento especial)”⁵⁷.

Feest señala que en Alemania, “los presos pueden acogerse a todos los derechos humanos y civiles previstos en la Constitución. La ley nombra solamente dos excepciones debido al encarcelamiento: la restricción de libertad personal y la restricción del secreto de correspondencia”⁵⁸. Pero este autor hace hincapié en que *sólo* “el legislador puede restringir alguno de estos derechos”⁵⁹. Es por esto, que la ley penitenciaria “les asegura a los presos los siguientes derechos mínimos adicionales dentro del establecimiento:

- Estar al menos una hora al aire libre.
- Recibir visitas al menos durante dos horas al mes.
- Mandar y recibir cartas sin restricción de cantidad (sin embargo, ellas se pueden controlar y, bajo ciertas condiciones, censurar).
- Tener pertenencia sobre algunos objetos personales (siempre y cuando no pongan en peligro la seguridad y el orden en el establecimiento).
- Recibir tres encomiendas al año con alimentos y artículos de consumo.

En todos los demás asuntos queda a discreción de establecimiento permitirlo o no”⁶⁰.

Es importante tener en cuenta qué tipo de protección jurídica poseen los reos alemanes y cuáles son los recursos que tienen a su disposición. Así es, como “en 1975 se creó una jurisdicción especial para el ámbito de la ejecución penal (tribunal de ejecución penal)”⁶¹, en donde “las salas están compuestas por jueces penales (...). El tribunal competente es el correspondiente al distrito donde está ubicado el establecimiento, asegurando, así, que los jueces conozcan o puedan conocer las condiciones de la cárcel respectiva. Por un lado, al

⁵⁵ FEEST, JOHANNES. “Elaboración y Contenido de la Ley Penitenciaria...”. p.21.

⁵⁶ ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*. p. 501.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p.108.

⁵⁹ Loc. cit.

⁶⁰ FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p.108.

⁶¹ Loc. cit.

tribunal le competen las quejas de los presos, y por otro lado debe resolver en casos de petición de libertad anticipada”⁶².

Es por esto que “los presos pueden acudir a este tribunal, cuando, debido a cualquier medida u omisión cometida por parte del establecimiento, se sientan perjudicados en sus derechos. (...) Normalmente se trata de procedimientos meramente escritos: el preso envía una carta al tribunal y éste solicita un informe al establecimiento; el preso a su vez tiene la oportunidad de responder el informe”⁶³.

Cuando la parte perdedora considera que la sentencia no es favorable a su petición, puede apelar ante el Tribunal Superior Regional, pero sólo para resolver cuestiones jurídicas. Aquí existen dos posibilidades: “el Tribunal Superior Regional confirma la resolución de la instancia inferior, en cuya situación el caso ha terminado; o bien remite la causa a la instancia inferior para que ésta resuelva nuevamente”⁶⁴.

En contra de la resolución del Tribunal Superior Regional no existe recurso alguno. Ocasionalmente un caso de ejecución penal llega ante la Corte Suprema (Bundesgerichtshof), pero esto sólo sucede cuando un determinado Tribunal Regional Superior disiente de una resolución emanada de otro tribunal de igual instancia⁶⁵.

Por su parte, “los presos mismos pueden impulsar estos procedimientos judiciales, ya que en las instancias inferiores de los tribunales de ejecución penal no rige la obligación de tener un defensor. En cambio, en las instancias superiores el preso suele tener que acudir a un abogado, debido al mayor nivel de formalidad en los procedimientos. Sin embargo, se trata de una obligatoriedad relativa, pues basta con que el preso deje que las formalidades sean revisadas por un funcionario del tribunal que va periódicamente al establecimiento”⁶⁶.

II.2 Ejecución de las Penas privativas de libertad en España

En España, hasta antes de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁶⁷ la ejecución de las penas privativas de libertad estaba en manos de las autoridades administrativas, así, la intervención de la Justicia finalizaba con la sentencia condenatoria. Es por esto que se estimaba que la jurisdicción se despedía del reo en la puerta del penal y sólo volvía a intervenir para aprobar el licenciamiento definitivo del recluso y su excarcelación. Es así, como las “circunstancias reales de la ejecución de la pena eran decididas por la Administración, de quien dependía, en suma, no sólo la intensidad de la pena, determinada por el régimen, sino también su concreta duración, a través del otorgamiento de beneficios que la

⁶² FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p. 108

⁶³ FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p. 109.

⁶⁴ Loc. cit.

⁶⁵ FEEST, JOHANNES. “La protección jurídica en el ámbito...”. p. 109.

⁶⁶ Loc. cit.

⁶⁷ España, Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. En adelante LOGP.

redujeran. (...) La mencionada situación pugnaba sin duda con el mandato constitucional que atribuye al Poder judicial el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E.⁶⁸)⁶⁹.

A raíz de esta situación, en la LOGP se optó por consagrar un control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria por las siguientes razones:

La pena de prisión, se define por su contenido concreto, que puede variar bien por la aplicación de beneficios, bien por la concesión de la libertad condicional. Por lo cual la individualización de la ejecución de la pena requiere un control jurisdiccional efectivo.

Además, existe la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los reclusos respetando el principio consagrado constitucionalmente según el cual el ingreso en prisión del condenado no despoja a éste de más derechos que aquellos que se determinan expresamente en el fallo condenatorio, los que deriven del sentido de la pena, y los expresados por la ley penitenciaria⁷⁰.

También, como fundamento de este control jurisdiccional, se ha esgrimido como razón el principio de subordinación de la Administración a la legalidad y al control de la misma por los tribunales⁷¹.

Es por estos motivos que la LOGP establece la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria cuyas competencias se refieren especialmente al control de la ejecución de las penas privativas de libertad y la fiscalización de la actividad de la Administración Penitenciaria para resguardar los derechos fundamentales del interno o sus derechos y beneficios penitenciarios⁷². Además de esta doble función, también debe visitar los establecimientos penitenciarios la cual puede entenderse como necesaria para llevar a cabo las dos anteriores.

II.2.1. Funciones y atribuciones del Juez de Vigilancia establecidas por la LOGP

Las funciones que le corresponden el Juez de Vigilancia Penitenciaria quedan recogidas en el artículo 76 de la Ley Orgánica 1/1979, cuyo numeral primero establece en forma general estas funciones⁷³, mientras que el segundo numeral las establece en forma particular, las que a continuación revisaremos.

II.2.1.1 Funciones de primera instancia

1. Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan (art. 76.2.b LOGP)

⁶⁸ Artículo 117.3. Constitución Española, 27 de diciembre de 1978.

⁶⁹ Cfr. TAMARIT SUMALLA, Joseph-María. Et. al. *Curso de Derecho Penitenciario*. pp. 305-306.

⁷⁰ Artículo 25.2. Constitución Española, 27 de diciembre 1978.

⁷¹ Cfr. TAMARIT SUMALLA, Joseph-María. Op. cit. pp. 307.

⁷² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ. “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. [Citado 16 de octubre 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf>

⁷³ España, Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria. Art. 76.1 el cual establece “El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.”

Esta atribución resulta coherente con un entendimiento de la libertad condicional como forma de cumplimiento, en libertad, de la propia condena. El expediente del interno deberá elevarse al Juez de Vigilancia antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. El Código penal español establece dos regímenes excepcionales de libertad condicional, en el primero existe la posibilidad de adelantar la misma a aquellos condenados que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que “merezcán dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”,⁷⁴ mientras que en el segundo esta la posibilidad de otorgarla, con independencia del tiempo de condena extinguido, a quienes hayan cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, o cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables⁷⁵. En estos casos es necesaria la aprobación del Juez de Vigilancia, al igual que la revocación de la libertad condicional, ya sea por que se ha vuelto a delinquir o por la inobservancia de las reglas de conducta impuestas⁷⁶.

2. Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena (art. 76.2.c LOGP)

Es así como dicha facultad permite entender dichos beneficios como derechos subjetivos, y no meras concesiones de la Administración. De este modo los beneficios son materia de ejecución de penas y no régimen penitenciario, ya que su concesión afecta al cumplimiento efectivo de esta, y por lo tanto una modificación a la sentencia judicial⁷⁷.

Según el reglamento de 1996 se entienden como beneficios penitenciarios aquellos que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme, como sería el indulto particular, y aquellos que suponen la reducción del tiempo efectivo de internamiento, como el adelantamiento ordinario y cualificado de la libertad condicional⁷⁸.

3. Aprobación previa de las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días (art. 76.2.d LOGP)

“Constituye ésta una manifestación más de la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial. (...) se exige la previa aprobación aun cuando se trate de la imposición de varias sanciones en un único procedimiento o incluso de sanciones recaídas en procedimientos distintos, siempre que en ambos casos *el cumplimiento de dichas sanciones sea sucesivo y sin solución de continuidad*”⁷⁹.

4. Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado (art. 76.2.i LOGP)

⁷⁴ España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art.91.

⁷⁵ *Ibíd.* Art. 92.

⁷⁶ Cfr. TAMARIT SUMALLA, Joseph-María. Et. al. *Curso de Derecho Penitenciario*. pp. 313-314.

⁷⁷ Cfr. TAMARIT SUMALLA, JOSEPH-MARÍA. Op. cit. p. 314.

⁷⁸ España, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, Reglamento Penitenciario. Art.202.

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, JOSEPH-MARÍA. Op. cit. p. 317.

5. Conocer del pase a régimen cerrado⁸⁰ de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento (art. 76.2.j LOGP)

Así se recoge en el artículo 95.1 del Reglamento Penitenciario Español⁸¹, el cual establece que “el acuerdo del Centro Directivo por el que se destine a un interno a establecimiento de régimen cerrado, previa clasificación en primer grado de tratamiento, ha de ser notificado al Juez de Vigilancia penitenciaria en el plazo máximo de setenta y dos horas”⁸².

6. Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos (76.2.g LOGP).

II.2.1.2 Funciones en segunda instancia relativas al conocimiento y resolución de recursos referentes a resoluciones administrativas.

1. Resolver los recursos contra las sanciones disciplinarias. (art.76.2.e LOGP)

Explica Tamarit Sumalla que “contra el acuerdo sancionador de la Junta de Régimen, cabe interponer recurso de alzada ante el Juez de Vigilancia penitenciaria, tanto verbalmente en el momento de la notificación, como por escrito dentro de las 72 horas siguientes a aquélla”⁸³.

2. Resolver los recursos referentes a clasificación inicial y progresiones o regresiones de grado, en base a los estudios de los equipos de observación y tratamiento y en su caso de la Central de observación (art. 76.2.f LOGP)

Además de estas atribuciones aquí mencionadas existen otras previstas en el Código Penal Español de 1995:

a.- Vigilancia de la Ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables o semiinimputables, conforme a los artículos 101 a 104 del Código Penal.

b.- Acordar el regreso a la normalidad de los sentenciados a quienes se haya aplicado el artículo 78 del Código Penal.

c.- Acordar el abono de la prisión preventiva sufrida en otras causas por el penado.

d.- Acordar la suspensión de la pena por el trastorno mental grave sobrevenido.⁸⁴

Hay que precisar, siguiendo a Tamarit Sumalla, que no existe un procedimiento unitario para los recursos examinados, así como tampoco para la formulación de peticiones o quejas. Sin embargo, la presidencia del Tribunal Supremo ha enmendado esto mediante una instrucción de octubre de 1981 en la cual se establece que los recursos podrán ser orales, ante el propio juez, ya sea en visita penitenciaria o por personación del interno ante el Juzgado si se hallare fuera de prisión; o escrito, sin necesidad de asistencia letrada⁸⁵.

⁸⁰ El artículo 10 de la LOGP establece la existencia de establecimientos de régimen cerrado para los penados calificados de peligrosidad extrema o inadaptación al régimen ordinario y abierto

⁸¹ España, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, Reglamento Penitenciario. Art. 95.1.

⁸² TAMARIT SUMALLA, JOSEPH-MARÍA. Op. cit. p. 318

⁸³ TAMARIT SUMALLA, Joseph-María. Et. al. *Curso de Derecho Penitenciario*. p. 322

⁸⁴ Cfr. TAMARIT SUMALLA, JOSEPH-MARÍA. Op. cit pp.325 y ss.

⁸⁵ Cfr. TAMARIT SUMALLA, Joseph-María. Et. al. *Curso de Derecho Penitenciario*. p. 328

II.2.2. Recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Frente a las resoluciones de los Juzgados de vigilancia penitenciaria caben los recursos de reforma apelación y queja.

Recurso de Reforma

Puede interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia penitenciaria, se interpone ante el propio Juez que dictó la resolución que se recurre, y en el término de los tres días siguientes a la práctica de la última notificación de la resolución. No necesita la presencia de Abogado ni de Procurador⁸⁶.

Recurso de Apelación y Queja

Estos recursos se interponen frente el Tribunal sentenciador y ante la Audiencia Provisional, respectivamente.

Procede recurso de apelación y queja frente a:

- Resoluciones sobre clasificación del penado⁸⁷.
- Resoluciones sobre régimen penitenciario.
- Resoluciones en materia de ejecución de penas.

II.3 Ejecución de las Penas privativas de libertad en Argentina

El régimen de ejecución penal Argentino está regulado por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad⁸⁸, y es llevado adelante por autoridades administrativas. El Código Procesal Penal⁸⁹ coloca la fiscalización y control de la ejecución de la pena privativa de libertad en manos de jueces llamados Jueces de Ejecución, consagrado en el artículo 493 del Código Procesal Penal⁹⁰ de dicho país.

Luego del análisis del texto legal, Ley 24.660, podemos determinar cuales son las tareas encomendadas al Juez de Ejecución. Estas atribuciones pueden agruparse de la siguiente forma⁹¹:

⁸⁶ Cfr. TAMARIT SUMALLA, JOSEPH-MARÍA. Op. cit. p. 331

⁸⁷ Basado en el artículo 76.2f LOGP que dispone: “Resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.”

⁸⁸ Argentina, Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de Libertad Publicada en Boletín Oficial el 16 de Julio de 1996.

⁸⁹ Argentina, Ley 23.984 Código Procesal Penal, promulgada el 4 septiembre de 1991.

⁹⁰ Artículo 493 inciso tercero C.P.P.: “El juez de ejecución tendrá competencia para: 1) Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la Republica Argentina, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad. 2) Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba. 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por el Poder Judicial de la Nación. 4) Resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período. 5) Colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente.”

⁹¹ Esta forma de agrupar las funciones está basada en el trabajo de JOSÉ DANIEL CESANO, “Panorama Normativo del Derecho Penitenciario Argentino”, *Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità. L'altro diritto*. [Citado 30 octubre de 2006] Disponible en la World Wide Web: <http://www.altrodiritto.unifi.it/latina/cesano.htm#III>

II.3.1 Funciones del Juez de Ejecución

1.- Funciones de tutela:

En general: Salvaguardar los derechos de los internos, resolviendo todas las cuestiones que se suscitan cuando se los considere vulnerados (art. 4º, letra a)

Peticiones: Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos le formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a sus derechos fundamentales (art.67)⁹²

2.- Función decisoria en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución “en sentido estricto”

Durante el periodo de prueba, concede al interno “salidas transitorias” así como su incorporación al régimen de semilibertad. En caso de incumplimiento de las normas, el juez suspenderá o revocará el beneficio cuando la infracción fuere grave o reiterada. (art.19)

Concede y revoca la libertad condicional. (art. 28)

Concede las distintas modalidades de ejecución alternativas que prevé la nueva ley, en su sección 3ra, capítulo II, estableciendo las reglas de conducta y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento: prisión domiciliaria (art. 32 y 34), prisión discontinua y semidetención (arts. 35, 45, 49) y trabajos para la comunidad (arts. 50 y 52).

Concede, fija las reglas de conducta y revoca la libertad asistida (arts. 50 y 52)⁹³.

3.- Funciones de control

- Autorizaciones:

A la Administración penitenciaria:

Trasladar al interno a centros asistenciales médicos o psiquiátricos del medio libre, cuando la naturaleza del caso lo aconseje (arts. 147 y 186)

Realizar operaciones de cirugía mayor o cualquier otra intervención quirúrgica o médica que implique grave riesgo para la vida del interno o fueren susceptibles de disminuir permanentemente sus condiciones orgánicas o funcionales (art. 149)

Proceder a la alimentación forzosa del interno, en caso de negativa de ingerir alimentos, cuando a criterio médico exista grave riesgo para la salud (art. 151)

Al interno:

Para no presentarse en la institución en donde cumple la prisión discontinua o la semidetención, por un lapso de 24 horas cada dos meses y 48 horas cada dos meses, respectivamente (arts. 37 y 44)

- Resolución de recursos por sanciones disciplinarias que la autoridad penitenciaria les impone a los internos (art. 96)⁹⁴.

⁹² Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. “Panorama normativo del Derecho Penitenciario...”

⁹³ Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. Op. cit.

4.- Funciones de mero conocimiento:

- Conocimiento directo: le corresponde al juez de ejecución realizar, por lo menos semestralmente, visitas a los establecimientos penitenciarios, con el objeto de verificar si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajustan a las prescripciones de la ley 24.660 y de los reglamentos que en su consecuencia se dicten⁹⁵.

- Conocimiento indirecto o por referencia: La administración penitenciaria pondrá en conocimiento del juez los siguientes hechos:

El traslado interno, de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten (art. 72); la utilización de medidas de sujeción, en los casos en que el director del establecimiento así lo ordenare, cuando otros métodos de seguridad hubieran fracasado y con el único propósito de que el interno no se cause daño a sí mismo, a otro interno o al establecimiento (art. 75, letra c); los traslados del interno a establecimientos penitenciarios de carácter médico o psiquiátrico o a un centro apropiado del medio libre, cuando razones de urgencia, no hicieron posible solicitar la autorización correspondiente (art. 147); las operaciones de cirugía mayor cuando, en caso de extrema urgencia, y previo informe médico que así lo acredite, no es factible solicitar la autorización al órgano jurisdiccional (art. 149); la negativa del interno de ingerir alimentos (art.151); toda restricción a las comunicaciones de los internos (art. 161); y la enfermedad, accidente grave o fallecimiento del interno (art. 161)⁹⁶.

Mediante estas funciones encomendadas al Juez de ejecución, el estado Argentino establece con claridad la importancia de la continuación y actuación del Poder Judicial una vez dictada la sentencia condenatoria. Guillamondegui⁹⁷ estima que “a través de la previsión de órganos jurisdiccionales especializados y de la regulación sustantiva (Ley 24.660) y adjetiva (ordenamientos y reglamentaciones provinciales) de la ejecución penal se procura que la ejecución de la pena se desenvuelva dentro del marco que establece la Ley (...) y una mejor garantía al derecho del penado de recibir un tratamiento humano durante la privación de la libertad (...) respetuoso de la dignidad inherente al ser humano (...); y por la misma razón que no deben legislarse penas crueles, inhumanas o degradantes⁹⁸.

Es por esto, que se ratifica la necesidad de garantizar el control jurisdiccional en la etapa de ejecución penal, lo que se ve reflejado en la creación del Juez de Ejecución Penal en este país.

Guillamondegui define al Juez de Ejecución Penal como “un órgano personal judicial especializado, con funciones de vigilancia, decisorias, y consultivas, encargado de la ejecución de las penas y medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y del control de la

⁹⁴ Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. “Panorama normativo del Derecho Penitenciario...”

⁹⁵ Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. Op. cit.

⁹⁶ Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. Op. cit.

⁹⁷ GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho”. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina. [Citado 20 de noviembre de 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.php>

actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse por parte de la Administración penitenciaria”⁹⁹. Así es, que se puede establecer que es éste órgano del poder judicial el encargado de “garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales ratificados por la Republica de Argentina en relación a la ejecución de la pena privativa de libertad, debiendo resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado, motivo por el cual representa el instrumento necesario para garantizar un trato humanitario al privado de libertad y procurar su resocialización”¹⁰⁰.

II.3.2 Principios Rectores de la Ejecución Penal en Argentina

Guillamondegui se refiere a los Principios Rectores de la Ejecución Penal¹⁰¹, los cuales sirven de base y orientan la actividad del Estado Argentino en la regulación y ejecución de la sanción penal impuesta por un órgano jurisdiccional, además de servir como guía de interpretación y aplicación de la ley penal en cuestiones penitenciarias¹⁰². Según lo expresado por Guillamondegui, existen cuatro Principios o Normas Rectoras de la Ejecución Penal, basándose en el Capítulo I de la Ley 24.660¹⁰³, los cuales serían:

- **Principio de Legalidad Ejecutiva:** es “el principal límite impuesto contra el ejercicio de la potestad punitiva estatal e incluye una serie de garantías a sus habitantes que imposibilitan –en líneas generales- que el Estado intervenga mas allá de lo que la ley permite”¹⁰⁴. Dicho principio resulta extensivo a la ejecución penal o penitenciaria, lo que significa que toda pena o medida de seguridad debe ejecutarse en la forma prescrita por la ley, dicha ley debe regular de antemano las características cualitativas de la pena y de que manera se va a desarrollar su ejecución¹⁰⁵.

Dentro de este Principio de Legalidad Ejecutiva, dice el autor, podemos encontrar Sub-Principios como sería el de Reserva, el cual establece que el penado puede gozar de todos aquellos derechos que no se encuentren afectados por el ordenamiento jurídico o por la sentencia condenatoria; Sub-Principio de Humanidad, el cual pone de manifiesto la obligación *erga omnes* de respetar la dignidad humana del penado, a quien se le debe garantizar que la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes; Sub-Principio de

⁹⁸ Cfr. GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “La reforma de la ejecución penal...”.

⁹⁹ PAZ Rubio, José M. “Legislación Penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia” en GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL “La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho”. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina. [Citado 20 de noviembre de 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.php>

¹⁰⁰ GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. . “La reforma de la ejecución penal...”

¹⁰¹ GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores de la ejecución Penal” *Revista Pensamiento Penal*, Argentina. [Citado 27 de noviembre de 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.php>

¹⁰² Cfr. GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores ...”

¹⁰³ Argentina, Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de Libertad Publicada en Boletín Oficial el 16 de Julio de 1996.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO - GARCÍA ARAN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte General*. en GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores...”.

¹⁰⁵ Cfr. GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores...”.

Igualdad ante la Ley, mediante el cual se prohíbe cualquier tipo de discriminación durante la ejecución de la pena excepto de aquellas que resultaren a consecuencia del tratamiento penitenciario individualizado; y el Sub- Principio de Progresividad del Régimen Penitenciario, el cual establece que en pro de la reinserción social, el estado deberá utilizar dentro del régimen penitenciario todos los medios necesarios y adecuados a dicha finalidad¹⁰⁶.

- **Principio de Resocialización:** Hace referencia a lo establecido en el artículo primero de la Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, el cual señala que la finalidad de la ejecución penal será lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social¹⁰⁷.

José Daniel Cesano se refiere a este tema al señalar que en el sistema positivo argentino, el objeto de la ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a una finalidad resocializadora. Pero esta finalidad se ve dificultada “por el comportamiento del personal y de las propias autoridades penitenciarias quienes, en ocasiones, con una perspectiva distorsionada de la ejecución, simplifican peligrosamente los fines de la ley, reduciéndolos a una mera obtención de orden interno en el establecimiento y un control estricto que evite posibles fugas. Para el logro de estos cometidos se acude, en muchos casos abusivamente, a un endurecimiento del régimen disciplinario y a fuertes excesos de seguridad”¹⁰⁸

- **Principio de Judicialización de la Ejecución Penal:** significa que “todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta (...) conforme las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un Juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal”¹⁰⁹.

- **Principio de Inmediación de la Ejecución Penal:** este exige que los actos procesales se practiquen en presencia directa del Tribunal, en el ámbito de la ejecución permitirá al Juez fallar con un más amplio conocimiento de la situación del condenado, esto gracias al contacto directo con los penados y con los agentes penitenciarios¹¹⁰.

Como conclusión, Guillamondegui señala: “Estos Principios rectores de la Ejecución Penal deben orientar al legislador al redactar la ley penal; orientar y regir la actividad de los operadores penitenciarios con la población privada de libertad; orientar al poder administrativo al momento de establecer políticas penitenciarias progresistas y respetuosas de los derechos humanos; y servir de guía de interpretación al juez a fin de desentrañar el sentido y alcance de las normas penales y establecer la primacía de éstas, declarando la inconstitucionalidad de los reglamentos y de las normas inferiores que de le opusieran”¹¹¹.

¹⁰⁶ Cfr. GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores...”.

¹⁰⁷ Cfr. GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores...”.

¹⁰⁸ CESANO, JOSÉ DANIEL. “Panorama normativo del Derecho Penitenciario...”

¹⁰⁹ GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores...”.

¹¹⁰ Loc. cit.

¹¹¹ GUILLAMONDEGUI, LUÍS RAÚL. “Los principios rectores...”.

Al finalizar este capítulo, podemos concluir que en derecho comparado existen diferentes modelos de control de ejecución de las penas privativas de libertad, los cuales se pueden clasificar, siguiendo a José Daniel Cesano, de la siguiente manera:

En primer lugar, existen legislaciones que se caracterizan por entregar todo lo atinente a la ejecución de la pena privativa de libertad en manos de órganos administrativos, sin prever control judicial sobre estos mismos¹¹².

También existen sistemas que, sin prever un órgano jurisdiccional especializado, admiten un control jurisdiccional sobre los actos de la administración, generalmente a cargo del tribunal sentenciador, este se caracteriza por ejercer un tipo de control “impropio o indirecto”¹¹³.

Como ejemplo podemos mencionar el caso de Alemania antes de la creación de las Cámaras de Ejecución Penal. Así era, como las decisiones en materia de libertad condicional como algunas modificaciones de las medidas de seguridad o corrección posteriores a su imposición eran competencia de la jurisdicción del tribunal o sentenciador. Además, dicha jurisdicción resolvía los recursos interpuestos contra las decisiones administrativas en materia de ejecución¹¹⁴.

Por último, encontramos aquellos sistemas que realizan un control llevado a cabo por un órgano jurisdiccional especializado, denominado como sistema “propio o directo”. Un ejemplo claro de este tipo de sistema es el caso Español, con el Juez de Vigilancia Penitenciaria¹¹⁵.

¹¹² Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. “Panorama normativo del Derecho Penitenciario...”

¹¹³ Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL. Op. cit.

¹¹⁴ CESANO, JOSÉ DANIEL. “Panorama normativo del Derecho Penitenciario...”

¹¹⁵ CESANO, JOSÉ DANIEL. Op. cit.

CAPITULO TERCERO

III.- Ejecución de las Penas en Chile.

En el presente capítulo nos referiremos, en primer lugar, al sistema de penas vigente en Chile, para luego analizar la legislación que regula en nuestro país las penas privativas de libertad. Para estos trataremos su relación con la Constitución Política de la República, con los Tratados Internacionales, para posteriormente revisar la normativa a nivel legal y reglamentario. Finalmente abordaremos como se ha desarrollado el tema en la práctica.

III.1 Sistema de penas en Chile

Antes de referirnos a la ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país es necesario hacer una breve referencia al sistema de penas vigente en Chile.

Es el Código Penal el que recoge en su título III la clasificación de las penas (artículos 21-24), las cuáles se clasifican según su gravedad en crímenes, simples delitos y faltas, indicando cuales penas se consideran principales y accesorias.

Para efectos didácticos, señala Politoff, se distinguen- atendiendo al fin jurídico que afecten- cinco clases de penas principales, a saber: penas privativas de libertad perpetuas; penas privativas de libertad temporales; penas restrictivas de libertad; penas pecuniarias y penas privativas de otros derechos. Además existen las penas denominadas accesorias, que son las que acompañan necesariamente a la imposición de una pena principal.¹¹⁶

Entre de las penas privativas de libertad, estas son las que tienen como fin restringir la libertad ambulatoria del afectado, encontramos la prisión, la reclusión y el presidio¹¹⁷, las cuales son las de más común aplicación. En cuanto a su duración se clasifican en indivisible y divisibles, entre las primeras se encuentran el presidio y la reclusión perpetua, mientras que las segundas se denominan penas temporales y son todas las demás.

Politoff indica que “la principal crítica que puede hacerse a nuestro sistema punitivo es la poca aplicación de las penas alternativas a la prisión (multas, privaciones de derecho), que generalmente se aplican sólo como penas adicionales a las privativas de libertad, impuestas como principales en la mayor parte de los delitos de la parte especial.

Además, subsisten las penas cortas de privación de libertad, consideradas (...) como criminógenas e inútiles en general”.¹¹⁸

Asimismo, señala que se mantienen penas excesivamente prolongadas, como son las penas mayores en su grado máximo y las penas perpetuas, e incluso se ha introducido el

¹¹⁶ Cfr. POLITOFF, SERGIO. et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*. p. 467-468.

¹¹⁷ La prisión es una reclusión más corta (dura máximo 60 días), mientras que, según lo establecido por el artículo 32 del Código Penal “la pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal. Las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno”.

¹¹⁸ POLITOFF, SERGIO. et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*. p. 473.

presidio perpetuo calificado. Considera el autor, que este tipo de penas son absolutamente inútiles a los fines de la prevención especial además de ser extremadamente crueles.¹¹⁹

Al respecto, es necesario mencionar la inminente modificación que sufrirá el Código Penal, esto pues en el 2001 al alero del Ministerio de Justicia se creó una instancia denominada Foro Penal, conformado por destacados jueces, académicos y abogados expertos en la materia, cuyo objetivo era la creación de un anteproyecto de Código Penal para reformar integralmente la legislación penal sustantiva de Chile (delitos y sus sanciones), la que en general está vigente desde 1874. Es así, como luego de diferentes discusiones y revisiones por parte de la Comisión del Foro Penal y de la Secretaría Técnica del mismo, se aprobó un borrador del Nuevo Código Penal.

En relación al Sistema de penas, se propusieron diferentes reformas al respecto, una de las cuales fue la modificación en la clasificación de las penas recogidas por el actual artículo 21, la que finalmente fue desechada por considerársele inútil la clasificación propuesta¹²⁰.

Otro punto importante a destacar es la referencia que se hace a la ejecución penal, donde se declara la necesidad de “enfaticar la legalidad de la ejecución penal.”¹²¹ En este mismo sentido se expresa que “es indispensable introducir un sistema de control jurisdiccional de la ejecución penal en Chile, especialmente en materia de penas de encierro”, lo que finalmente no se concreta al establecer que dicho punto “no será abordado en la propuesta, dejándose como medida programática para el futuro. Sin embargo, esta propuesta asume que el control de la legalidad de la ejecución de las penas, sobre todo del cumplimiento de lo prescrito en el Código Penal al respecto (y en las eventuales leyes de ejecución penitenciaria que se dicten), quedará entregado a un Juez, sea éste de control o del mismo Juez del Crimen actualmente competente.”¹²²

Podemos ver así, la relevancia que le otorga la Comisión Foro Penal a la legalidad de la ejecución penal, lo que finalmente no llega a ser recogido en el borrador del nuevo Código Penal, siendo un tema cuya regulación aún está pendiente.

III.2 Análisis del Marco Regulatorio a la luz de la Constitución Política de la República y Tratados Internacionales

Comenzaremos nuestro análisis refiriéndonos al principio de legalidad, consagrado en la Constitución Política de la Republica (CPR) en su artículo 19 N° 3 inciso 7° y 8°¹²³, y en

¹¹⁹ Cfr. POLITOFF, SERGIO. et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*. p. 473.

¹²⁰ Cfr. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE – HERNANDO BASUALTO, HÉCTOR. Comisión Foro Penal, Secretaria Técnica. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. N° 1, 2006*. p. 184. [Citado 27 diciembre 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf

¹²¹ *Ibíd.* p. 175.

¹²² *Ibíd.* p. 176.

¹²³ Artículo 19 N° 3 inciso 7° de la CPR: “La Constitución asegura a todas las personas: ... Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Artículo 19 N° 3 inciso 8° de la CPR: “La Constitución asegura a todas las personas: ... Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella.”

Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos¹²⁴, el cual comprende la legalidad de las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Esto significa que la ley debe establecer su naturaleza, monto o extensión y forma de ejecución. Esto último los encontramos expresado en el art. 80 del Código Penal¹²⁵. Siguiendo a Mera y Couso, “la razón por la que debe regularse legalmente la forma de ejecución de las penas, radica en que éstas, por su propia naturaleza, constituyen siempre una privación o restricción de derechos constitucionales, que sólo pueden ser limitados en virtud de una ley”¹²⁶.

Así bien, podemos establecer que la exigencia de la legalidad de la ejecución de las penas, en nuestro país, se viola en un doble sentido, pues la ley no regula suficientemente la forma de su ejecución y no existe un adecuado sistema de control de cómo las autoridades penitenciarias ejecutan las penas¹²⁷.

En relación al primer punto, citando a Mera y Couso, “la ejecución material de las penas privativas de libertad no se encuentra adecuadamente regulada por un estatuto legal. En efecto, el citado artículo 80 del CP se refiere sólo a algunos aspectos específicos (los establecimientos carcelarios donde los condenados –con especial referencia a los menores y a las mujeres- deben cumplir las penas privativas de libertad y el destino que debe darse al producto del trabajo de los presos). Éstos, aunque importantes, no dicen relación con el conjunto de los conflictos más relevantes que se plantean en la práctica con motivo de la ejecución de la pena.”¹²⁸.

Según estos autores, “la exigencia de la legalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad encuentra su fundamento en una doble consideración: de un lado, esta sanción afecta no sólo la libertad personal (la única que debiera resultar limitada por la pena) sino que, además, otros derechos del condenado, que sigue siendo un ser humano que debe ser tratado conforme con su dignidad de persona, debiendo reconocérsele, en consecuencia, el ejercicio de todos sus derechos, en cuanto ellos resulte compatible con la naturaleza de la pena privativa de libertad. Por otro lado, la necesidad de que sea la ley la que regule la ejecución e las penas en general, y en especial la de las penas privativas de libertad, se funda en el hecho de que el condenado se encuentra en una situación de subordinación y particular vulnerabilidad frente a las autoridades penitenciarias”¹²⁹.

La segunda forma de violación de la exigencia de la legalidad de la ejecución de las penas, apunta a la inexistencia de un adecuado sistema de control de la forma en que las autoridades penitenciarias ejecutan las penas en nuestro país. La fiscalización de las penas

¹²⁴ Convención América sobre Derechos Humanos art. 9, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de las Naciones Unidas art. 9 n° 1.

¹²⁵ Artículo 80 Código Penal inciso 1°: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.”

¹²⁶ MERA F., JORGE – COUSO S., JAIME. “Hacia un sistema de control de la ejecución...” p.116

¹²⁷ *Ibíd.* pp. 116-117.

¹²⁸ MERA F., JORGE – COUSO S., JAIME. *Op. cit.* p. 117.

¹²⁹ *Loc. cit.*

privativas de libertad corresponde a las autoridades administrativas, y para algunos aspectos al Secretario Ministerial de Justicia¹³⁰.

Es así como “el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 diciembre de 1988, dispone que “(...) todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de prisión o detención deberán (...) quedar sujetas a fiscalización efectiva de un juez o de otra autoridad”. La primera alternativa (control judicial), que es la adoptada en general en el derecho comparado europeo continental, parece más efectiva y acorde con el sentido garantista que debe tener el control de ejecución. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha resuelto que “toda persona privada de libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal” ”¹³¹.

Como consecuencia, podemos indicar que “la necesidad de control judicial efectivo de la privación de libertad es una consecuencia ineludible del deber del Estado en orden a garantizar el acceso a la fiscalización judicial de cualquier acto de la administración susceptible de afectar derechos fundamentales de las personas. Si el control judicial está garantizado para las personas libres (...) con mucha mayor razón debe asegurarse a aquellas privadas de su libertad. Dada la especial situación en que éstas se encuentran, consistente en una sujeción a la administración penitenciaria, es necesario un control más amplio y estricto de la actuación de los agentes penitenciarios, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos, con el consiguiente peligro de afeción de derechos fundamentales, lo que determina la necesidad de un control judicial especialmente atento”¹³²

El artículo 75 del Reglamento Penitenciario señala que los derechos de los internos sólo pueden ser restringidos de manera excepcional y en razón de determinadas causales lo que, en la práctica, trae como resultado una vulneración a lo establecido por la Constitución Política de la República en su artículo 19 n° 26 “La Constitución asegura a todas las personas: n° 26 La seguridad de que los preceptos que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Como vemos, las sanciones aplicadas a los internos, basadas en el reglamento penitenciario, muchas veces afectan la esencia de los derechos garantizados por la Constitución. En variadas ocasiones se ven vulnerados distintos derechos protegidos por nuestra carta fundamental, dentro de los cuales podemos establecer que uno de los más vulnerados es el derecho a la vida e integridad física, recogido en el artículo 19 n° 1, como por ejemplo al aplicar sanciones como la internación en celdas de

¹³⁰ MERA F., JORGE – COUSO S., JAIME. Op. cit. p. 117.

¹³¹ Loc. Cit.

¹³² MERA F., JORGE – COUSO S., JAIME. Op. cit. p.118.

aislamiento, las cuales son precarias y denigrantes, de mínimas dimensiones, que albergan un número excesivo de reclusos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional existe un conjunto de normas que dicen relación con nuestro tema. Entre ellos cabe destacar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, adoptadas en 1955 y ampliadas en 1977 y 1984; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de 1990. Asimismo, existen tratados internacionales sobre el tema que consagran directrices y principios como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1991. Hay que tener en consideración que estos instrumentos resultan obligatorios para el Estado de Chile, en especial estos dos últimos por haber sido ratificado por nuestro país. Como consecuencia, sus normas poseen mayor jerarquía formal que las reglas del Reglamento Penitenciario, y en caso de contradicción, los jueces deben aplicar las normas contenidas en dichos tratados internacionales¹³³.

En relación a “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, en la regla primera, declara que su fin es “establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos”.

De este conjunto de reglas podemos desprender que el fin de la pena debe ser la reinserción del recluso en el ámbito social. Así en la regla 57 establece “la prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación”. Esto se ve reforzado al indicar que “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo”¹³⁴. Pues bien, “para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”¹³⁵.

Los “Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos” fueron adoptados y proclamados por la Asamblea general de las Naciones Unidas, mediante la resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990, y tiene como objetivo complementar los anteriores acuerdos

¹³³ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*, p. 100.

¹³⁴ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Regla 58. Naciones Unidas. Nueva York, 1958.

¹³⁵ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Regla 59. Naciones Unidas. Nueva York, 1958.

referentes al tema, para así, salvaguardar de manera mas completa, los derechos de los detenidos o encarcelados. Es de esta forma, que en el principio numero 1 declara “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos”. Mientras que en el principio 5to establece “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de derechos Humanos y, cuando el estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas”

Otro Instrumento Internacional que consagra reglas referentes a nuestra investigación es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado en 1966, promulgado por nuestro país el 30 de noviembre de 1976 y publicado el 29 de abril de 1989. En él se declara que nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹³⁶, lo que se reafirma cuando se establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano¹³⁷. Más específico es al señalar que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la adaptación social de los penados”¹³⁸. Asimismo, podemos encontrar una regulación similar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), promulgado y publicado por nuestro país en 1990 y 1991, respectivamente. En esta se declara que nadie debe ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano¹³⁹.

Luego de analizar detalladamente el marco regulatorio recogido en nuestra Carta Fundamental y en Tratados Internacionales, podemos deducir que por el hecho de encontrarse una persona privada de libertad, no significa que deba dejar de ser tratada humanamente y con el respeto que este merece. Por otro lado, al entenderse la ejecución de la pena privativa de libertad como un acto de jurisdicción, esta *debe* estar bajo la dirección y el control de los tribunales de justicia. Conforme a esto, el artículo 73 de la CPR y el COT en su artículo 1º establecen: “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenecen exclusivamente a los tribunales establecidos por ley”. Pues bien, en nuestro país la ejecución de las penas es meramente administrativa, lo que vendría siendo inconstitucional al dejar en manos de la administración la restricción de los derechos fundamentales de los reclusos.

¹³⁶ Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁷ Artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁸ Artículo 10 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁹ Artículo 5 N° 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III.3 Marco Regulatorio a nivel legal y reglamentario

En nuestro derecho interno, regulan nuestro tema, sólo en materias específicas, el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código Orgánico de Tribunales, normas de carácter legal.

Es así, como, a nivel legal, encontramos en el Código Orgánico de Tribunales (C.O.T.), en su artículo 14 una serie de atribuciones otorgadas al Juez de Garantía, dentro de las cuales, en su letra f, se establece que serán estos Juzgados los encargados de hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y de resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución¹⁴⁰. Por esto, y siguiendo la opinión de María Inés Horvitz, se puede establecer que “a falta de un juez de garantía de ejecución penitenciaria, la ley atribuye a los jueces de garantía el deber de hacer ejecutar todas las condenas criminales y las medidas de seguridad aplicadas en las sentencias, incluidas las dictadas por los tribunales de juicio oral en lo penal. Asimismo, les da competencia para resolver las solicitudes y reclamos de los reos o penados y de las personas a quienes se haya aplicado una medida de seguridad que se planteen durante el tiempo de ejecución de la condena o de la medida”¹⁴¹.

Esta afirmación se ve reforzada por el artículo 466 del Código Procesal Penal (CPP). El cual establece: “Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor.

El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare”.

Es por esto, dice Jörg Alfred Stippel, que “el inciso uno establece que el imputado, en este caso el imputado condenado¹⁴², está legitimado para actuar durante la ejecución de la pena ante el juez de garantía. Esta posibilidad la puede ejercer para hacer valer sus derechos, entre otros, los derechos que la normativa penitenciaria le otorga. Es decir, por ejemplo, el derecho a la atención médica¹⁴³, a la educación¹⁴⁴ o a la alimentación apropiada¹⁴⁵. Por ello cualquier

¹⁴⁰ Artículo 14 COT establece que: “Los juzgados de garantía estarán conformados por uno a más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento.

Corresponderá a los jueces de garantía:

- a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal;
- b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de acuerdo a la ley procesal penal;
- c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal;
- d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal.
- e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulado en el Título I del Libro IV del CPP, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera que sea la pena que les asigne;
- f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal, y
- g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código y la ley procesal penal les encomienden”

¹⁴¹ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I.* p. 204.

¹⁴² Según lo establecido por este autor la palabra “imputado” comprende también a la persona condenada, ya que según el artículo 7 del CPP se pierde la calidad de imputado recién con la “completa ejecución de la pena”.

¹⁴³ Decreto Supremo N° 518/98, Reglamento Penitenciario. Artículo 34.

situación ocurrida a un recluso durante el periodo de ejecución de la condena es de competencia exclusiva del juez de garantía”¹⁴⁶.

Como vemos, el Código Procesal Penal contiene, un esbozo de modelo de control judicial de la ejecución penal. Se destaca la competencia que se confiere al juez de garantía, que se asocia a un verdadero juez de ejecución, para conocer los incidentes que pueda promover el condenado en el ejercicio de los derechos que le reconoce la normativa penal y penitenciaria¹⁴⁷. En palabras de Jorge Mera y Jaime Couso, podemos llegar a establecer que el CPP “no regula con claridad la competencia del juez de garantía como tribunal de ejecución. Salvo la referencia correcta a los derechos del condenado durante la ejecución de la pena o medida de seguridad, no determina nada en concreto respecto de las facultades del ministerio público para promover los incidentes que lleven a una adecuada ejecución del fallo. Tampoco establece el procedimiento para que el juez de garantía resuelva los incidentes que, con motivo de la ejecución, planteen las partes”¹⁴⁸. Siguiendo a estos autores, podemos expresar que las falencias, en este ámbito, dicen relación con el respeto de los derechos y garantías de los condenados por parte de las autoridades administrativas encargadas de la ejecución de la sentencia, y a la eficacia de las penas y medidas alternativas, es decir, que la ejecución contribuya al cumplimiento de los fines tenidos en cuenta al imponerlas¹⁴⁹.

Asimismo, encontramos en el artículo 578 del COT, que los Jueces de Garantía deben efectuar una visita a las cárceles o establecimientos penales en el primer semestre y otra en el segundo semestre del año a cada uno de ellos, a fin de tomar conocimiento de su estado de seguridad, orden e higiene, y si los internos cumplen sus condenas y de oírles sus reclamaciones¹⁵⁰.

Como mecanismo para exigir y controlar el cumplimiento de las obligaciones que el Estado asume al momento de someter a una persona al cumplimiento de una pena privativa de libertad, debe existir la posibilidad de efectuar peticiones y quejas. Es el denominado derecho al recurso el cual se puede entender como “la posibilidad de que goza toda persona de cuestionar, ante un juez o tribunal superior, la decisión que es pronunciada en su contra con el objeto de que ésta sea anulada, reemplazada o modificada en su favor”¹⁵¹. Al respecto se declara que esta garantía “no se encuentra consagrada expresamente en nuestra Constitución Política, aunque existe un consenso bastante acabado entorno a considerarla incluida dentro de

¹⁴⁴ Decreto Supremo N° 518/98, Reglamento Penitenciario. Artículo 59.

¹⁴⁵ Decreto Supremo N° 518/98, Reglamento Penitenciario. Artículo 47.

¹⁴⁶ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. p. 263.

¹⁴⁷ Cfr. MERA F., JORGE – COUSO S., JAIME. “Hacia un sistema de control de la ejecución de penas no privadas de libertad”. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 2. Numero 4-5. Santiago, Chile. Noviembre 2003. p.126.

¹⁴⁸ Loc. cit

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 116.

¹⁵⁰ Artículo 578 del COT señala: “En toda ciudad en que existan cárceles o establecimientos penales se hará a lo menos, una visita en el primer semestre y otra en el segundo semestre del año a cada uno de ellos, a fin de tomar conocimiento de su estado de seguridad, orden e higiene, de si los internos cumplen sus condenas y de oírles sus reclamaciones”.

los requisitos mínimos que integran un procedimiento racional y justo. En la normativa internacional, por el contrario, la garantía en cuestión aparece de manera expresa. Así la Convención Americana sobre Derechos humanos prescribe (8.2.h) como garantía mínima el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”¹⁵².

En nuestro Reglamento Penitenciario¹⁵³, la consagración de esta garantía no es clara, pues el derecho al recurso no está contemplado como parte del procedimiento de sanciones, pero sí podría deducirse de ciertos artículos. Encontramos así el artículo 9 de dicho reglamento que declara: “Los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales.

También podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento”

Éste, al señalar que el reclamo debe interponerse ante la propia autoridad penitenciaria no asegura los derechos del condenado, pues no existe el principio de separación de poderes.

Mientras que el artículo 58 estipula que “los internos tendrán derechos a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, las que deberán efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda, en ninguna caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones.

Toda petición debe ser respondida en el caso de 15 días corridos, o a lo menos, dentro del mismo plazo, deberá informarse el estado de tramitación en que se encuentra.

El ejercicio de este derecho no obsta a la interposición de los recursos judiciales que sean pertinentes”

Stippel sostiene: “al establecer que las peticiones deben efectuarse de manera individual, implica negar la posibilidad de ejercitar los derechos colectivamente por parte de los internos”¹⁵⁴. En relación a esto, encontramos el artículo 80 letra h del Reglamento Penitenciario¹⁵⁵, de manera que se puede sostener que la interposición de peticiones colectivas podría ser castigada con alguna de las medidas señaladas en el artículo 81¹⁵⁶ del mismo reglamento, ya que no son peticiones individuales y escaparía a lo establecido por las normas.

¹⁵¹ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*, p. 122.

¹⁵² Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*, p. 122

¹⁵³ Decreto Supremo N° 518/98, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 23 de agosto de 1998.

¹⁵⁴ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 155.

¹⁵⁵ Artículo 80 letra h Reglamento Penitenciario: “ Sólo se consideraran faltas leves, las siguientes: h) Formular reclamaciones relativas a su internación, sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecimientos en disposiciones internas del establecimiento”

¹⁵⁶ El artículo 81 del reglamento penitenciario recoge una serie de sanciones aplicables a las faltas cometidas por lo internos, dentro de las cuales encontramos la amonestación verbal; revocación de permisos de salida, internación en celda solitaria, entre otras. Éste punto será tratado con mayor profundidad más adelante.

Pues bien, el ejercicio del derecho de efectuar peticiones en el ámbito penitenciario chileno, puede implicar un perjuicio para las personas reclusas¹⁵⁷.

No obstante, en principio “es posible cuestionar la aplicación de una medida disciplinaria por medio de los recursos legales que provee el sistema legal (piénsese, por ejemplo, la acción de protección). El problema, sin embargo, radica en que dado el contexto en que se verifica las sanciones disciplinarias, la interposición de cualquier recurso legal resulta claramente inidóneo para cumplir con tales fines, especialmente si se consideran las gestiones y el tiempo que importa si interposición y posterior trámite. En suma, el Reglamento no contempla un recurso idóneo –de fácil interposición y, sobre todo, expedito- para el cuestionamiento de las medidas aplicadas en contra de reclusos”¹⁵⁸

Asimismo, siendo procedente el recurso de protección, es indudable que no cubre gran parte de las afectaciones, pues el interno se encuentra en un estado de indefensión al no tener acceso a la información referente a sus causas, así como tampoco a la información jurídica, pues la mayoría de ellos no conoce el Reglamento Penitenciario. Igualmente podemos decir que los jueces penales ven en primer lugar a los internos como autores de un delito o condenados y no como parte demandante contra la administración pública o querellantes a los que no les han sido reconocidos ciertos derechos.

Además de lo establecido por el Reglamento Penitenciario, en relación al derecho al recurso, encontramos un control jurisdiccional de la ejecución de la pena, realizada por el juez de Garantía, que permite una mayor fiscalización de la actividad sancionatoria de las autoridades penitenciarias en el artículo 10 del CPP, en su inciso 1º establece: “en cualquier etapa del procedimiento en que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”. Consecuentemente a esto, es al juez de garantía a quien se le otorga la obligación de velar, en todo momento del procedimiento, entre estos, durante la ejecución de la sentencia, por el ejercicio de las garantías judiciales consagradas tanto en la Constitución Política como en los tratados internacionales¹⁵⁹. Un ejemplo de esta situación sería la detención en una celda de aislamiento¹⁶⁰. Pues bien, “por medio de la cautela de garantías, entonces, es posible cuestionar las sanciones disciplinarias aplicadas a imputados, especialmente cuando su materialización importa una privación ilegítima de derechos fundamentales”¹⁶¹.

En nuestro país, como podemos ver, no existe una Ley de Ejecución Penitenciaria. La legislación que rige el conjunto de actividades vinculadas a la ejecución penitenciaria es

¹⁵⁷ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. p. 156.

¹⁵⁸ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*, p. 122-123.

¹⁵⁹ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Op. cit.* p. 263.

¹⁶⁰ Decreto Supremo N° 518/98, Reglamento Penitenciario. Artículo 81 k.

dispersa y fragmentaria. La norma que regula realmente el régimen penitenciario es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, contenido en el Decreto Supremo N° 518 del Ministerio de Justicia, dictado el 22 de mayo de 1998 y publicado en el Diario Oficial con fecha de 21 de agosto del mismo año.

Dicho Reglamento sistematiza toda la actividad penitenciaria y a su contenido se obliga tanto Gendarmería de Chile como las personas en contacto con el sistema. Es decir, es la norma que sirve de guía para gendarmes, internos, abogados y jueces en sus actuaciones relacionadas con el régimen carcelario¹⁶².

Así encontramos, en su artículo 2 el principio rector de la actividad penitenciaria, el cual establece: “Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Como vemos, la pena que cumplen las personas privadas de su libertad, es la pérdida de libertad. En ningún caso el encarcelamiento debiera utilizarse como un castigo adicional¹⁶³.

Según declara el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006, el Reglamento establece “como principio rector de la actividad penitenciaria la exigencia de desarrollarse con las garantías y dentro de los límites impuestos por la Constitución, leyes, reglamentos y Tratados Internacionales vinculantes (artículo 4). Además, prevé que su aplicación no puede verificarse de manera desigual o arbitraria (artículo 5) y reconoce expresamente que ningún interno puede ser sometido a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni ser objeto de un rigor innecesario en su aplicación.

Por otra parte, establece la obligación de Gendarmería de Chile de velar por la vida, integridad y salud de los internos, debiendo, además, permitir el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal (artículo 6), como también procurar la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición de interno (artículo 5).

El reglamento establece, asimismo, que los internos, en defensa de sus intereses o derechos, pueden siempre dirigirse a las autoridades competentes y formular los reclamos y peticiones pertinentes a través de los recursos legales. También están asistidos del derecho de presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y formular quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento penal (artículo 9). Por otra parte, el Reglamento entiende como fin primordial de la actividad penitenciaria la atención, custodia y asistencia de detenidos, procesados y condenados, así como la acción educativa necesaria para su reinserción social (artículo 1) y reconoce expresamente, también, que fuera de los derechos

¹⁶¹ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*, p. 123.

¹⁶² Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Hechos de 2005*, p. 99.

¹⁶³ STIPPEL, JÓRG ALFRED. Op. cit. p. 154.

perdidos o limitados por la sanción penal, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos (artículo 2)»¹⁶⁴.

Este mismo estudio declara que “el Reglamento prescribe como directriz general la idea de que los derechos de los internos sólo pueden ser restringidos de manera excepcional y en razón de determinadas causales, a saber, la alteración en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o actos de indisciplina o faltas, las que son sancionada por medio de las medidas previstas en el mismo (artículo 75)”¹⁶⁵. El problema de esta norma es que se trata de hipótesis abstractas, confusas e indeterminadas cuyos límites resultan inciertos debido a la falta de descripción de las conductas prohibidas. Esta ambigüedad trae como consecuencia, en la práctica, que los gendarmes las invoquen para sancionar hechos de poca importancia y que no se encuentran tipificados expresamente.¹⁶⁶

Al respecto hay que señalar que las faltas disciplinarias se clasifican en faltas leves, menos graves y leves.

La enumeración de las conductas consideradas como faltas graves se encuentra recogida en el artículo 78 del Reglamento, el cual establece que se considerarán como faltas graves la agresión, amenaza o coacción a cualquiera persona, tanto dentro como fuera del establecimiento; la resistencia activa al cumplimiento de las ordenes recibidas de autoridad o funcionario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones; la participación en motines, huelgas de hambre, en desordenes colectivos o la instigación a estos hechos cuando se produzcan efectivamente; el intento, la colaboración o la consumación de la fuga; inutilizar o dañar de consideración, deliberadamente, dependencias, materiales o efectos del establecimiento, o las pertenencias de otras personas; la sustracción de materiales o efectos del establecimiento y de las pertenencias de otras personas, internos o funcionarios; divulgar noticias falsas o proporcionar antecedentes o datos, con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento o el régimen interno del mismo; el porte, tenencia, uso, fabricación, o proporción de elementos para la fabricación de armas blancas o de fuego, de explosivos, gases o tóxicos; la tenencia, consumo o elaboración de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, bebidas alcohólicas o similares; la introducción al establecimiento o la tenencia de elementos prohibidos por la Administración Penitenciaria por razones de seguridad tales como maquinas fotográficas, lentes de larga vista, filmadoras, grabadoras, intercomunicadores, teléfonos celulares y otros similares previamente determinados; reñir con los demás internos usando armas de cualquier tipo, dar muerte o causar lesiones a cualquier persona; abusar sexualmente, practicar sodomía o cometer abusos deshonestos; la comisión de cualquier otro hecho que revista los caracteres de crimen o simple delito; desencerrarse, vulnerar el aislamiento o romper la incomunicación por cualquier medio; el no regresar al

¹⁶⁴ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Hechos de 2005*. pp. 101-102.

¹⁶⁵ *Ibíd.* p.102.

¹⁶⁶ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Op. cit.* pp.110-111

establecimiento después de hacer uso de un permiso de salida; forzar a otro a realizar alguna de las conductas descritas precedentemente; y la comisión de tres faltas menos graves durante un trimestre.

Se considerarán faltas menos graves, artículo 79, calumniar, injuriar e insultar a los funcionarios penitenciarios, judiciales y autoridades en general; desobedecer pasivamente las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones; entorpecer los procedimientos de seguridad o de régimen interno (allanamientos, registros, recuentos, encierros, etcétera); dañar deliberadamente dependencias, materiales, efectos del establecimiento o las pertenencias de internos, funcionarios o de otras personas, cuando el daño sea de escasa consideración; dañar los mismos bienes con negligencia temeraria o culpa grave; la introducción y el despacho de correspondencia por procedimientos distintos de los reglamentarios del establecimiento; organizar y participar en juegos de azar no permitidos; entorpecer las actividades de trabajo, de capacidad, de estudio, y en general, todas aquellas que digan relación con el tratamiento penitenciario de los internos; negarse a concurrir a los tribunales; la participación en movimientos colectivos que no constituyan motín pero que alteren el normal desarrollo de las actividades del establecimiento; negarse a dar su identificación cuando se le solicite por personal de servicio o dar una identificación falsa; regresar del medio libre en estado de manifiesta ebriedad o drogadicción; atentar contra la moral y las buenas costumbres al interior del establecimiento, o fuera de ellos, con actos de grave escándalo y trascendencia; la comisión de cualquier hecho que importe una falta del libro III del Código Penal o en leyes especiales; forzar a otro a cometer alguna de las faltas contempladas en el mismo artículo; mantener o recibir objetos de valor, joyas o sumas de dinero que excedan los máximos autorizados; y la comisión de tres faltas leves en un trimestre.

Finalmente, en su artículo 80, el Reglamento recoge qué conductas considera como faltas leves: los atrasos en llegar a las cuentas (encierros, desencierros, medio día, salidas a tribunales); pretextar enfermedades inexistentes o dar excusas falsas como medio para sustraerse a las cuentas o al cumplimiento de sus deberes; el desaseo en su presentación personal o en las dependencias que habite el interno, entendiéndose por tal la suciedad o mal olor evidentes; la participación culpable en actos que afecten el orden y el aseo de recintos del establecimiento; alterar el descanso de los demás internos en cualquier forma; tener mal comportamiento en los traslados y permanencia en tribunales o en comisiones exteriores (gritar, mofarse del público y otros actos similares) o realizar actos reñidos con la moral y las buenas costumbres, sin grave escándalo o trascendencia; presentarse a los establecimientos penitenciarios después de las horas fijadas cuando se hace uso de un permiso de salida, o regresar a ellos en estado de intemperancia o causando alteraciones o molestias a los demás internos, aun cuando no exista ebriedad; y, por último, el hecho de formular reclamaciones relativas a su internación, sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecidos en disposiciones internas de la unidad penal.

El artículo 81 del reglamento establece las posibles sanciones a aplicar a las diferentes faltas cometidas por los internos, las cuales no son acumulables entre sí. Siguiendo lo establecido en el informe anual Derechos Humanos 2006 podemos establecer que “tratándose de infracciones leves puede aplicarse a su autor una amonestación verbal; una anotación negativa en la ficha personal del interno; o, por último, imponérsele la prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta quince días. Respecto de las faltas menos graves puede aplicarse cualquiera de las siguientes sanciones: la privación de participar en actos recreativos comunes hasta por treinta días; la prohibición de recibir paquetes o encomiendas por hasta el mismo período de tiempo; la limitación de las visitas a un tiempo mínimo que no puede ser inferior a cinco minutos, durante un lapso de tiempo que no puede exceder de un mes, debiendo, con todo, realizarse en una dependencia especial que permita el control de la sanción; la privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior; y la revocación de permisos de salida. En el caso de las faltas graves, el catálogo de sanciones comprende la privación de toda visita o correspondencia con el exterior hasta por un período de un mes; el aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del día domingo; y la internación en celda solitaria por períodos que no pueden exceder de quince días”¹⁶⁷.

Este mismo artículo señala que la internación en celda solitaria se deberá cumplir en la misma celda del recluso o en otra de análogas condiciones de higiene, iluminación y ventilación.

Además, prescribe el artículo 85 “mientras dure el castigo disciplinario en celda solitaria, los sancionados deberán ser conducidos a un lugar al aire libre, previamente determinado por el Jefe del Establecimiento, a los menos, durante una hora diaria, a fin de que si lo desean puedan realizar ejercicio físico”. Por su parte, el artículo 86 estipula la obligación de “ser visitado diariamente por el Jefe del Establecimiento, el medico o paramédico, y el Ministro de su religión si el afectado lo pidiera, quienes deberán dejar constancia escrita, si los internos hubieran sido objeto de castigos corporales o no se hubiere dado cumplimiento a los dispuesto en el presente reglamento.”

En relación al procedimiento a seguir al aplicar una sanción disciplinaria “el Reglamento establece que es el jefe del establecimiento penal quien debe determinar la sanción aplicable al infractor. Para ello, de acuerdo al Reglamento, debe tener a la vista el parte de rigor y la declaración del interno, los testigos y el afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico. De todo ello debe dejarse constancia sucintamente en la resolución que aplica la sanción. Además, sólo en hipótesis de falta grave el jefe del penal está obligado a escuchar al infractor. En el resto de las faltas, la sanción es determinada sin oír la versión del interno, esto es, sólo con el parte emitido por los

¹⁶⁷ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*. p. 104.

gendarmes y las declaraciones de los testigos y afectados, si los hubiere. Con todo, sólo en caso de faltas graves, una copia de la resolución debe ser remitida al Director Regional de Gendarmería, quien puede eventualmente anularla o modificarla por razones fundadas. Para orientar la decisión de la sanción a aplicar, el jefe de la unidad penal debe considerar, además de la gravedad de la falta, la conducta del recluso durante el transcurso del año. En caso de reincidencia, puede aplicar hasta el máximo de la sanción y en caso de internos primerizos podrá imponer el mínimo de ella, en consideración a la gravedad de la infracción”¹⁶⁸.

En cuanto a la repetición de las sanciones el artículo 87 del Reglamento establece: “La repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al Juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno”

A raíz de este análisis, podemos establecer que si bien existen normas que señalan que será el Juez de Garantía el encargado de velar por la ejecución de las penas privativas de libertad, no existe, en particular, norma alguna que declare el procedimiento a seguir para tal fin, ni tampoco se detalla una vía jurisdiccional para que los condenados puedan formular sus peticiones.

III.4 Ejecución de las Penas Privativas de Libertad en la práctica y su consecuencia en los derechos de los reclusos

Una vez analizado el marco regulatorio de nuestra investigación, nos corresponde examinar si dicha regulación es suficiente para garantizar, en la práctica, la protección jurídica de los reclusos, es decir si dichos postulados se concretan o no en la práctica jurídica.

Es así como existen diferentes estudios que revisan detalladamente la cuestión carcelaria. Encontramos, de este modo, aquel realizado por el profesor Jörg Alfred Stippel “Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile”, en el cual declara que uno de los propósitos fundamentales de dicho estudio fue “que las constataciones, análisis y conclusiones a las que pudiésemos arribar, constituyeran un estímulo para la reflexión sobre las consecuencias de asumir políticas específicas en el ámbito penitenciario en un futuro próximo (...) Nuestra intención es impulsar la discusión con honestidad y altura de miras, fomentar la controversia y abrir nuevas preguntas y posibles respuestas, aportando elementos que puedan enriquecer el debate”¹⁶⁹. Otro informe sobre las condiciones carcelarias es el realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, quienes durante ya varios años, se han encargado de analizar distintos temas relacionados con las condiciones carcelarias en nuestro país.

Estos estudios parten del supuesto “de que en el Estado democrático, en un Estado de derecho, la condición de sujeto de derecho no termina con la sentencia penal. La Persona

¹⁶⁸ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*. p. 105.

¹⁶⁹ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. p. 11.

encarcelada, a pesar de la pérdida de la ciudadanía, prevista en la Constitución chilena, sigue siendo un sujeto de derecho. La Carta Magna asegura los derechos fundamentales “a todas las personas”¹⁷⁰ y no sólo a los ciudadanos. (...) En un estado democrático no pueden existir espacios exentos del control jurisdiccional. Es justamente el poder Judicial quien debe velar para que el Poder ejecutivo no limite al ciudadano, en forma arbitraria o abusiva, en el ejercicio de sus derechos”¹⁷¹. Es por esto, que dentro de dichos estudios muchas de las consultas a los reclusos giran entorno a como perciben sus derechos frente a la realidad carcelaria que viven.

Al consultársele a los internos sobre cómo perciben sus derechos, es decir, en que grado considera que sus derechos son respetados, el 16,1% considera que son nada respetados; el 8,9% muy poco respetados; 14,8% poco respetados; el 33,9% medianamente respetados; y sólo el 25,3% considera que sus derechos son muy respetados¹⁷². Dicho resultado indicó “que la percepción de la vulneración de derechos al interior de los recintos penitenciarios es generalizada entre la población penal, aun pensando el lastre desconocimiento que evidencian los internos. Por otro lado, si consideramos el deber de cuidado como la función más básica del Estado en esta materia, se puede afirmar, que casi las tres cuartas partes de las personas privadas de su libertad consideran que no se cumple con este deber”¹⁷³. En relación a esto, al consultársele a los internos a quién o quienes consideran como garantes de sus derechos al interior de los recintos penales, la mayoría de los internos (49,7%) señala a Gendarmería de Chile como garante de sus derechos al interior del penal, en tanto un 13,7 señala al gobierno (principalmente al Ministerio de Justicia), mientras que un 4,4% señala a los jueces, un 5,7% a su abogado y un 8,6% a él mismo (lo que sugiere la presencia de la “ley del mas fuerte” dentro de los establecimientos penales)¹⁷⁴.

En cuanto al conocimiento que tienen los internos de sus derechos al interior del recinto penitenciario, el 58,5% de los internos señala no conocer sus derechos, la desinformación tiende a disminuir a medida que el interno lleva más tiempo en el recinto, lo que da a entender que tal conocimiento no es producto de un política penitenciaria sino del intercambio de información entre los mismos reclusos. Esto refleja la falta de una política estatal institucional de promoción del conocimiento de los derechos dentro de los recintos carcelarios, la cuál debería partir desde el Ministerio de Justicia, para ser ejecutada por Gendarmería de Chile con el apoyo de la Defensoría Penal Pública¹⁷⁵. Jörg Stippel reflexiona al respecto al declarar que “tener derechos no basta, hay que conocerlos para poder ejercerlos. Un Estado democrático de derecho requiere ciudadanos sin temor a los órganos del poder

¹⁷⁰ Artículo 19 Constitución Política de la República.

¹⁷¹ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile.* p. 12.

¹⁷² Estos datos fueron obtenidos por una encuesta que se aplicó, entre agosto y septiembre de 2003, a 594 internos pertenecientes a 5 penales de la Región Metropolitana. Esta fue una muestra probabilística, es por esto que es posible asumir los datos entregados como una estimación del parecer de la población penitenciaria general de los recintos que componen el marco muestral.

¹⁷³ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 157.

¹⁷⁴ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 162.

ejecutivo y con confianza en los órganos del poder judicial. Dos condiciones (...) aun no son cumplidas en el marco del sistema penitenciario. Crear las condiciones para que esto suceda también es deber del poder legislativo”¹⁷⁶.

Así señala el estudio realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, al establecer que existe un desconocimiento generalizado del Reglamento Penitenciario por parte de los reclusos, establecen: “los internos no saben a ciencia cierta - salvo cierto grado de conocimiento práctico derivado del dinamismo propio de la cárcel- lo que pueden o no pueden hacer y las eventuales sanciones a que se arriesgan por la ejecución de conductas concretas. Incluso, esta situación pareciera ser intencionada por parte de gendarmes en algunos recintos penales, donde es posible verificar cierta resistencia – manifestada en actuaciones positivas- a que los internos conozcan en concreto sus derechos y obligaciones”¹⁷⁷.

Como sabemos, el Reglamento penitenciario señala que los derechos de los internos sólo pueden restringirse excepcionalmente como consecuencia de alteraciones al orden y la convivencia del establecimiento o de actos de indisciplina o faltas¹⁷⁸. Estas últimas se pueden clasificar en graves, menos graves y leves. Estas sanciones deben ser aplicadas por el Jefe del Establecimiento donde se encuentra el interno, teniendo en consideración, la declaración del infractor, de testigos, de los afectados si los hubiere, y si procediere del Consejo Técnico, y deben ser lo más justo posible, oportuno y proporcional, y bajo ninguna circunstancia podrán aplicarse castigos diversos a los señalados. Ahora bien, en la práctica, la aplicación por parte de Gendarmería de los castigos no es precisamente apegada al reglamento. Esto porque no existe un procedimiento claro y transparente en la aplicación de sanciones, además, muchas veces no hay imputaciones concretas, o alguna de las que exige el reglamento para hacer aplicable una sanción determinada. Al respecto un recluso señala: “Bueno, las sanciones son principalmente por, digamos, alterar el régimen interno y... y por cualquier cosa del régimen interno es alterao' entonces... o sea, cualquier cosa que ellos digan que fue alteración al régimen interno es alteración al régimen interno y eso merece sanción, de castigo... de castigo, digamos, yo fui castigado un par de días atrás y... por quedarme en otra calle que no me correspondía...” (Centro de Detención Preventiva Santiago Sur)¹⁷⁹.

Al consultarles a los internos sobre si sus derechos han sido violentados al interior de algún recinto penal, el 49,4% considera que si han sido violados sus derechos, mientras que el 48,9% considera que no lo han sido. Dentro del 49,4% que señala que sus derechos han sido vulnerados, la situación denunciada más común lo ocupan los castigos injustificados de Gendarmería con el 21,6% que junto a apremios ilegítimos de gendarmes (7,4%) y amenazas

¹⁷⁵ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. pp. 166-168.

¹⁷⁶ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 168.

¹⁷⁷ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Hechos de 2005*. p. 111.

¹⁷⁸ Artículo 75 del Reglamento Penitenciario. Decreto Supremo N° 518/98.

de gendarmes (6,7%), hacen un total de 35,9% de respuestas que indican que es el cuerpo uniformado de Gendarmería quien está siendo responsabilizado por la mayor parte de la violación de derechos en las cárceles. Lo que resulta entendible, pues son éstos quienes conviven diariamente con los internos y cuya labor no se encuentra regulada bajo criterios objetivos¹⁸⁰.

Lo que causa extrañeza es la baja cantidad de reclamos frente a las situaciones irregulares que ocurren en los centros penitenciarios, ya que sólo el 32,1% hizo algún tipo de reclamo. Lo que permite concluir a quienes realizaron dicha consulta que “o bien existe amedrentamiento por parte de los internos o Gendarmería, para evitar reclamaciones, o las normas de la propia cultura penitenciaria inciden para este proceder frente al conjunto de denuncias y anomalías presentadas. Ambas interpretaciones son desastrosas en el marco de un sistema penitenciario que pretende entregar elementos a la persona privada de su libertad para que en el futuro pueda, por su propia voluntad, participar de la convivencia social respetando las normas que la regulan”¹⁸¹. Respecto a quienes realizaron una reclamación formal, el 37,5 lo hizo mediante una solicitud verbal ante otra autoridad del recinto y el 24,8% lo hizo de forma verbal ante el jefe de la unidad, mientras que los reclamos escritos ante dichas autoridades ascienden al 17,8%. Sólo el 1,8% de los reclamos formales se realizaron ante la Corte de Apelaciones, y el 4,4% presentó solicitud por escrito ante autoridad fuera del recinto penal.¹⁸²

Al consultarles a los internos porque no reclamaban ante alguna autoridad por la violación de sus derechos, a mayoría de éstos (33%) respondió que no confiaba en que su reclamo tuviera el resultado que esperaba. El 31,6% no lo hizo por el temor a represalias, mientras el 20,2% no sabía cómo hacerlo¹⁸³.

Esto se puede explicar, según Jörg Stippel, por “la falta de una ley de Ejecución Penal con normas precisas acerca de los derechos y deberes de la administración penitenciaria, la falta de órganos jurisdiccionales especializados y la falta de difusión de derechos dentro de los establecimientos penitenciarios. A esto se suma además la complejidad técnica de muchas de las relaciones y situaciones jurídicas creadas con la ejecución de la pena. (...) Al parecer predomina una cultura de violencia física, de extorsión psicológica y arbitrariedad política (libertad condicional, beneficios intrapenitenciarios), exenta a menudo de consideraciones de carácter legal, al momento de reclamar un derecho”¹⁸⁴.

Ahora, al analizar los recursos presentados por las personas privadas de libertad, sus abogados o las visitas, debemos destacar que dichos recursos en la practica son tramitados de forma escrita y no oral, los que dificulta el acceso a la justicia de personas que, generalmente,

¹⁷⁹ Cfr. Escuela de derecho, Universidad Diego Portales. *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile*. pp.78-79.

¹⁸⁰ STIPPEL, JÖRG ALFRED. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. p. 180.

¹⁸¹ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. pp. 182-183.

¹⁸² STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 187.

¹⁸³ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 190.

cuentan con una enseñanza escolar básica o son directamente analfabetas. Lo que se dificulta aún más, pues en la tramitación los internos, en la mayoría de los casos, no tienen acceso al expediente a fin de responder, por ejemplo los argumentos planteados en los informes de Gendarmería. Dentro de los recursos, el más utilizado es el recurso de amparo (62,3%), frente a un 37,7% de recursos de protección. Esto se explica porque el recurso de amparo no considera un estricto examen de admisibilidad tal como el recurso de protección, además no requiere ser presentado en un plazo determinado, mientras que el recurso de protección debe interponerse dentro de los 15 días siguientes a la vulneración. La mayor parte de los recursos es presentada por los familiares (56,6%) de las personas privadas de su libertad, seguido por los propios internos (28,1%) y con menor frecuencia por los abogados (15,3%). La mayoría de los recursos señala como responsable de la violación de los derechos a Gendarmería, mientras que una parte importante de los recursos no indica quien es responsable por la violación de los derechos. Esto porque la Constitución no exige que un recursos de amparo o protección sea interpuesto contra de una autoridad o persona determinada. Lo importante es que exista un menoscabo legal, pues la finalidad de los recursos constitucionales es revertir situaciones ilegales para proteger a las personas.

En cuanto a los derechos reclamados, en los recursos de protección presentados, la mayor parte de estos denuncian una violación a sus derechos a la vida e integridad física y psíquica, mientras que los recursos de amparo fueron interpuestos por la vulneración de libertad personal y la seguridad individual. En cuanto al resultado de dichos recursos, del total de los recursos de amparo y protección, el 94,1% fue declarado inadmisibile o rechazado y tan solo un 5,9% obtuvo un resultado favorable¹⁸⁵.

En relación a las visitas a las cárceles por parte de los jueces de garantía, estas están diseñadas por la ley como un mecanismo de control de abusos de las condiciones carcelarias. Como vimos al revisar el marco regulatorio, “la ley les otorgo a los jueces de garantía la facultad de asegurar los derechos del imputado y de los demás intervinientes en el proceso, con lo cual se buscó que el juez se transformara en el gran controlador de la actividad de persecución estatal y de los derechos fundamentales del imputado. De ahí que se le encomiende, entre otros, el deber de visitar periódicamente los recintos penales no sólo para informar a los imputados o presos sobre sus casos, sino también, para recibir reclamos sobre las condiciones carcelarias. La visita de la cárcel entonces es una actividad impuesta por la ley a los jueces, la cual tiene por función ejercer un control sobre la vigencia de los derechos fundamentales de los presos e imputados”¹⁸⁶. En la práctica esto no es precisamente así. Ya que, si bien los jueces de garantía acceden a las cárceles y sostienen entrevistas con los

¹⁸⁴ STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 188.

¹⁸⁵ Cfr. STIPPEL, JÖRG ALFRED. Op. cit. p. 199-206.

¹⁸⁶ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Hechos de 2005*. p. 159.

reclusos, dichas visitas son usualmente mera formalidad, y no permite que sean denunciados los apremios y practicas ilegales dentro de los recintos penitenciarios.

Una razón de porqué no se cumple la finalidad establecida para estas visitas es la forma en que esta se materializa. El juez solicita a gendarmería que les traigan a los presos y detenidos de su tribunal y procede a informarles sobre los aspectos procesales de su caso. La comunicación que se produce sólo se sujeta a información del caso y en ningún momento se traslada a la forma en que vive o tratan al preso o imputado. Esto se explica por la forma en que se realiza la entrevista, ya que se limita la posibilidad que el imputado o preso realice algún tipo de denuncia o queja sobre las condiciones penitenciarias, puesto que dicha entrevista se efectúa con personal de Gendarmería presente, por esto al preguntársele a los reclusos si tienen algún reclamo que hacer, la mayoría realiza peticiones relativas a cambio de patio o visita conyugal, pero ninguna relativa a denuncias por maltrato, corrupción o tortura.¹⁸⁷

Como vemos, la normativa actual aplicable al régimen penitenciario, no cumple la función de garantizar a los reclusos el respeto de sus derechos al interior de los recintos penitenciarios, ya sea por su ambigüedad o escasez. No existe una instancia cuyo fin sea darles a conocer, a los reclusos, cuales son sus derechos al ingresar a los establecimientos penales, ni tampoco a quienes deben recurrir en caso de vulneración de los mismos.

A esto se suma, la falta de voluntad de los encargados de aplicar dichas normas y más aún, de quienes debieran ser los garantes de aquellos que se encuentran imposibilitados de exigir sus derechos, como es el caso de los Jueces de Garantía, los que por ley son llamados a controlar la ejecución de las penas privativas de libertad. Son éstos quienes deben velar por que la reclusión de los condenados se realice de acuerdo a lo que se establece en las distintas normas de nuestro país.

Sin la eficacia de este control se obtienen los resultados analizados en esta última parte del capítulo, un nulo respeto por las garantías mínimas de los reclusos recogidas tanto en nuestra reglamentación interna, como en los diferentes Tratados Internacionales ratificados por Chile. Pues si bien existe una normativa a nivel legal que establece un ente encargado del control de la ejecución de las penas, es a nivel reglamentario que se produce la verdadera regulación del tema, violando así lo establecido en la Constitución la cual declara que la ejecución de las penas debe estar reglamentada por ley. Lo mismo ocurriría con los Tratados Internacionales. Ya que si bien en la normativa actual de nuestro país se establece que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, el no tratar a los privados de libertad con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; el no asegurar el ejercicio de los derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos

¹⁸⁷ Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Hechos de 2005*. p. 161.

internacionales, nos llevaría a concluir que dichos instrumentos sólo se cumplen en el papel, y no en la práctica.

Es necesario llevar a la práctica la afirmación que declara: las personas reclusas sólo pierden su derecho a la libertad ambulatoria; y según lo establecido en el artículo segundo del reglamento penitenciario “su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”.

CONCLUSIONES

1) Se le pueden atribuir distintas finalidades a las Penas. Optar por una o por otra traerá como consecuencia la aplicación de diferentes políticas para lograr sus objetivos. Actualmente han surgido nuevas doctrinas al respecto como respuesta a la ineficacia de las que existían antiguamente, mirando desde otro punto de vista la sanción impuesta a los delincuentes, ya no sólo como un castigo, sino intentado ir más al fondo del problema, buscando una solución de manera conjunta con el infractor de la norma, la víctima y el Estado.

2) Al analizar la legislación comparada, hemos visto que existen diferentes modelos en el control de la ejecución de las penas. Cada país escogió una forma de ejercer el control frente a la aplicación de sus condenas penales, dichos modelos poseen defectos y virtudes, pero lo más destacable es que se encargaron de un ámbito del derecho olvidado en muchos casos, como es el Derecho Penitenciario.

3) En nuestro país, si bien la normativa actual le entrega ciertas atribuciones al Juez de Garantía, como el Código Orgánico de Tribunales que le otorga la función de controlar el cumplimiento de las condenas criminales, en la práctica no existe un real control de cómo son cumplidas, por los reclusos, las condenas dictadas por los tribunales de justicia. Esto se puede explicar ya que si bien se recogió en ciertas normas la obligación del Juez de Garantía de vigilar la ejecución de las penas, no se estableció el procedimiento para realizar dicha labor, lo que ha traído como consecuencia un mínimo actuar de los jueces en este tema.

4) La ejecución de las penas privativas de libertad, por lo dicho anteriormente, no se encuentra regulada de una forma correcta. Lo principal es establecer un órgano dedicado exclusivamente al tema, el cual debiera encargarse tanto de salvaguardar los derechos de los reclusos, como del control sobre las autoridades penitenciarias para asegurar la eficacia de la pena impuesta. Dicho órgano debe tener un carácter jurisdiccional, y debiera ser diferente a aquel órgano que juzgo anteriormente al individuo, ya que debe existir un control judicial sobre las actuaciones del poder ejecutivo (la administración penitenciaria), de esta forma prevenir cualquier arbitrariedad que pueda existir al respecto, respetando así la separación de poderes entre quien ejecuta la pena y quien controla su ejecución.

5) El marco regulatorio de la ejecución de las penas privativas de libertad es precario, y podríamos catalogarlo de inconstitucional, al vulnerar el principio de legalidad recogido en nuestra Constitución, pues al aplicar las distintas sanciones dentro de un recinto penitenciario se le está imponiendo una pena adicional sin haber contado con un debido procedimiento para

tal sanción. El Reglamento Penitenciario no otorga la seguridad jurídica a quienes cumplen una pena privativa de libertad, lo que permite, finalmente, la afectación de sus derechos y garantías.

6) En relación a los derechos de los reclusos, vimos que éstos sólo pueden ver afectados aquellos derechos que digan relación con la naturaleza de la pena impuesta, y no por haber sido condenados pierden su calidad de sujeto titular de derechos. Actualmente nuestro país estaría incumpliendo sus Tratados Internacionales por no garantizar un trato digno a los reclusos mientras estos cumplen sus condenas. Esta situación se ve agravada por no existir un procedimiento jurisdiccional que permita la reclamación frente a los derechos infringidos.

7) Al finalizar nuestra investigación podemos concluir que es necesaria una reforma penitenciaria, que le asegure al individuo condenado un trato digno y respetuoso de sus derechos y garantía recogidas por nuestra legislación. Para esto es necesaria la creación de una ley penitenciaria y órganos con dedicación exclusiva al tema, accesibles a toda persona, que tengan siempre en cuenta que por estar cumpliendo una condena no se pierde la calidad de titular de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros:

- Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. *Lecciones de Derecho penal. Volumen I.* Editorial Trotta. Madrid, 1997.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho penal. Conceptos y principios constitucionales.* 3era edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal: parte general. Tomo I.* 2da edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992.
- Edwards, Carlos Enrique. *Garantías constituciones en materia Penal.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
- Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. *Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria).* Santiago, 2002.
- Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006, hechos 2005.* Santiago, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta. Madrid, 1998.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal: Parte general. Tomo I.* 2da edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.
- Gómez Colomer, Juan Luís. *El proceso penal Alemán. Introducción y normas básicas.* Editorial Bosch. Barcelona, 1985.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Máster, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I.* Editorial Jurídica. Santiago, 2002.
- Maier, Julio B.J.; Ambos, Kai; Woischnik, Jan; Fundación Konrad Adenauer; Instituto Max Planck. *Las reformas procesales penales en América latina.* Editorial Ad-hoc. Argentina, 2000.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Código procesal penal anotado y concordado.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001.
- Politoff Lifschitz, Sergio. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte general.* 2da edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Editorial Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000.
- Stippel, Jörg Alfred. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile.* Editorial LOM. Santiago, 2006.
- Tamarit Sumalla, Joseph María; García Abbero, Ramón; Rodríguez Pesti, María-José; Sapena Grau, Francisco. *Curso de Derecho Penitenciario.* 2da edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

b) Artículos:

- Artaza Varela, Osvaldo; Palacios Martínez, Marcela. *La afectación de las libertades específicas dentro del régimen penitenciario*. Tesis electrónicas de la Universidad de Chile. Facultad de derecho, 2004. [27 de agosto 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/artaza_o/html/index-frames.html

- Bordalí Salamanca, Andrés. “Justicia Privada”. *Revista de Derecho (Valdivia)* [04 Octubre de 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100008&lng=es&nrm=iso

- Cesano, José Daniel. “Panorama Normativo del Derecho Penitenciario Argentino”. *Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità. L'altro diritto*. [30 octubre de 2006] Disponible en la World Wide Web: <http://www.altrodiritto.unifi.it/latina/cesano.htm#III>

- de Ricova y Ricova, Manuel. “Objeto, funciones y principios rectores del denominado Derecho Penitenciario”. *Revista de Derecho: Consejo de Defensa del Estado*. Nº 2. Año 1. Santiago, Chile. Diciembre 2000.

- Díaz Garay Paulo & Badilla Véliz María. *El castigo como función social compleja. Hacia una crítica a las teorías sobre los fines de la pena*. Tesis electrónicas de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2004. Disponible en la World Wide Web: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/diaz_p/html/index-frames.html

- Feest, Johannes. “Elaboración y Contenido de la Ley Penitenciaria y su impacto en el Sistema Penitenciario Alemán”. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*. Número especial. Santiago, Chile. Octubre 2005.

- Feest, Johannes. “La protección jurídica en el ámbito carcelario Alemán”. *Boletín Jurídico Ministerio de Justicia*. Números 4-5. Santiago, Chile. Noviembre 2003.

- García Cavero, Percy. “Acerca de la Función de la Pena”. *Revista Anuario de Derecho Penal* [online] [27 agosto 2006]. Disponible en la World Wide Web: http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/enero06/Acerca_de_la_funcion_de_la_pena.pdf

- Guillamondegui, Luís Raúl “La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho”. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina. [20 de noviembre de 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.php>

- Guillamondegui, Luís Raúl. “Los principios rectores de la ejecución Penal”. *Revista Pensamiento Penal*, Argentina. [27 de noviembre de 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.php>

- Matus Acuña, Jean Pierre y Hernando Basualto, Héctor. Comisión Foro Penal, Secretaria Técnica. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte

General”. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. N°1. 2006.

- Mera F., Jorge y Couso S., Jaime. “Hacia un sistema de control de la ejecución de penas no privadas de libertad”. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 2. Numero 4-5. Santiago, Chile. Noviembre 2003

- Fundación Paz Ciudadana; “Índice Paz Ciudadana. Noviembre 2006”. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pazciudadana.cl/documentos/Indicenoviembre2006.pdf>

- Pérez, Juan Carlo. “Rol de Gendarmería de Chile en el Marco de la Reforma Procesal Penal”. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 1. N° 2-3. Santiago, Chile. Diciembre 2002.

- Prado, Geraldo. “Justicia Penal Consensual”. *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*. [05 Octubre de 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100008&lng=es&nrm=iso

- Segovia Bernabé, José Luís. “La mediación en el Derecho Penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de lege ferenda.” *Curso Soluciones alternativas al proceso*. Centro de Estudios Jurídicos, España. Junio, 2004. [04 Octubre 2006] Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL74.pdf>

- Suanzez Pérez, Fernando. “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores”. *Curso Soluciones alternativas al proceso*. Centro de Estudios Jurídicos, España. Junio, 2004. [04 Octubre 2006] Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL72.pdf>

- Subijana Zunzunegui, Ignacio José. “El Juez de Ejecución de las Penas Privativas de Libertad”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [16 de octubre 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf>

- Valera Millas, Andrés. *Consideraciones generales de la reforma Procesal Penal y una referencia especial a la figura del Juez de Garantía y su rol en el nuevo Procedimiento Penal*. Tesis electrónicas de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2004. [27 agosto 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/valera_a/html/index-frames.html

- Wexler, David y Calderon, Jeanine. “El Juez de Vigilancia Penitenciaria: un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del “Derecho Terapéutico” ”. *Revista Española de investigación criminológica*. Revista n° 2 año 2005. [25 de octubre de 2006]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.criminologia.net/contenidos/revistacontenido/2/AC0104.pdf>

c) Textos legales:

- Argentina, Ley 23.984, Código Procesal Penal, promulgado 4 de septiembre de 1991.
- Argentina, Ley 24.660, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, publicada en Boletín oficial 16 de julio de 1996.
- Chile, Código Orgánico de Tribunales, Ley 7.421, publicado en el Diario Oficial 9 de julio de 1943.
- Chile, Código Penal, Cod-18.742, publicado en el Diario Oficial 12 de noviembre de 1974.
- Chile, Código Procesal Penal, Ley 19.696, publicado en el Diario Oficial 12 de Octubre de 2000.
- Chile, Constitución Política de la República, Decreto Ley 3.474, publicado en el Diario Oficial 11 de agosto de 1980.
- Chile, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley 2.859, publicado en el Diario Oficial 15 de septiembre de 1979.
- Chile, Reglamento Penitenciario, Decreto Supremo 518/98, publicado en el Diario Oficial 21 de agosto de 1998.
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial 5 de enero de 1991.
- España, Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- España, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, Reglamento Penitenciario.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, publicado en el Diario Oficial 29 de abril de 1989.
- Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos, resolución 45/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990.
- Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, Ginebra 1955.